

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

NECESIDADES EMPRESARIALES Y TUTELAS LABORALES

XLI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO
DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Eduardo Román Vaca
Coordinador

67

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

NECESIDADES EMPRESARIALES
Y TUTELAS LABORALES

XLI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

José Manuel Gómez Muñoz
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2024

© Los autores, 2024

ISBN: 978-84-09-66349-1

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf, S.L.

Depósito Legal: SE 2602-2024

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

NECESIDADES EMPRESARIALES Y TUTELAS LABORALES

XLI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Eduardo Román Vaca
COORDINADOR

67

ÍNDICE

PRÓLOGO

EDUARDO ROMÁN VACA.....	19
-------------------------	----

PRESENTACIÓN

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ.....	23
------------------------------	----

PONENCIAS GENERALES:

Ponencias Generales del primer panel: TIEMPO DE TRABAJO (Reducción jornada, descanso, conciliación)

Ponencia General Primera:

TIEMPO DE DESCANSO COMO DERECHO LABORAL AUTÓNOMO	33
--------------------------------------------------------	----

M^a CRISTINA AGUILAR GONZÁLEZ

1. Reflexiones iniciales	34
2. El marco jurídico-laboral actual	40
3. Derecho al descanso versus tiempo de trabajo	48
4. Derecho al descanso versus tiempo de disposición	52
4.1. Más allá del binomio tiempo de trabajo-tiempo de descanso: ¿es descanso la disponibilidad sin prestación de servicios?	54
5. Eficacia del derecho al descanso previsto en la normativa jurídica supranacional	57
5.1. La aportación particular de la Carta Social Europea revisada	59
6. Conclusiones y propuesta de lege ferenda	60
7. Bibliografía.....	63

Ponencia General Segunda:

CONCILIACIÓN DEL TRABAJO Y VIDA PERSONAL Y FAMILIAR	67
-----------------------------------------------------------	----

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPE

1. Reflexiones previas (y necesarias)	68
2. Medidas para la mejor gestión de los tiempos de trabajo: las herramientas indispensables para la conciliación	75
3. Marco jurídico vigente: recordatorio a las modificaciones más recientes	77
3.1. Notas sobre los permisos para cuidadores y para atender situaciones urgentes..	78
3.2. Un nuevo impulso a la flexibilización del tiempo de trabajo: el fomento de la corresponsabilidad	83
3.2.1. Un repaso a las modificaciones en torno a la adaptación o reducción de jornada como fórmulas de trabajo flexible	85
3.2.2. El teletrabajo, ¿herramienta para la corresponsabilidad?: El papel de los tribunales de justicia	92
3.3. El RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo y el permiso por cuidado del lactante	94
4. Apunte final	97
5. Bibliografía	99

Ponencia General Tercera:

CONCILIACIÓN Y TIEMPO DE TRABAJO	103
----------------------------------------	-----

NATALIA TOMAS JIMÉNEZ

1. Introducción: el necesario fomento de la soberanía del tiempo de trabajo para conciliar más y mejor	104
1.1. La “realidad estadística”: los cuidados y la conciliación tienen rostro femenino.	104
1.2. Tiempo de trabajo y conciliación: medidas de ausencia y medidas de presencia.	105
1.3. Delimitación del estudio	106
2. El Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio: ¿de la conciliación formal hacia una corresponsabilidad efectiva?	107
3. La necesaria apuesta por fórmulas de trabajo flexible	109
3.1. El fomento de horarios flexibles en aras de la conciliación	110
3.2. La solicitud de adaptación de jornada prevista en el actual art. 34. 8 Et: su carácter debilitado al no ser un derecho automático	111

3.2.1. Contenido objetivo de la adaptación de jornada	111
3.2.2. Supuesto de hecho: situaciones de necesidad protegidas y un ámbito subjetivo ampliado tras la última reforma	112
3.2.3. La solicitud de adaptación: ¿qué datos es preciso consignar?	113
3.2.4. Procedimiento: la exigencia de negociar de buena fe y silencio positivo.	114
3.2.5. Discrepancias	114
3.2.6. Reversión automática de la adaptación	116
3.3. La reducción del tiempo de trabajo y su problemática concreción	116
3.3.1. Su configuración legal como un derecho automático dentro de “la jornada de trabajo diaria”	116
3.3.2. La problemática concreción de la reducción fuera de la jornada diaria ordinaria: su encuadramiento en la adaptación de jornada	117
3.3.3. Las medidas de fomento de la reducción de jornada por corresponsabilidad de algunas comunidades autónomas	118
3.4. El escaso tratamiento convencional	120
4. Selección de novedades en permisos tras el Real Decreto-Ley 5/2023	121
4.1. Permiso para cuidadores: mejoras notables de la normativa española en cuanto a la Directiva (UE) 2019/1158	122
4.2. Permiso para ausencias por fuerza mayor, necesarias y urgentes	127
4.3. Permiso parental: vigente pero todavía sin compensación económica	127
5. Conclusiones	130
6. Bibliografía	131

Ponencia invitada de Universidad no andaluza:

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO	135
PAOLA BOZZAO	
1. Conciliación y paternidad: un binomio complejo	136
2. Paternidad y principios constitucionales	138
3. La Prestación Única y Universal (esquema)	139
4. El apoyo a la paternidad laboral, entre el Decreto Legislativo nº 105/2022 y la Ley de Familia	141
4.1. El permiso de paternidad	142
4.2. Permiso parental	146
5. Conclusiones	148

Ponencias Generales del segundo panel:

RETRIBUCIONES, COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES (SMI, conceptos retributivos y no retributivos, indemnizaciones por despido)

Ponencia General Primera:

EL DESARROLLO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RETRIBUCIONES.....	153
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	
1. Del archipiélago a la ría: el Derecho del Trabajo Unioneuropeo en el siglo XXI	154
2. Unión Europea y retribución del trabajo: una relación larga y complicada	155
3. La retribuciones como objetivo	157
3.1. La tutela del salario	157
3.2. El salario mínimo	160
4. Las retribuciones como medio.....	161
4.1. Retribuciones y no discriminación	161
4.2. Retribuciones y movilidad de los trabajadores	162
4.3. Retribuciones y formas de empleo	164
5. Retribuciones y transparencia	166
5.1. La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles	166
5.2. La Directiva sobre transparencia retributiva	168
6. Retribuciones e inteligencia artificial	170
7. Conclusiones	173

Ponencia General Segunda:

INDEMNIZACIONES POR DESPIDO	175
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	
1. Introducción	176
2. Algunos datos estadísticos para entender el problema de fondo	177
3. Breve referencia a la regulación legal	178
4. ¿Cómo hemos llegado hasta aquí?	180
5. ¿Qué se espera de la esfera europea?	182
6. Posibles soluciones y Control de Convencionalidad como mecanismo para la aplicación directa de normas supranacionales	184
7. Supuestos legales actuales en los cuales procedería una indemnización adicional a la estipulada en el art. 56 TRET	197
8. Respuesta del Comité Europeo de Derechos Sociales de 29 de julio de 2024	199
9. A modo de Conclusión	203
10. Bibliografía	207

Ponencia General Tercera:

EL SALARIO MÍNIMO Y SU FUNCIÓN EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS DE RENTAS	211
MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ	
1. Planteamiento preliminar	212
2. Anatomía jurídica del salario mínimo interprofesional en España	216
2.1. Reconocimiento internacional	219
2.2. El salario mínimo en el epicentro del trabajo decente y del garantismo jurídico	222
3. El salario mínimo como elemento de redistribución de las rentas y de promoción de la justicia social	225
3.1. La vocación antiinflacionista de la política de rentas española	229
3.2. Concertación social y bûqueda de simetría en el reparto de costes	230
3.3. De la macroconcertación al V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (AENC) 2023–2025	233
4. Balance crítico y propuestas de mejoras	235
5. Bibliografía citada	236

Ponencia invitada de Universidad no andaluza:

EL TRATAMIENTO RETRIBUTIVO DEL ABSENTISMO	239
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET	
1. Introducción	240
2. Las diferentes dimensiones jurídicas del absentismo	242
2.1. Ausencias y absentismo	242
2.2. El control del absentismo: mecanismos legales y convencionales	243
3. Las dificultades de la lucha contra el absentismo: la extinción del contrato	246
3.1. La desaparición de la extinción objetiva por absentismo	246
3.2. Enfermedad y despido injustificado	247
4. Absentismo y retribución: el estado de la cuestión	249
4.1. Incentivos antiabsentismo y derechos fundamentales	249
4.2. El tratamiento del ejercicio de derechos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar	251
4.3. Ausencias por enfermedad y ausencias injustificadas: evolución jurisprudencial	252
5. Una revisión crítica de la evolución interpretativa	253
5.1. ¿Existe un margen para condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales?	254
5.2. ¿Es discriminatorio considerar absentismo las ausencias derivadas de enfermedad?	255
5.3. ¿Integran una multa de haber los efectos retributivos de las ausencias injustificadas?	257
6. ¿Qué puede hacer la negociación colectiva?	258
7. Reflexión final	260
8. Bibliografía citada	260

Ponencias Generales del tercer panel: OTRAS MANIFESTACIONES DE FLEXIBILIDAD (MSCT, Directiva condiciones transparentes, modificación del despido)

Ponencia General Primera:

FLEXIBILIDAD LABORAL Y PROTECCIÓN SOCIAL	265
MANUEL GARCÍA MUÑOZ	
1. Introducción	266
2. El contexto estadístico de la población española con relación al mercado de trabajo...	268
3. Evolución desde la crisis financiera de 2008 a 2019	272
3.1. Período 2010-2011	274
3.2. Período 2012-2019	277
4. Evolución durante la situación de emergencia sanitaria por covid-19	286
5. Evolución a partir de 2022	293
6. Conclusiones	299

Ponencia General Segunda:

POLÍTICAS DE RECOLOCACIÓN Y DESPIDOS POR CAUSAS DE EMPRESA.....	303
MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ	
1. Introducción	304
2. El concepto de recolocación, un proceso sin garantías de resultado	306
2.1. El impreciso marco normativo de la actividad de recolocación	306
2.2. La recolocación como concepto y como concepción de un derecho subjetivo ..	308
3. La recolocación como política activa de empleo	310
3.1. La recolocación como parte de la carrera profesional de la persona. La recolocación como transición adecuada	311
3.2. El coste de los servicios de recolocación	312
4. La recolocación interna más allá de las facultades extintivas del empresario	314
4.1. La exigencia de adaptación/recolocación del trabajador especialmente sensible en el despido por ineptitud sobrevenida y las consecuencias de su omisión	315
4.2. La opción de recolocación para los trabajadores de edad	317
5. A modo de conclusión	319
6. Referencias bibliográficas	319

Ponencia General Tercera:

RETOS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE CONDICIONES LABORALES TRANSPARENTES Y PREVISIBLES EN LA UNIÓN EUROPEA	321
M ^a TERESA VELASCO PORTERO	
1. Fundamento y objetivos de la Directiva (UE) 2019/1152	322
2. Contenido y claves de la Directiva	323
2.1. Ámbito subjetivo	323
2.2. Definiciones	325
2.3. Los derechos de información	326
2.3.1. Medios por los que suministrar la información	326
2.3.2. Contenido, alcance material del deber de información y plazos	326
2.4. Reconocimiento de unas condiciones laborales mínimas: limitación del período de prueba, previsibilidad de las condiciones, reconocimiento del derecho al empleo paralelo, acceso a puestos más estables	326
2.5. Papel de la negociación colectiva	328
2.6. Garantías de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos	328
2.6.1. Protección general	328
2.6.2. Protección frente a consecuencias desfavorables y en particular frente al despido	239
2.6.3. Tutela administrativa	331
2.7. Disposiciones finales: cláusula de regresión y disposiciones más favorables, transposición y aplicación	331
3. La transposición al derecho español: el Proyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral	332

3.1. La opción del legislador en relación con el ámbito subjetivo de los derechos consagrados en la directiva	333
3.1.1. Empleados públicos	333
3.1.2. Las relaciones laborales de carácter especial y el trabajo en el mar	334
3.1.3. Otros colectivos de trabajadores	335
3.2. Los derechos de información	335
3.2.1. Contenido esencial	335
3.2.2. Los derechos de información de los trabajadores desplazados	336
3.2.3. Requisitos mínimos relacionados con la información sobre las condiciones de trabajo	336
3.2.4. El contrato a tiempo parcial: la información sobre el horario y condiciones y el régimen de las horas complementarias	337
3.3. Condiciones laborales mínimas	338
3.3.1. Limitaciones al periodo de prueba	338
3.3.2. El empleo paralelo: compatibilidades	339
3.3.3. La transición a otras formas de empleo más estable	339
3.4. El papel de la negociación colectiva	340
3.5. Los plazos de ejercicio de los derechos de información y su forma	340
3.6. El régimen sancionador	341
4. Los silencios del proyecto	342
5. Bibliografía	343

Ponencia invitada de Universidad no andaluza

LA NOCIÓN DE DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO Y EN EL ORDENAMIENTO EUROPEO	345
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

MARCO ESPOSITO

1. La protección del trabajador en el despido por causas económicas y la parábola del estatuto protector del derecho del trabajo	346
2. La definición de despido económico	347
3. Los requisitos esenciales de la justificación objetiva	348
3.1. La creación del repechage	350
3.2. El carácter variable de las protecciones, en relación con la naturaleza del defecto denunciado: límites y razonabilidad	350
4. El tribunal constitucional y el repechage	353
5. Despidos colectivos: vulneración de los criterios de selección y del principio de igualdad	354
5.1. Sentencia nº 7 de 2024 del Tribunal Constitucional	356

Ponencia de Clausura:

EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE EL DESAFÍO DE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA	359
-------------------------------------------------------------------------	-----

TIZIANO TREU

1. El derecho laboral ante la emergencia climática	360
2. Un nuevo equilibrio entre el capital, el trabajo y la naturaleza	360
3. Desarrollo sostenible y límites planetarios	361
4. Los nuevos artículos 9 y 41 de la Constitución italiana y la "prioridad" de la protección del medio ambiente	362
5. De la responsabilidad social a las limitaciones de las actividades empresariales	363
6. Las Directivas europeas sobre responsabilidad de las empresas y cadenas de suministro	364
7. Las contradicciones no resueltas del desarrollo sostenible	366
8. La constitucionalización del medio ambiente y el nuevo fundamento de la participación	367
9. El papel de la negociación colectiva en las directrices internacionales y europeas	368
10. Críticas y retrasos en la formación profesional y las políticas activas de empleo	369
11. La ecologización de las empresas y el trabajo	373
12. Primas a la productividad y welfare: ¿oportunidades de mejora medioambiental?	375
13. Seguridad laboral y medio ambiente	376
14. No sólo declaraciones, sino acuerdos transformadores	378

15. Resistencias al cambio: las prioridades de la fase actual	380
---------------------------------------------------------------------	-----

PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS:

**PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS AL PRIMER PANEL:
TIEMPO DE TRABAJO (Reducción de jornada, descanso, conciliación)**

ADAPTACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO PREVISTO EN EL ART. 34.8 DEL TRLET EN POS DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL...	385
ANA GLORIA Azor Oliver	

1. Introducción	386
2. Marco normativo	387
3. Ambito subjetivo y objetivo del derecho de adaptación	389
3.1. Quien puede solicitar adaptación por necesidades de conciliación	389
3.1.1. Delimitación objetiva del derecho	390
3.1.2. Delimitación subjetiva del derecho	390
4. Derecho de adaptación de condiciones de trabajo. Artículo 34.8 TRLET	391
5. Procedimiento adaptación	393
6. Conclusiones	395

EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA RELACIÓN LABORAL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES: EL CASO DE LOS RIDERS EN EL CONTEXTO ITALIANO	397
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

FULVIO MANNINO

1. Introducción	398
2. La relevancia del tiempo de trabajo en la calificación de la relación laboral subordinada	400
3. Desde el concepto tradicional de horario de trabajo en la subordinación hasta la noción de tiempo de trabajo en la categoría de hetero-organización a la luz de la interpretación jurisprudencial y la evolución normativa del artículo 2 del d.lgs. n. 81/2015	403
4. La relación entre los desafíos aplicativos relacionados con el artículo 2 y la cuestión cualificativa	405
5. La cuestión del horario de trabajo bajo el escrutinio de las decisiones judiciales italianas	407
6. Consideraciones finales	409

ESTUDIO COMPARADO DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO PERUANO Y ESPAÑOL A LA CONCILIACIÓN DEL TRABAJO Y LA VIDA FAMILIAR	411
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

1. El derecho a la conciliación familiar. Particularidades	412
2. Conciliación familiar e igualdad en España	413
2.1. La protección constitucional del art.39 CE	413
2.2. Conciliación y Estatuto de los Trabajadores con especial atención a las adaptaciones de la jornada del artículo 34.8 ET	414
3. La conciliación familiar en derecho peruano	416
3.1. La protección constitucional peruana	416
4. El incremento en la regulación legislativa en materia de protección de las mujeres trabajadoras	417
4.1. La conciliación ante la promoción femenina en la igualdad de oportunidades ..	417
4.2. Los estereotipos de género que sólo favorecen la incorporación femenina a ocupaciones tradicionales poco vinculadas a los sectores más dinámicos de la economía	419
5. Notas comparativas de la eficacia de los regímenes español y peruano en la promoción de la conciliación laboral y vida familiar	420
6. Conclusiones	423
7. Bibliografía	423

LA FLEXIBILIDAD HORARIA COMO FORMA DE PRECARIZACIÓN LABORAL: LA NECESIDAD DE UNA DESCONEXIÓN DIGITAL REAL	425
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

JAIME ROMÁN LEMOS

1. La precariedad como vía de mantenimiento del sistema en el siglo XXI	426
2. La flexibilidad horaria como nueva forma de (semi) esclavitud	427
3. Los riesgos psicosociales derivados de una (inadecuada) flexibilidad horaria	429
4. Principales consecuencias en la realidad	430
5. La necesidad de una desconexión digital real	432
5.1. La desconexión digital	432
5.2. El registro horario como medida de control y garantía	435
5.3. La corresponsabilidad para fomentar la desconexión entre las mujeres trabajadoras	437
6. Conclusiones	438
7. Bibliografía citada	439
 DESCONEXIÓN DIGITAL, TIEMPO DE DESCANSO Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES PSICOSOCIALES	 443
STEFANO BINI	
1. Introducción	444
2. El impacto de los algoritmos en la salud mental de las personas trabajadoras	445
3. El derecho a la desconexión digital, coordenadas normativas básicas	446
4. El derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva: tendencias	449
5. Conclusiones	453
 LA INCAPACIDAD PERMANENTE COMO DISCAPACIDAD Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: MANDATO DE AJUSTES RAZONABLES Y CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL CESE	 457
YOLANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	
1. Introducción	458
1.1. La incapacidad permanente: normativa reguladora nacional	458
1.2. La extinción del contrato de trabajo con ocasión de la incapacidad permanente...	459
2. Marco normativo internacional: concepto de discriminación y ajustes razonables	459
3. Doctrina jurisprudencial sobre supuestos extintivos	462
4. Cuestión prejudicial ante el tribunal de justicia de la Unión Europea	464
5. Pronunciamientos judiciales posteriores a la STJUE de 18 de febrero de 2024: ¿despido improcedente o nulo?	469
6. Modificación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores	473
6.1. Elección voluntaria	474
6.2. Cómputo de plazos	474
7. Bibliografía	475
 LA RETRIBUCIÓN DE NOCTURNIDAD EN EL MARCO DE LA TENSIÓN ENTRE PROTECCIÓN MONETARIA Y PREVENCIÓN PRIMARIA DE RIESGOS: CONFLICTOS EN EL MARCO DE UN SISTEMA MULTINIVEL EUROPEO DE GARANTÍAS	 477
MARÍA MARTA MARTÍNEZ JIMÉNEZ	
1. Introducción: objetivos, justificación y metodología	478
2. Factor de riesgo y factor de protección de la salud: el tiempo de trabajo. En especial, nocturnidad y turnicidad	480
3. Tratamiento especial del sistema de trabajo nocturno como factor de penosidad en el sistema multinivel de garantías del derecho a la salud: ¿UE versus Consejo de Europa?	482
4. Estudio del actual estado de situación de este complemento: aproximación convencional nacional	484
5. A modo de conclusión y propuestas de progreso para el impulso de la cultura preventiva frente a la retributiva	487
5.1. Conclusiones	487
5.2. Propuestas de mejora	487
6. Benchmarking convencional: selección de buenas prácticas de la regulación convencional	488
7. Bibliografía	489

CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL EN LOS ESPACIOS UNIVERSITARIOS	491
FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA	
1. La comunidad universitaria y tiempo de trabajo	492
2. La conciliación y la corresponsabilidad en la Universidad	496
3. Programas y medidas de conciliación corresponsable para la Comunidad Universitaria	500
4. Conclusiones	506
5. Bibliografía	510
CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE, NUEVO HORIZONTE PARA LOS PLANES DE IGUALDAD	511
AMPARO ESTEBAN GÓMEZ	
1. Los planes de igualdad y su generalización en las empresas	512
2. La conciliación como tema de obligado tratamiento en los planes de igualdad	515
3. Las adaptaciones de jornada vía art. 34.8 ET tras el RDL 5/2023	521
4. Medidas a contemplar en los planes de igualdad en pro de implementar la adaptación de jornada vía art. 34.8 ET	526
5. Resumen conclusivo.....	531
TIEMPO DE TRABAJO, DESCONEXIÓN DIGITAL Y BUENA FE: SU INFLUENCIA EN LA SALUD DEL TRABAJADOR, PERO ¿Y LA DIGNIDAD?	553
ALBERTO AYALA SÁNCHEZ	
1. Introducción	534
2. Marco normativo	535
3. Algunos apuntes sobre el tiempo de trabajo	536
4. El derecho a la desconexión digital	540
4.1. Introducción	540
4.2. Naturaleza jurídica y su efectiva aplicación	540
5. La buena fe en las relaciones laborales	543
5.1. Una aproximación introductoria a la buena fe	543
5.2. La buena fe como concepto transversal del sistema normativo	544
5.3. La buena fe como elemento configurador del tiempo de trabajo y del derecho a la desconexión digital	547
6. Tiempo de trabajo, desconexión digital y buena fe: su influencia en la salud laboral, ¡sí!, pero, ¿y la dignidad de la persona?	549
6.1. Tiempo de trabajo, desconexión digital y buena fe: su repercusión en la salud del trabajador	549
6.2. Tiempo de trabajo, desconexión digital y buena fe: su incidencia en la dignidad de la persona trabajadora	550
7. Reflexiones finales	552
8. Bibliografía	553
LA CONCILIACIÓN Y LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR.....	557
DULCE MARÍA ELICHE MORAL	
1. Introducción	558
2. El papel de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar en la conciliación de la vida familiar, personal y laboral	560
3. Bonificaciones y reducciones para las contrataciones en el Sistema Especial para Empleados de Hogar	563
4. Subvenciones autonómicas para la contratación de empleados de hogar	568
4.1. Andalucía: Subvenciones a la contratación de personas desempleadas para la atención y el cuidado de personas con discapacidad o dependencia en el ámbito familiar y para el cuidado o atención de hijos o hijas menores de 3 años	568
4.2. Madrid: Subvenciones del programa de incentivos a la contratación de personas empleadas de hogar para la conciliación de la vida familiar y laboral	571
4.3. Euskadi: Ayudas a la conciliación de la vida familiar y laboral para la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijas e hijos menores de 14 años	573

5. Conclusiones	574
6. Bibliografía	575

DEL CALENDARIO LABORAL AL PATRÓN DE TRABAJO PREVISIBLE E IMPREVISIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA

1. Introducción	579
2. La equiparación entre empresas con calendario laboral y “previsibilidad en el tiempo de trabajo”: la progresiva lasitud de la regulación jurídica del calendario laboral	581
2.1. El calendario laboral: su progresiva lasitud reguladora	581
2.2. Horarios de trabajo y calendario laboral	584
3. Las definiciones de la Directiva (UE) 2019/1152 relativas al tiempo de trabajo, y su prevista transposición al ordenamiento español	585
3.1. Consideraciones generales	585
3.2. Las definiciones transversales de la directiva relativas al tiempo de trabajo	586
3.3. La reparación necesaria en ciertas obligaciones de transparencia de la Directiva	598
4. El proyectado “nuevo” derecho a la previsibilidad del art. 4.2 H) ET	590
5. Conclusiones	592
6. Bibliografía	593

PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS AL SEGUNDO PANEL:

RETRIBUCIONES, COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES (SMI, conceptos retributivos y no retributivos, indemnizaciones por despido)

NOMADISMO PROFESIONAL DIGITAL: ENTRE LAS NECESIDADES EMPRESARIALES Y LAS TUTELAS LABORALES. A PROPÓSITO DE LA LEY 28/2022, DE 21 DE DICIEMBRE, DE FOMENTO DEL ECOSISTEMA DE LAS EMPRESAS EMERGENTES

Roberto Fernández Villarino

1. Introducción	598
2. La Ley 28/2022 y la consideración de nómadas digitales	602
3. Entre las necesidades empresariales y las tutelas laborales	606
4. Consideraciones finales	607
5. Referencias bibliográficas	608

EL DILEMA DE LOS JÓVENES ANTE LA INSUFICIENCIA DE RENTAS: CÓMO LA FALTA DE INGRESOS AFECTA A LAS DECISIONES SOBRE VIVIENDA O AHORRO PARA LA JUBILACIÓN

José Iván Pérez López

1. Introducción	610
2. Marco normativo vigente relacionado con el empleo juvenil, la vivienda y el sistema de pensiones	611
2.1. El concepto de juventud y su incidencia en las políticas de empleo	611
2.2. Situación legal de la vivienda en España	613
3. El sistema de pensiones estatal	616
4. Situación actual del empleo juvenil en España	618
4.1. Implicaciones legales de la precariedad laboral en la estabilidad económica de los jóvenes	620
4.1.1. La estructura contractual y salarial de los empleos de los jóvenes	620
4.2. La insuficiencia salarial	621
5. Conclusiones	622
6. Bibliografía final	624

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL Y SALARIO PROFESIONAL CONVENCIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN FRENTE A LAS SUBIDAS DEL SMI

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

1. Introducción: las sucesivas subidas del SMI en la última década	626
--------------------------------------------------------------------------	-----

2. La funcionalidad del SMI	626
3. La adecuación salarial sobrevenida por la subida del SMI	627
4. Las reglas de compensación y absorción como mecanismo de neutralización de la subida del SMI	630
4.1. La técnica de la compensación y absorción salarial	630
4.2. La compensación y absorción de las subidas del SMI y su interpretación jurisprudencial	631
4.2.1. Compensación y absorción de los salarios profesionales frente a los incrementos del SMI	631
4.2.2. La prevalencia del artículo 27.1 ET frente a las dudas interpretativas derivadas de los sucesivos Decretos de SMI. La consideración de la regulación reglamentaria como ultra vires	631
4.2.3. La relativización de la exigencia de homogeneidad entre conceptos compensables y absorbibles	633
4.3. El papel de la negociación colectiva en la compensación y absorción salarial...	638
5. Bibliografía consultada	641

INDEMNIZACIONES POR DESPIDO EN EL EMPLEO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

ARACELI VALLECILLO ORELLANA	643
1. Breve contextualización	644
2. Tipo de empleado público administrativo titular del derecho de indemnización por despido	647
2.1. Tratamiento indemnizatorio para el personal interino. Angulosos caminos hasta la consideración final	651
2.2. Personal contratado temporal perpetuado	653
3. Naturaleza jurídica de indemnización por despido en el empleo público español	655
3.1. Indemnización por despido o indemnización sanción para la parte empleadora.	657
3.2. Indemnización tasada versus indemnización complementaria	658
3.3. Indemnización preventiva y disuasoria	660
4. A modo de conclusión	661

PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS AL TERCER PANEL:

OTRAS MANIFESTACIONES DE FLEXIBILIDAD (MSCT, Directiva condiciones transparentes, modificación del despido)

ROBOTIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL TRABAJO: SU REGULACIÓN EN CASO DE DESPIDO

ANA HUESO MORAL	665
1. Introducción	666
2. El paso de la industria 1.0 a la industria 4.0.	667
3. La robotización e inteligencia artificial como medidas de flexibilidad laboral y su impacto en el mercado de trabajo	670
4. La regulación del despido frente a la robotización de los puestos de trabajo	672
4.1. Caso práctico: la SJS nº 10 de Las Palmas como referente jurisprudencial para fijar los límites de la inteligencia artificial	674
5. Conclusiones	677
6. Bibliografía	680
7. Webgrafía	681

IMPREVISIBILIDAD EN EL PATRÓN DE TRABAJO DE LAS PERSONAS FIJAS-DISCONTÍNUAS: PROPUESTAS DE MEJORA PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1152

FRANCISCO MANUEL EXTREMERA MÉNDEZ	683
1. Introducción	684
2. El nuevo régimen del contrato fijo-discontinuo del RDL 32/21: ¿hacia una estabilidad precarizada?	685
2.1. Objetivo y principales líneas de actuación de la reforma	685

2.2. Novedades del contrato fijo-discontinuo en cuanto a transparencia y previsibilidad	686
2.3. Efectos de la reforma tras su entrada en vigor: ¿mejora en materia de precariedad?	688
3. La transposición pendiente de la Directiva 2019/1152: ¿una oportunidad perdida para el trabajo-fijo discontinuo?	689
3.1. Novedades introducidas por la Directiva 2019/1152 en materia de tiempo de trabajo.....	689
3.2. Proyectos de transposición adoptados: abandono del contrato fijo-discontinuo.....	691
3.3. Algunas propuestas de transposición aplicadas al contrato fijo-discontinuo	691
3.3.1. En materia de información a la persona trabajadora	691
3.3.2. En materia de previsibilidad de los tiempos de trabajo	694
4. Conclusiones	698
5. Bibliografía	700
LA TRANSPARENCIA Y LA PREVISIBILIDAD COMO HERRAMIENTAS FRENTE AL USO DE FACTO DE CONTRATOS A DEMANDA	703
LORENA GROSSO ORTEGA	
1. Contextualización	704
2. La presunción de laboralidad de los contratos a demanda	706
3. La eventual regulación de los contratos a demanda en el ordenamiento jurídico español	707
4. El encaje normativo de las nuevas obligaciones de previsibilidad del trabajo	709
5. La transparencia algorítmica como obligación de información sobre los elementos esenciales de las relaciones laborales que impliquen el uso de inteligencia artificial ..	710
6. Conclusiones	712
FIJEZA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	715
LUIS OCAÑA ESCOLAR	
1. El contrato “indefinido no fijo”	716
2. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en 2024	719
2.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024	719
2.2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2024	721
3. Las Sentencias internas sobre fijeza dictadas en 2024	722
3.1. Sentencias de Juzgados de lo Social	722
3.2. Sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.....	723
4. El criterio del Tribunal Supremo y su nueva cuestión prejudicial	725
5. Conclusiones	726
LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO COMO MEDIDA CLAVE PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA PRESTACIONAL POR RAZÓN DE GÉNERO: LA RELEVANCIA DEL JUICIO DE PONDERACIÓN JUDICIAL	729
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	
1. Introducción	730
2. Medidas preventivas de la brecha en los tiempos; en especial, la adaptación de la jornada de trabajo: naturaleza jurídica y ámbito objetivo	732
2.1. Naturaleza jurídica del derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo	735
2.2. Ámbito objetivo del derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo ..	736
3. El juicio de ponderación de los intereses en conflicto	739
3.1. La dimensión constitucional del derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo: criterio de orientación e interpretación	739
3.2. La razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación de la jornada de trabajo ..	741
3.3. La relevancia del proceso de negociación	746
4. Conclusiones	747

DISCAPACIDAD Y EMPLEABILIDAD: LAS NOVEDADES DEL MARCO NORMATIVO ITALIANO	749
MARÍA GIOVANNA ELMO	
1. Introducción al tema	750
2. El Decreto Legislativo 64/2024 y la adopción del modelo biopsicosocial	751
3. Una nueva concepción de “discapacidad”	753
4. La cuestión de los ajustes razonable	754
5. El “proyecto de vida”	755
6. Reflexiones conclusivas	757

PRÓLOGO

EDUARDO ROMÁN VACA
*Director del Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

Es un lugar bastante común comenzar este tipo de introducciones con la célebre frase de Quevedo, dirigida precisamente a D. Pedro Girón, Duque de Osuna: “Dios te libre, lector, de prólogos largos”. Hagámosle caso a quien desde luego fue más sabio que nosotros y evitemos al lector el tedio (si osase aventurarse a leer estas líneas) de soportarme en exceso.

Pero es que, además, veo prácticamente innecesario un prólogo a una obra de estas características, con significativas e importantes aportaciones, que son en las que debe centrarse la persona interesada. Evidentemente no es viable hacer aquí un resumen de cuanto se va a encontrar el lector, y todo lo demás quedaría en unas líneas vacuas o, a lo más, en unas rimbombantes notas laudatorias que en nada engrandecerán lo que sigue. Me quedo pues en dos o tres ideas básicas.

Nos encontramos ya ante las XLI Jornadas Universitarias Andaluzas, un recorrido no ya aceptable, sino -deformación profesional- de matrícula de honor. Y se ha escogido el formato seguido en la pasada edición de dividir la materia general (Necesidades empresariales y tutelas laborales) en tres paneles, a saber:

- Tiempo de Trabajo (reducción de jornada, descansos, conciliación)
- Retribuciones, compensaciones e indemnizaciones (SMI, conceptos retributivos y no retributivos, indemnizaciones por despido)
- Otras manifestaciones de flexibilidad (MSCT, Directiva de condiciones transparentes, modificaciones del despido)

Pues bien, nada más que la extensión de la materia, que permite abarcar con gran amplitud las condiciones de trabajo, da fe de la trascendencia de este encuentro. Materia, por demás, que hace preciso que nos adentremos en normas de Derecho interno, pero también en el Derecho de la Unión Europea o en normas internacionales.

Por otra parte, basta echar un vistazo por encima al índice para, sin necesidad siquiera de adentrarse en el contenido, corroborar la calidad del libro que tiene en sus manos el lector, dada la solvencia científica demostrada por las personas intervinientes.

Vemos así cómo escribe un buen plantel del iuslaboralismo andaluz ya consagrado, pero también tiene un buen peso ese iuslaboralismo novel que se va abriendo paso con fuerza en este a veces “aterrador” (por su cada vez mayor complejidad) campo de las disciplinas jurídicas.

A ello se suma que no sólo nos quedamos con intervenciones de buena parte de nuestra mejor doctrina, tanto veterana como incipiente, sino que, trascendiendo los límites andaluces, acuden a este encuentro representantes señalados de otras Universidades tanto españolas como extranjeras.

El número de aportaciones (doce ponencias generales y más de una veintena de ponencias específicas), sirve también de argumento para resaltar el interés despertado por la materia objeto de estudio.

En fin, todo lo anterior avala el crédito que merece este libro, que sin duda será de gran utilidad para la doctrina iuslaboralista.

Y justamente a este punto queríamos llegar, al de la utilidad de nuestras reflexiones. Con los años debo confesar que crece mi escepticismo acerca del sentido de congresos, jornadas, seminarios, reuniones, webinars... que han proliferado quizás en exceso, y en algunos casos sin que pueda predicarse de algunos eventos un mínimo de calidad o de utilidad social. En otro sentido, cabe preguntarse qué sentido tiene que los iuslaboralistas nos dediquemos año tras año, curso tras curso, no sólo a la docencia, sino también a la investigación y análisis de la cada vez mayor -ya lo hemos dicho- maraña normativa en que hoy se contiene el Derecho del Trabajo. Dicho de otra forma, este tipo de reuniones científicas, ¿son algo más que la reunión de unos profesionales que debaten entre ellos y para ellos, que se autocomplacen y retroalimentan?, ¿tienen alguna utilidad social?

Pues, pese a mi escepticismo, la respuesta es afirmativa. Obviamente porque, para formar correctamente a futuros profesionales del Derecho del Trabajo en nuestras aulas, resulta imprescindible la previa formación del docente, su continuo reciclaje, su continua puesta al día. El formador tiene que formarse, y eventos como éste nos ayudan a todos y todas, a los más jóvenes, pero también a quienes vemos cada vez más cerca nuestra salida de la academia, a adaptarnos a los nuevos tiempos.

Pero es que, a mayor abundamiento, esa continua puesta al día resulta hoy más necesaria que nunca, debido a la cada vez más compleja normativa laboral o a los defectos cada vez más palmarios de técnica legislativa. Pondré solo unos ejemplos que ya he criticado en otro lugar¹, al evidenciar un, a mi juicio, un defectuoso proceder del Gobierno en general y del Ministerio de Trabajo (permítaseme utilizar su nombre originario) en particular, defecto no tanto en cuanto a su contenido (entrar en ello quizás sería una valoración política que no procede aquí) sino al procedimiento seguido:

- a) El Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Esta norma, llamada con razonable sentido gráfico Decreto Ómnibus,

¹ Vid. nuestros artículo en prensa “Mal, muy mal empezamos, señora ministra” (*ABC* de Sevilla, 3 de abril de 2024, pág. 8) y “Mal, muy mal continuamos, señora ministra” (*ABC* de Sevilla 11 de junio de 2024, pág. 8).

ocupaba 170 páginas del BOE, y, utilizando la llamada técnica del *totum revolutum* que tantos quebraderos de cabeza nos da a los juristas, contenía una cantidad abismal de modificaciones jurídicas procesales civiles, penales y administrativas, además de otras propiamente laborales, resultando así un maremágnum a veces difícil de cohesionar. Ello por no mencionar el más que criticado abuso del Decreto Ley como herramienta legislativa, que hurta al legislador su papel (si es que alguien sigue creyendo a Montesquieu) y al profesional un estudio sosegado de la futura norma.

- b) El Decreto Ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Aparte de continuar utilizando el Decreto Ley para lo que estimo que no está previsto en la Constitución, nos reencontramos con la técnica del *totum revolutum*, conteniendo modificaciones de tantas normas que la situación se convirtió en un verdadero laberinto para quienes nos dedicamos al estudio de esta especial rama del Derecho.

Los anteriores son sólo dos ejemplos; podríamos traer otros a colación, pero basta con ellos para resaltar el papel que le cabe a la doctrina laboralista y a encuentros científicos como el que da origen a este libro. Con este tipo de normas se hace más necesario que nunca, como he dicho antes, abrir espacios para el análisis y la reflexión científica, donde compartir ideas y aclarar en lo posible los numerosos problemas de interpretación y aplicación que presentan las normas.

Siendo así imprescindibles para nuestra formación, y por ende para realizar esa verdadera transferencia del conocimiento que es formar a su vez al estudiantado de nuestras aulas, quedan más que justificados Congresos y Jornadas de calidad como son las XLI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Pero queda aún algo más. El trabajo universitario debería -siguiendo con ese a mi modo de ver correcto entendimiento del concepto “transferencia del conocimiento”- no quedarse en el interior de las aulas y la transmisión de conocimientos a quienes el día de mañana serán profesionales del Derecho, sino que hay otra pata importante de esta mesa que entre todos intentamos construir: ese trabajo universitario debería ser tenido también en cuenta por gobernantes y legisladores. Aquí mi escepticismo -lamento decirlo- aumenta bastantes grados. Pero no quiero caer en el desánimo total, y espero que, de una u otra forma, las reflexiones, propuestas y también críticas sensatas que aquí se hacen lleguen a conocimiento de los operadores jurídicos y sean tenidas en cuenta.

PRESENTACIÓN

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ.
*Presidente del Consejo Andaluz de
Relaciones Laborales*

1. UN CONSEJO EN CRECIMIENTO CONTINUO.

Sean mis primeras palabras para agradecer el esfuerzo que se ha realizado por parte de la Universidad de Sevilla y su departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, bajo la dirección del profesor Eduardo Román Vaca, en la coordinación de estas cuadragésimo primeras Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales que se desarrollan en el ámbito de la Escuela Universitaria de Osuna merced a la generosidad de su Fundación Francisco Maldonado a cuya presidenta, Dña. Rosario Andújar y a su Director Gerente, D. Carlos Chavarría, quiero hacer extensivo mi agradecimiento.

Del mismo modo, debo hacer mención al trabajo desarrollado por el Comité Científico de las Jornadas, compuesto por Eva Garrido Pérez (UCA), Cristóbal Molina Navarrete (UJA), Francisco Vila Tierno (UMA) y María Luisa Pérez Guerrero (UHU). El Comité Científico desarrolla un trabajo capital en modo Comisión Permanente consistente en revisar temáticas de las ponencias específicas, plazos de entrega, contenidos, premios y accésit. Trabaja durante meses en reuniones virtuales o presenciales, según convenga, y son muchas las cuestiones relacionadas con la calidad científica del evento que se analizan de manera minuciosa y casi nunca pacíficas. Esto engrandece y merita el esfuerzo académico de sus componentes, que cambian de manera rotatoria entre universidades según el turno establecido, y nos permite aquilatar la calidad de nuestras Jornadas. Mi agradecimiento a los miembros de esta edición porque nos han permitido tener la monografía preparada a tiempo de ser entregada en la inauguración del evento.

Estas Jornadas presentan tres novedades que hemos impulsado desde el Consejo porque entendemos vienen a contribuir a prestigiar un formato que tiene dimensiones congresuales. En primer lugar, hemos buscado una ubicación alternativa a la de la capital de Andalucía en la medida en que acercamos al centro geográfico de nuestra Comunidad unas Jornadas que quieren crecer en sus niveles de participación y asistencia. En segundo lugar, hacemos posible por vez primera la corresponsabilidad financiera de los Departamentos y grupos de investigación andaluces en la gestión de los gastos originados por el evento, evento que pertenece desde sus orígenes a las propias universidades andaluzas. Y en tercer lugar, hacemos posible una vieja aspiración académica a la altura de los congresos nacionales de mayor relieve, entregando el libro monográfico de las Jornadas en el momento de la recepción de los participantes. Mejorar para seguir creciendo.

Todo ello configura el impulso que hemos querido imprimir a las Jornadas Universitarias Andaluzas en esta etapa nueva del CARL que viene caracterizada por varios vectores de

innovación. En primer lugar, la realización de la reunión del Consejo Académico preparatorio de las Jornadas a finales de enero o principios de febrero de cada año para fijar la temática y la fecha de celebración, generalmente a finales del mes de noviembre del año en curso. Ello aquilata la posición de las Jornadas en el calendario de encuentros académicos de cada año, permite a los ponentes invitados tiempo suficiente para la preparación de sus conferencias y evita que se puedan producir solapamientos accidentales de fechas con otros eventos. Además, la proyección exterior al ámbito estrictamente andaluz de las Jornadas Universitarias, haciendo extensiva la invitación a participar a ponentes de universidades no andaluzas, dentro y fuera de España, lo que nos permite irradiar y conectar a la vez con el conocimiento que elaboramos y recibimos de toda la doctrina iuslaboralista. Hemos empezado con universidades nacionales y europeas, y creemos que podemos incorporar también experiencias académicas de fuera de Europa, pues el grado de madurez de nuestras Jornadas y de los departamentos, grupos y proyectos de investigación andaluces, nos lo permite. De igual manera, innovamos y crecemos en la medida en que proyectamos la actividad de las Jornadas Universitarias Andaluzas en las redes sociales y, a partir de esta edición número 41º en Sevilla, en los medios de comunicación, pues tenemos que hacer realidad de manera directa la transferencia de conocimiento a la sociedad, y debemos utilizar los medios que hemos puesto en marcha para ello desde el Consejo.

El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) desarrolla entre sus funciones institucionales un papel central aglutinador de la actividad científica producida por la Universidades Andaluzas y sus Departamentos y Áreas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, creando de este modo una sinergia de actuación entre el profesorado investigador y las intervenciones del Consejo en el ámbito de sus competencias en materia de relaciones laborales, negociación colectiva y de resolución del conflicto colectivo. Fruto de esa sinergia ha sido la creación en el mes de junio pasado de la Cátedra de Negociación Colectiva y Relaciones Laborales de la mano de la Universidad Internacional de Andalucía, a cuyos investigadores deberemos incorporar a estas Jornadas Universitarias a partir de la próxima edición.

Igualmente, y a propuesta del presidente del CARL, tras aprobación por su Comisión Permanente, hemos incorporado a los profesores y profesores titulares de universidad y contratados doctores a los Colegios de Presidentes/as de Convenio Colectivos, así como de Árbitros del Consejo. La Revista Temas Laborales ha empezado a distribuirse también a partir de esta presidencia a este colectivo de profesores. Necesitamos seguir impulsando la colaboración entre la Administración pública y el mundo académico para incorporar a nuestras iniciativas las mejores aportaciones que nos hagan llegar los que más saben.

En su Ley fundacional se destacaban ya en 1983 como funciones del Consejo (art. 3.2 b y c) “Formular propuestas referidas a la política laboral o social al Consejo de Gobierno de Andalucía o a la Consejería correspondiente”, y “Elaborar o promover dictámenes, estudios o estadísticas en materia de relaciones de trabajo, bien por propia iniciativa, bien a propuesta del Presidente de la Junta de Andalucía o del Consejo de Gobierno”. Es aquí, en esta formulación de la Ley de 1983 que pretendemos reformar y poner al día en los próximos meses, donde encontramos el encaje y fundamentación para iniciativas, como las de estas Jornadas Universitarias Andaluzas, las más antiguas que se celebran en España, o como la de la Cátedra de Negociación Colectiva y Relaciones Laborales.

Con motivo de la celebración del 40º aniversario de la Ley de creación del Consejo, tuve la ocasión de señalar ante los miembros de su Pleno los retos de futuro, dentro del marco de esta legislatura, que el CARL se había propuesto abordar. Creemos estar trabajando en la dirección adecuada y con el ritmo preciso para que dichos retos sean una realidad al final de legislatura. Estamos en los cargos de responsabilidad para aportar nuestra experiencia y capacidad profesional, con el máximo rendimiento y capacidad de exigencia, y luego dejar paso a nuevas personas para que sigan adelante con los proyectos de mejora de nuestro sistema de relaciones laborales que hemos puesto en marcha. Estamos siempre de tránsito,

no se nos olvide, pero durante el tránsito la exigencia en la consecución de los objetivos es máxima e irrenunciable.

Estos dos últimos años han sido, sin duda, años frenéticos para el CARL, en el que se han planificado una serie de objetivos clave para proyectar institucionalmente al Consejo y fortalecer nuestra función de impulso a la negociación colectiva, la mediación y el arbitraje, objetivos de los cuales ya se ha conseguido alcanzar la mayor parte de los propuestos, sin haber reducido un ápice el trabajo técnico en apoyos a la negociación colectiva, presidencias de convenios, arbitrajes y mediaciones en toda Andalucía. Crecer para ser relevantes es el principio que hemos seguido desde mi incorporación a la presidencia del Consejo en noviembre de 2022.

Se ha proyectado de manera especial la presencia institucional del Consejo dentro de su hábitat natural de las relaciones laborales en Andalucía, pero también en el plano nacional. Se han celebrado Comisiones Permanentes y de Seguimiento SERCLA en las ocho provincias y se ha completado el programa para 2024 empezando por Córdoba y, a continuación, Huelva, Sevilla, Málaga, Jaén y Granada. Es función del Consejo tomar conocimiento directo de lo que sucede en materia de negociación colectiva y conflicto laboral en cada territorio, contactando directamente con los representantes sindicales y empresariales de cada provincia de la mano de los miembros de su Comisión Permanente y de Seguimiento SERCLA. Solo de este modo puede ponerse en marcha una verdadera política preventiva del conflicto laboral, anticipándose a lo que tenga que venir, tomando conciencia directa de las complejas problemáticas negociales en cada sector y en cada empresa para asimilar dichas cuestiones e incorporarlas a los planes de apoyo a la negociación colectiva, como herramienta viva y en permanente evolución y proceso de mejora.

En el plano nacional, el CARL ha tomado especial protagonismo en el ámbito de los Organismos Autónomos de Relaciones Laborales y Solución de Conflictos, señalando el camino en iniciativas tales como el Código Ético para la actuación ante sistemas de solución extrajudicial de conflicto laborales, los cursos de formación continua para negociadores y para mediadores, cuyos programas se han exportado desde Andalucía, o las iniciativas en materia de mediación intrajudicial, para lo que sus contactos con el Sistema Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), y con CEOE, CEPYME, UGT y CCOO a nivel nacional han sido singularmente relevantes. Hoy se reconoce en España la reputación del SERCLA y el determinante papel que el Consejo está jugando en ello.

Nos encontramos, a la vez, en el inicio del proceso de actualización del marco normativo regulador del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, con motivo de los cuarenta años de su Ley de creación, normalizando sus competencias y procedimientos, su estructura y funcionamiento a través de la preparación de un borrador de reforma de la Ley del Consejo. Debemos aprovechar el actual momento para relanzar la relación entre las organizaciones sindicales y empresariales y el CARL, reconociendo, sin duda, su carácter tripartito y colegiado, al mismo tiempo que su impronta indiscutible de Administración Pública prestadora de servicios. Se hace preciso redefinir su naturaleza jurídica.

La inminente puesta en marcha de la Ley de participación y colaboración institucional de Andalucía acelera los trabajos que venimos realizando desde los servicios administrativos del CARL para la reforma de la Ley de 1983 del Consejo. Sin embargo, las organizaciones han preferido excluir de esta Ley al CARL (art. 2.3) y, por tanto, los procesos de negociación colectiva de convenios colectivos laborales y convenios en el ámbito del empleo público, así como el propio CARL deben regularse por su normativa específica.

Las razones de esta reforma pueden sintetizarse brevemente. En primer lugar, la naturaleza jurídica no está actualmente determinada por la Ley del CARL, que la omite. Para el art. 20 de la LAJA somos “órgano colegiado de participación social”, pero estamos excluidos de la Ley de Participación. La dispersión normativa donde se regulan el encuadramiento administrativo y las funciones del CARL generan inseguridad jurídica, singularmente en las

funciones de consulta y en las formativas, que no aparecen reguladas. La actual regulación se realiza en 7 Ordenes y Decretos y en 5 Acuerdos de Pleno y Permanente.

Junto a estos problemas de definición legal, tenemos otros de tipo técnico, por ejemplo una sede central en Sevilla en la Ley fundacional que no contempla la realidad de las sedes provinciales y subsedes que de facto funcionan en la práctica, lo que añade inseguridad a la situación de estas sedes especialmente en cuanto a su ubicación física dentro de los inmuebles de la Junta de Andalucía. La ley fundacional no menciona el carácter actual de órgano tripartito y paritario. Hay una desigual distribución de miembros (4 por la Administración y 10 por la parte empresarial y sindical) que requieren corrección o voto ponderado para que su carácter tripartito y paritario sea real. Los expertos nombrados por el Presidente de la Junta no tienen papel definido y no se regula su derecho de voto.

De otro lado, se requiere la introducción de la actualización en la regulación del funcionamiento diferenciado entre sus órganos colegiados y unipersonales, la actualización del número de miembros del Pleno y sus reglas de quorum, la inclusión de la Comisión Técnica de Trabajo, la regulación de su régimen económico y de personal, la regulación del 15% de representatividad de las organizaciones sindicales para adecuarla a la LOLS, o la aprobación de un régimen transitorio del sistema indemnizatorio actual hasta la aprobación de la Ley de Participación y Colaboración Institucional. Finalmente, requerirá la Ley el reforzamiento del SERCLA y la determinación de su relación de apoyo administrativo y de personal con el CARL.

Ha sido voluntad de este presidente desde el primer momento vincular de manera directa el Consejo a su Consejería como casa común de intereses, funciones y estructura presupuestaria, lo que es requisito sine qua non para asegurar su crecimiento institucional y funcional futuro.

Estamos fortaleciendo las funciones del CARL relativas al impulso y apoyo a la negociación colectiva, a través del Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva, como parte de un Acuerdo de Diálogo o de Concertación Social de la Junta de Andalucía y los agentes económicos y sociales. El punto 2.3.11 del Pacto Social y Económico para el Impulso de Andalucía, firmado en marzo de 2023, recogió el compromiso de los firmantes de elaborar un II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza (2023-2025) con una relación no exhaustiva de objetivos estratégicos. Este Plan ha sido aprobado en el Pleno Extraordinario del CARL de 3 de julio de 2023. Es voluntad de los firmantes que este II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva de Andalucía sirva de impulso a la nueva Ley del CARL que le permita seguir cumpliendo su cometido de facilitar la consulta y la cooperación entre la Administración autonómica y las organizaciones empresariales y sindicales, así como las de éstas entre sí, y favorecer su acceso a los servicios administrados por la Comunidad Autónoma. El Plan consta de 7 Objetivos Estratégicos, 14 Objetivos Operativos y 77 medidas de apoyo a los Objetivos. Se ha negociado en los siete primeros meses de la nueva presidencia del CARL. El II PANC constituye el primer desarrollo que se produce en una Comunidad Autónoma del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva firmado en mayo de 2023, y su grado de aplicación y cumplimiento es del 90% en estos momentos.

Seguimos, también, en la senda de transformar el modelo técnico de mediaciones del SERCLA, que depende administrativamente del CARL, sobre la base del acuerdo en la Comisión Técnica de Seguimiento del SERCLA, y para la que se cuenta ya con un documento de 10 puntos aprobado en abril de 2023, dejando a un lado las cuestiones presupuestarias. Somos conscientes de las dificultades del cambio de modelo, pero estamos persuadidos de que el prestigio del Sistema pasa por su progresiva transformación. De ahí nuestro interés en impulsar el III Acuerdo Interprofesional SERCLA (2025-2028) entre las tres organizaciones partícipes del CARL para materializar ese impulso técnico que es imprescindible para afrontar los nuevos retos, entre ellos el de la mediación intrajudicial.

En relación con esta vocación transformadora, aprobamos a impulso y propuesta del CARL, por parte de la Comisión de Seguimiento del SERCLA, el Código Ético de Actuación como parte Interesada o como Asesoramiento Profesional en las mediaciones del SERCLA, en el que el CARL llevaba trabajando desde 2021. Este Código pretende la vinculación de las partes en un proceso de mediación a unas reglas deontológicas mínimas que permitan aquilatar la calidad del servicio público que presta el SERCLA. En la actualidad hay casi cuatrocientos profesionales adheridos personalmente, y el Código ha sido exportado desde Andalucía a otros sistemas de resolución autonómicos.

Como iniciativa de apoyo a la proyección institucional del CARL, pusimos en marcha en el mes de junio de 2023 una política de comunicación institucional y visualización social de la labor del CARL a través de una página web propia vinculada a la web institucional de la Consejería de Empleo, y con una presencia constante y equilibrada en las redes sociales, lo que implica la publicación actualizada de toda la información sobre las múltiples actividades del CARL y del SERCLA en las distintas redes sociales (Twitter, LinkedIn, Facebook, Instagram) así como la publicación de una Newsletter mensual que da detalle de todos los procesos de negociación colectiva en marcha, de los conflictos resueltos y de las actividades formativas del Consejo. En Facebook se ha incrementado en un 183% el número de seguidores hasta los más de 1000 actuales. La cuenta de Instagram actualmente cuenta con 297 seguidores. En X el crecimiento ha sido del 108% hasta alcanzar los 329 actuales. Respecto al número de publicaciones, en las redes sociales mencionadas se han producido unas 400 publicaciones. En relación al número de visitas, éstas se han incrementado en un 490% en Facebook y un 100% en Instagram.

Finalmente, pero no menos importante, hemos fortalecido la función formadora en materia de negociación colectiva mediante la dotación de la Cátedra de Negociación Colectiva Laboral de Andalucía, que será el germen de la Escuela de Negociación Laboral de Andalucía (ENLA), de la mano de la Universidad Internacional de Andalucía, y del Curso de Capacitación en Mediación Laboral de Andalucía, sobre la base del convenio institucional con la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

2. EL TRABAJO DE LA CÁTEDRA DE NCRL PARA EL CARL

Todas estas líneas de trabajo, han sido complementadas con el Acuerdo del Pleno del CARL de 20 de marzo de 2024 de creación de la Comisión Técnica de trabajo para el desarrollo de recomendaciones, cláusulas tipo y buenas prácticas para la negociación colectiva en el marco del II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva de Andalucía.

La Cátedra de NCRL nos dota de una herramienta imprescindible para trabajar con la flexibilidad y la rapidez que exige dar respuesta a los problemas que enfrentamos con la negociación colectiva en Andalucía, que son muchos y complejos. El primero de los trabajos encargados a la Cátedra, a excepción hecha del Curso de Formación de Negociadores, que podemos calificar de exitoso, ha sido la elaboración de guías de buenas prácticas en la negociación colectiva. Las tres primeras, que se encuentran en fase de redacción, versan sobre los contenidos clásicos de la negociación y sobre reglas procedimentales de administración del convenio colectivo, en particular en materia de preaviso de la denuncia anticipada en dos meses, pacto de ultraactividad ampliada hasta la firma del siguiente convenio, cláusulas de desarrollo de la negociación bajo el principio de buena fe, y sobre el papel de las comisiones paritarias.

Igualmente, está prevista una guía sobre conciliación y medidas en materia de igualdad entre mujeres y hombres, sobre los derechos reconocidos en el ámbito laboral a las víctimas de violencia de género por la Ley Orgánica 1/2004, sobre acoso sexual y por razón de sexo, y sobre planes integrales enfocado al fomento de la cultura preventiva y a la reducción de la siniestralidad laboral. Finalmente, se está realizando una guía sobre nuevas realidades

empresariales, nuevas formas de organización del trabajo (economía colaborativa, empresas multiservicios, y sobre las transiciones ecológicas), y sobre nuevos escenarios laborales (derechos digitales y tecnológicas: teletrabajo, derecho a la desconexión digital, etc.).

Con posterioridad abordaremos otras guías con contenidos que hagan frente a las exigencias reales de los distintos sectores, entre ellas, una guía sobre negociación colectiva y los procedimientos de gestión de conflictos del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), con carácter previo e inmediato a la adopción de medidas de conflicto colectivo y sobre conflictos individuales; y para sustituir las negociaciones de los periodos de consulta por mediaciones en el SERCLA, en los casos previstos en los artículos 40 (movilidad geográfica); 41 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo); 44.9 (sucesión de empresas); 47 (suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor); 51 (despido colectivo); 82.3 (inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable).

Al mismo tiempo, tenemos previsto que en el mes de enero próximo se puedan publicar las primeras recomendaciones generales a las mesas negociadoras a partir de las guías que se están realizando, promoviendo toda esta información a través de la web del Consejo, donde se publicará un índice general de materias propias o tradicionales de un convenio colectivo tipo y nuevos espacios y materias para la negociación colectiva, las propias Recomendaciones generales a las mesas negociadoras a partir de las guías y protocolos que se vayan realizando, y un repositorio con declaraciones institucionales del pleno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en materia de Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Diálogo Social, Protocolos, Clausulas-Tipo, y Buenas Prácticas negociales.

3. LA ACCIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS DEL CARL EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN EN 2024

3.1. Comisiones de trabajo provinciales para el seguimiento de la negociación colectiva

En relación con el impulso de la negociación colectiva, el CARL sistematiza sus actuaciones y servicios a través de sus análisis en las 12 Comisiones Permanentes, 4 Plenos y 32 reuniones de las Comisiones Técnicas Provinciales (4 reuniones al año en cada una de las 8 provincias) celebradas anualmente y a través especialmente de la aprobación consensuada y puesta en marcha del II Plan de Apoyo del CARL a la Negociación Colectiva.

Según lo previsto en el artículo 9.2. f) de la Ley 4/1983, de creación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, corresponde al Pleno del Consejo, constituir comisiones de trabajo asignándoles misiones específicas y estableciendo su composición y reglas de funcionamiento. Por acuerdo del Pleno de fecha 21 de marzo de 2014, se constituyeron las comisiones de trabajo de carácter técnico para el seguimiento de la negociación colectiva provincial. En dicho acuerdo se establecía que serán funciones de las indicadas comisiones el análisis periódico del estado de situación de las unidades de negociación existentes en la provincia, así como proponer la canalización de los procesos de negociación con especiales dificultades a través de los distintos servicios de apoyo a la negociación colectiva del CARL y, en su caso, a través de la actuación mediadora y arbitral del SERCLA.

En cuanto a su composición, conforme con lo establecido en el acuerdo del Pleno, las comisiones de trabajo están formadas por un representante de cada una de las organizaciones miembros del Consejo bajo la presidencia-secretaría de las coordinaciones provinciales del CARL, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 del Acuerdo de 20 de marzo de 1984 del Pleno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Dichas Comisiones se reúnen al menos con una periodicidad trimestral, de acuerdo con la planificación que a estos efectos se determine en la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Al contar con representantes de las organizaciones miembro del CARL (UGT, CCOO y CEA) de la provincia, se configuran como un instrumento idóneo para abordar la gobernanza de la negociación colectiva en la provincia de manera preventiva, buscando el acercamiento con los negociadores en los correspondientes ámbitos territoriales, incentivando el diálogo y prestando la colaboración requerida en cada momento. Esta actuación tiene una importancia fundamental para alcanzar la normalidad y fluidez en el desarrollo de las relaciones laborales, y para lograr la implicación directa desde una perspectiva responsable, de los sujetos titulares de la autonomía colectiva, organizaciones empresariales y sindicales.

3.2. Convenios negociados en nuestras sedes

La puesta en marcha de esta medida se ha canalizado a través de las Comisiones de trabajo de carácter técnico para el seguimiento de la negociación colectiva provincial, siendo las organizaciones integrantes las que han informado a las mesas de negociación en las que forman parte sus organizaciones de la posibilidad de negociar en nuestras instalaciones. Las siguientes mesas de negociación han utilizado las instalaciones del CARL para negociar:

1. Convenio colectivo de Pompas Fúnebres de Huelva
2. Convenio colectivo de clínicas privadas de Huelva (primer convenio)
3. Convenio colectivo de actividades agropecuarias de Jaén
4. Convenio colectivo de transportes regulares y discrecionales de viajeros por carretera de Jaén
5. Convenio colectivo de transporte interurbano de viajeros de Sevilla
6. Convenio Colectivo de agencias de transporte de Sevilla
7. Convenio Colectivo de Verificaciones Industriales de Andalucía S.A.

3.3. Presidencias de convenios

Se han facilitado las siguientes presidencias:

1. Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el sector de las empresas de transporte de personas enfermas y accidentadas en ambulancias.
2. Convenio Colectivo de empresas de hospitalización, internamiento, consultas, asistencia y laboratorios de análisis clínicos de la provincia de Sevilla
3. Convenio Colectivo del Comercio de Málaga
4. Convenio Colectivo de la empresa Isla Mágica
5. Convenio Colectivo de la Real Orquesta Sinfónica de Sevilla
6. Convenio colectivo de la empresa Acerinox Europa SAU (planta de Palmones).
7. Convenio Colectivo de la Agencia para la Calidad Científica y Universitaria de Andalucía (ACCUA)
8. Convenio Colectivo de la empresa SOMAJASA - Sociedad Mixta del Agua Jaén, S.A.

3.4. Convenios desbloqueados en sede SERCLA

1. Convenio colectivo de sector de industria del metal de Granada
2. Convenio colectivo del sector de comercio de Granada
3. Convenio colectivo de pompas fúnebres de Huelva
4. Convenio colectivo de agencias distribuidoras de gases licuados de Huelva

5. Convenio colectivo de transportes regulares y discrecionales de viajeros por carretera de Jaén
6. Convenio de limpieza de edificios públicos y locales de Jaén
7. Convenio del Sector derivados del Cemento de Córdoba
8. Convenio del Sector del Amarre y desamarre del Campo de Gibraltar
9. Convenio colectivo de Empresas Prezero España SA y Prezero Gestión de Residuos SA (empresas que gestionan la limpieza viaria en el municipio de Níjar).
10. Convenio colectivo de Empresa Lirola Ingeniería y Obras SA (gestiona la recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria del municipio de El Ejido).
11. Convenio colectivo de la empresa Transportes Rober de Granada
12. Convenio colectivo de la empresa INAGRA (concesionaria del servicio de limpieza de Granada)
13. Convenio Colectivo de la Empresa de Mercados Centrales de Abastecimientos de Sevilla, Mercasevilla S.A. a través del sometimiento a arbitraje
14. Convenio Colectivo de Setex Aparki del Servicio de Retirada e inmovilización de Vehículos, Depósitos y gestión de Cobros de la Grúa Municipal de Sevilla
15. Convenio colectivo de Limpieza y Recogida de RSU de Jerez de la Frontera
16. Convenio de Aguas del Valle del Guadairo
17. Convenio Colectivo del sector de industria de la madera de Huelva
18. Convenio Colectivo de Clínicas Dentales de Málaga.
19. Convenio Colectivo de sector VTC Andalucía.
20. Convenio Colectivo de sector de Viticultura de Cádiz
21. Convenio Colectivo de Piel y Marroquinería de Cádiz

3.5. Convenios firmados en sede central CARL

1. Convenio Colectivo del Campo de la provincia de Granada
2. Convenio Colectivo de agencias de transporte de Sevilla
3. Convenio Colectivo de empresas de hospitalización, internamiento, consultas, asistencia y laboratorios de análisis clínicos de la provincia de Sevilla
4. Convenio Colectivo de la empresa Isla Mágica
5. Convenio Colectivo de la Real Orquesta Sinfónica de Sevilla
6. Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía de Ocio Educativo y Animación Sociocultural.

3.6. Convenios con acompañamiento técnico CARL

1. Convenio Colectivo del Campo de la provincia de Granada
2. Convenio Colectivo de Salazones y Conservas de la provincia de Huelva
3. Convenio colectivo de la empresa Acerinox Europa SAU (planta de Palmones)

PONENCIAS GENERALES:
PONENCIAS GENERALES DEL PRIMER PANEL
TIEMPO DE TRABAJO
(Reducción de jornada, descanso y conciliación)

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
TIEMPO DE DESCANSO COMO DERECHO
LABORAL AUTÓNOMO

M^a CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz
cristina.aguilar@uca.es ORCID: 0000-0002-7252-0414

SUMARIO:

1. REFLEXIONES INICIALES
2. EL MARCO JURÍDICO-LABORAL ACTUAL
3. DERECHO AL DESCANSO VERSUS TIEMPO DE TRABAJO
4. DERECHO AL DESCANSO VERSUS TIEMPO DE DISPOSICIÓN
5. EFICACIA DEL DERECHO AL DESCANSO PREVISTO EN LA NORMATIVA JURÍDICA SUPRANACIONAL
6. CONCLUSIONES Y PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*
7. BIBLIOGRAFÍA

ABSTRACT:

Dada su relevancia a nivel personal y profesional, y el carácter indisponible del derecho al descanso para la persona trabajadora, partiendo tanto desde su dignidad como desde su derecho a condiciones de trabajo que preserven su seguridad y salud laboral, nos planteamos la ausencia de su reconocimiento como derecho laboral autónomo en la normativa española, e incluimos una propuesta de *lege ferenda*.

A esta conclusión llegamos a través de inferencias diversas: por una parte, el derecho al descanso no se recoge, y menos aún se define en nuestra legislación jurídico-laboral. Por otra parte, atendiendo al Derecho Originario, aunque el derecho al descanso es categorizado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como tal, lo cierto es que su eficacia –en virtud de los arts. 51 y siguientes- está condicionada a su desarrollo por parte de la propia Unión Europea o, en su caso, por parte de los Estados Miembros, tareas ambas que han sido declinadas por los legisladores de cada ámbito territorial. Aunque la Directiva 2003/88/CE sobre tiempo de trabajo defina el descanso, y haya sido transpuesta al ordenamiento español, es conocido que este derecho se configura en clave contraria al tiempo de trabajo. El evolucionado y complejo mundo de las relaciones laborales actuales requiere un cambio de planteamiento, desde su recepción como derecho fundamental autónomo en nuestro Estatuto de los Trabajadores.

1. REFLEXIONES INICIALES

Derecho al descanso... curiosamente, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al definir el término “descanso”, ya introduce un enfoque centrado en el ámbito laboral: “pausa en el trabajo”. Se identifica además con “quietud, reposo, o pausa en la fatiga”. Implica, entre otros sinónimos, “vacaciones, permiso, parada, reposo, relajo, ocio, recreo”, y como antónimos “trabajo, cansancio, fatiga”. Y si consultamos “descansar”, su primera acepción invoca asimismo su relación con mundo laboral: “Cesar en el trabajo, reparar las fuerzas con la quietud”; entre los sinónimos, “relajarse, despegarse, reposar, recuperarse, detenerse,...”, y como antónimos, “trabajar, cansarse”¹.

De un lado, no es más que un reflejo de que el Derecho del Trabajo regula la realidad de la vida diaria de las personas. De otro, el “descanso”, incluso desde este Diccionario general, es presentado como lo contrario al tiempo de trabajo, en la misma dialéctica que emplea la Directiva de la Unión Europea que, más de veinte años después, aún lo regula, la 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo², tal y como lo plasma en su art. 2.2 sobre definiciones: “período de descansos todo período que no sea tiempo de trabajo”, entendiéndose este último como “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio

¹ Investigadora en los Proyectos Nacionales I+D+i Ministerio de Ciencia e Innovación de España: “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral (PID2022-139488OB-100), Universidad de Cádiz, y “La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo” (PID2020-112731RB-100), Universidad de Alcalá. <https://dle.rae.es/descanso?m=form> (acceso a 15/07/2024).

² DOCE L n° 299, de 18 de noviembre. Sucede a la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Si “tiempo de trabajo” es el período que invierte la persona trabajadora en cumplir las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, el descanso será aquel en el que ni el trabajo, ni ninguna de sus manifestaciones y sujetos implicados, está presente en su vida. Porque la persona, holísticamente considerada, tiene muchas más facetas, además de la de “trabajadora”.

El descanso coincide con la franja de tiempo de desconexión del entorno laboral; supone un reparto con el tiempo de trabajo, que redunde en el bienestar de la persona. Se identifica con tiempo libre, en el sentido de libre disposición del mismo para la persona que lo disfruta. Sin obligaciones laborales, la persona puede decidir que dedicar su tiempo.

El derecho al descanso conecta por tanto con el desarrollo de la libre personalidad del trabajador/a. Como todo derecho, genera en la otra parte del contrato de trabajo el deber de ofrecerle tiempo de ocio y de libre disposición, que le permita asimismo ejercer su derecho a conciliar la vida privada y profesional³. Desde este otro enfoque, en el supuesto del trabajo a distancia, su Ley reguladora recoge el deber del empleador de garantizar la desconexión digital de sus trabajadores, a través del uso limitado de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso (art. 18.1, párr. 2º Ley 10/2021)⁴.

Son diversas las figuras que desde el ámbito laboral atienden la necesidad de descanso y ocio de las personas trabajadoras, como fin en sí mismo en el supuesto de las vacaciones, los descansos en la jornada, diarios, semanales y la desconexión digital, o compartiendo otros objetivos, aunque también impliquen una parada en el trabajo, como es el caso de los días festivos y el disfrute de permisos laborales (art. 37.2 y ss. puntos ET).

El TC lo expone de forma clara en su sentencia 324/2006, de 20 de noviembre, al afirmar en relación al derecho a las vacaciones, que su finalidad originaria es la de “posibilitar a los trabajadores el período de ocio que se reputa necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso, si bien la vinculación entre vacaciones y descanso no es única ni exigible, de modo que el período vacacional legalmente previsto es un tiempo caracterizado por la libertad del trabajador para la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”.

Un *trabajo digno* tiene como contenido esencial un tiempo de descanso garantizado- un tiempo de trabajo equilibrado⁵. El descanso de la persona trabajadora implica el respeto de los principios y derechos laborales fundamentales que la OIT formuló en su

³ VV.AA., Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A., “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”, La Ley Unión Europea, nº. 98, 2021, p. 2.

⁴ BOE nº 164, de 10 de julio. Cairós Barreto, D. M. *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, Bomarzo, 2021. Igartua Miró, M.T., “La desconexión digital como mecanismo de prevención de la fatiga informática y otros riesgos psicosociales asociados”, en “Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación”, Thais Guerrero Padrón (directora), LABORUM, 2024, p. 204. Soriano Cortés, D., “Derecho a la Desconexión Digital de las personas trabajadoras”, en, AAVV., “La garantía de los Derechos Digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo” (López Ahumada, J. E., Dir.), Aranzadi, 2023, p. 359. Martín Rivera, L., “Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 250, 2022, pp.14-15. Montesdeoca Suárez, A., “La política empresarial de desconexión digital: el procedimiento para diseñarla y sus fases de elaboración”, Lex Social, vol. 14. nº 1, 2024, pp. 9y ss. Velasco Portero, Teresa, «Derecho a la desconexión digital», Temas Laborales nº 168, 2023, p. 406.

⁵ Serrano Olivares, C., “La ordenación del tiempo de trabajo y el derecho al tiempo. Reflexiones sobre algunas desigualdades en el uso del tiempo de trabajo”, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, vol. 9, 2023, p. 33.

Declaración de 1998, ampliada recientemente con un quinto principio sobre un entorno de trabajo seguro y saludable; materia asimismo regulada en el último Convenio celebrado por la OIT, el n^o 191, de 2023, aún no en vigor. Coincide a su vez con el principio 10^o del Pilar Europeo de Derechos Sociales, en el capítulo II sobre “condiciones de trabajo justas”, relativo a un entorno de trabajo saludable y seguro. Todo ello se complementa, desde 2015, con el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 8, relativo a “promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo productivo y el trabajo decente”⁶.

La Carta de derechos digitales⁷, de julio de 2021, publicada en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que dedica su capítulo XIX a los derechos en el ámbito laboral, tras afirmar que se garantizarán la dignidad y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales, en su punto 2. a), reconoce a las personas trabajadoras del sector público y privado, en los mencionados entornos y el teletrabajo, el derecho a “la desconexión digital, al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar”. El descanso figura en esta enumeración como algo diferente a la desconexión digital por ser un término más amplio, omnicompreensivo de las distintas situaciones que se pueden dar en su uso, como variado es el ocio o las inquietudes de cada persona. No cabe duda que la desconexión digital genera descanso; redundando en el descanso de quien se desconecta.

En nuestra disciplina, el derecho al descanso se configura, desde sus orígenes, como materia directamente relacionada con la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras, puesto que su regulación persigue un claro objetivo: asegurar el descanso psicofísico de la persona trabajadora, siendo imprescindible para ello limitar la duración de la jornada de trabajo. El derecho al descanso nació, por tanto, con un carácter instrumental, en respuesta a la necesidad de reponerse del esfuerzo que las prestaciones de servicios exigen, que pueden causar riesgos para la salud de diversos tipos y entidad, problemas visuales, trastornos músculo-esquelético, psicosociales, etc.

Ello se corresponde a su vez con el tradicional carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, desde el que el descanso se erige en un derecho irrenunciable⁸. Se enmarca en el art.19.1 ET cuando, entre los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo, reconoce que “el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

Surge de este modo un vínculo indisoluble: tiempo de descanso, en función del tiempo de trabajo. A lo que hemos de añadir el enfoque ampliado que hemos descrito antes: el descanso como “tiempo de no trabajo” para satisfacer otros intereses vitales.

⁶ El trabajo decente, según la *web* de la OIT, significa “la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”, <https://www.ilo.org/es/temas/trabajo-decente> (acceso a 25/07/2024). Texto de la Declaración en <https://www.ilo.org/es/declaracion-de-la-oit-relativa-los-principios-y-derechos-fundamentales-en>; texto del Convenio en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:4346982:NO; Pilar Europeo de Derechos Sociales en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1606&langId=es>; sobre la Agenda de Desarrollo Sostenible, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/> (acceso a 17/07/2024).

⁷ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf (acceso a 10/08/2024).

⁸ Véase Álvarez del Cuervo, A., “La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI”, *Revista Internacional y Compara de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, n. 2, 2019, p. 43: sobre la eficacia de los mecanismos de tutela de los derechos, se refiere a normas que tuvieran una gran importancia práctica o fueran muy relevantes para determinar espacios mínimos de dignidad humana o “trabajo decente”, que permitan maximizar las capacidades del trabajador como sujeto libre y autónomo para desenvolverse tanto en el campo laboral como en las demás dimensiones de la vida social y humana.

Es esta segunda perspectiva el trasfondo que nos lleva a su configuración evolucionada como derecho autónomo. Existe asimismo una fundamentación jurídica para ello, como tendremos ocasión de analizar.

Sin embargo, ni en el ámbito preventivo, ni en el ámbito laboral, el descanso es enfocado como derecho autónomo: La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ni siquiera menciona los descansos; del mismo modo que la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que transpone⁹. Por su parte, nuestra Ley básica en Derecho del Trabajo, 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 Trabajadores¹⁰, si bien en su articulado el término “descanso” figura citado veintitrés veces, cuando enumera los derechos laborales en la relación de trabajo en su art. 4.2, no menciona expresamente el derecho al descanso de las personas trabajadoras en dicho catálogo; ni figura especificado en la sección 2ª del Capítulo II sobre el contenido del contrato de trabajo, cuando son regulados los derechos y deberes derivados del mismo.

También el art. 18.2, último párrafo, Ley 10/2021, de 9 de julio, del trabajo a distancia expresa la clave en todo este estudio: “la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”. Esta es la tónica general: el derecho al descanso no como derecho autónomo, sino siempre complementario del deber de trabajar establecido en el art. 35 Constitución española que, recordemos, recoge también el derecho a trabajar¹¹.

Esta falta de reconocimiento del carácter autónomo del derecho que alegamos, generalizada en nuestro ordenamiento jurídico nacional, choca con su configuración como derecho fundamental desde la Unión Europea, en concreto, en el art. 31.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en el marco de los valores comunes que comparten “los pueblos de Europa”, invocados en su Preámbulo, al estar fundada la Unión “en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”. Dentro del valor solidaridad, “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”¹².

A pesar de continuar el derecho al descanso condicionado por el tiempo de trabajo a nivel normativo, los tiempos han cambiado, por lo que hoy en día resta efectividad la aplicación del modelo clásico de ordenación de tiempo de trabajo y de descanso. Como la doctrina señala, la noción y regulación del tiempo de trabajo en nuestra normativa está desfasada, desactualizada. Responde a un modelo de trabajo presencial y clásico, que está lejos de ser el único existente en el mercado de trabajo actual, que se caracteriza por la evolución de las TICs, el recurso al teletrabajo incrementado a causa de la pandemia Covid19, por “el desbordamiento de la jornada de trabajo hacia el tiempo libre”¹³.

Hay movimientos normativos en este sentido, como la proposición de Ley de usos del tiempo y racionalización horaria, que nace con la finalidad de modernizar la definición

⁹ BOE nº 269, de 10 de noviembre. Actualizada a 8 de septiembre de 2022. Directiva, versión consolidada 2008 (DO L 183, de 29.6.1989).

¹⁰ BOE nº 255, de 24 de octubre. Actualizado a 2 de agosto de 2024.

¹¹ BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978, reformada el 17/02/2024.

¹² Texto de la Carta en DOUE C nº. 202, de 7 de junio 2016 (versión consolidada).

¹³ Así expresado por Martín Rivera, L., “Tendencias recientes...”, op. cit., p. 1. López Ahumada, E., “Desarrollo de nuevas formas de empleo desde la perspectiva del tiempo de trabajo”, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, nº 7, 2023, p. 71. Cuadros Garrido, M.E., “Sobre las horas de presencia de los conductores de

de tiempo de trabajo. En un objetivo estratégico n.º 3 sobre “Ordenación del tiempo de trabajo saludable y segura para ajustarla a los ritmos circadianos de los trabajadores”, incluye la ampliación del descanso semanal y del descanso en jornadas continuadas, así como la concreción del derecho a la desconexión digital¹⁴.

No cabe duda que el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso marcan el devenir diario de la vida de las personas trabajadoras y sus familias, de todo su entorno. Entre otras cuestiones, determinan las posibilidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como pone de manifiesto la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que indica lo importante que es asegurar que las personas trabajadoras puedan contar con cierta estabilidad y previsibilidad de sus horarios laborales, que les permita planificar mejor su vida personal y familiar, esto es, ajustar el tiempo de trabajo con las responsabilidades de cuidado u otras situaciones similares; y cuyo considerando 1º invoca el art. 31 CDFUE, clave en nuestra materia¹⁵.

En este sentido, tal y como indica la OIT, la economía asistencial o del cuidado, como una de las principales fuentes de crecimiento del empleo tanto en los países en desarrollo como en los países industrializados, caracterizada por que en ella prestan servicios de forma mayoritaria mujeres, puesto que funciona con modalidades de trabajo a llamada o empleo ocasional, que se caracterizan por grandes variaciones en las horas de trabajo y la escasa antelación con la que se dan a conocer los horarios, ello significa que los períodos de descanso son inciertos, además de que no pueden descansar si han de estar atentos a la llamada del empleador¹⁶. Apuntamos desde este momento una temática crucial en la evolución del binomio tiempo de trabajo-tiempo de descanso: la disponibilidad.

Y es que de todas las vicisitudes que la ordenación del tiempo de trabajo ha generado en relación al descanso, nos ha resultado de especial interés el análisis de dicho criterio de la disponibilidad, con su bifurcación en la circunstancia de la presencialidad o no exigible a la persona trabajadora, tanto por la necesaria ruptura del binomio tiempo de trabajo-tiempo de descanso, como por su conexión con la regulación jurídica de la desconexión digital.

Siendo muy variada, y amplia, la casuística en cuestiones que tocan el descanso, tales como la prohibición de superposición del descanso semanal sobre el diario¹⁷; la

ambulancia- Comentario a la STS 7 junio 2023”, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum, Estudios de Doctrina Judicial, n. 8, 2023, p. 135.

¹⁴ El Congreso de los Diputados creó en junio de 2012 una subcomisión para el estudio de la racionalización de horarios; en sus conclusiones pedía “erradicar la plena disponibilidad como valor central de la relación laboral”. En junio de 2023 se presentó el estudio de fundamentación de la Ley de los Usos del Tiempo y Racionalización Horaria en España, que incluye más de 100 propuestas para mejorarla organización del tiempo en España. La asociación *Time Use Initiative* ha coordinado el estudio, que ha contado con la colaboración de más de 60 personas expertas y con consultas con los principales sindicatos y patronales españoles. <https://timeuse.barcelona/es/bases-ley-usos-tiempo/> (acceso a 8/08/2024).

¹⁵ DOUE núm. 186, de 11/07/2019. Considerando 19: “La información relativa al tiempo de trabajo debe ser coherente con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y debe incluir información sobre las pausas, períodos de descanso diario y semanal y la duración de las vacaciones remuneradas, de modo que se garantice la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En su art. 4.2, i) sobre la obligación de proporcionar información acerca de “la cantidad de vacaciones remuneradas a las que el trabajador tenga derecho o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones”.

¹⁶ Conferencia Internacional del Trabajo, “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, 107ª reunión, 2018, pp. 286-287.

¹⁷ López Cumbre, L., “Tiempo de descanso semanal y diario en la Unión Europea: dos derechos autónomos, no acumulables”, <https://www.ga-p.com/publicaciones/tiempo-de-descanso-semanal-y-diario-en-la-union-europea-dos-derechos-autonomos-no-acumulables/> marzo 2023 (acceso a 18/07/2024). Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “Descanso diario y descanso semanal en la Directiva 2003/88/CE”, Brief AEDTSS, 24, 2023. Poquet Catalá, R.,

organización de las vacaciones anuales retribuidas, la no pérdida automática del derecho cuando el trabajador no haya podido disfrutarla, su retribución y dimensión patrimonial *mortis causa*, ...¹⁸; la desconexión tecnológica¹⁹, etc., hemos debido seleccionar el contenido de este estudio guiados, de un lado por la extensión prevista para el mismo y, de otro, principalmente en atención a su título, esto es, a su funcionalidad para corroborar su necesario establecimiento como derecho laboral autónomo.

La conciliación da lugar a otras acepciones de descanso, por maternidad, por paternidad; genera incluso un descanso obligatorio. Adelantamos en este punto que la conciliación no será objeto de este estudio que, como su título indica, reflexiona acerca de la configuración, anterior y actual, de un derecho al descanso autónomo, en el sentido de no condicionado o vinculado al tiempo de trabajo.

Tampoco pretendemos hacer un estudio jurisprudencial de casos resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y su aplicación por nuestro Tribunal Supremo (TS), sobre lo que han sido publicadas monografías específicas y artículos doctrinales muy relevantes²⁰. Ello no es óbice para que traigamos a colación algunas sentencias, de marcado interés, al objeto del desarrollo de nuestra investigación.

Nuestro estudio defiende el paso del derecho al descanso desde su incipiente e indirecta concepción normativa como derecho laboral autónomo, hacia su reconocimiento pleno a nivel normativo como derecho fundamental autónomo en el marco del contrato de trabajo. Como premisa en este estudio, el tiempo de trabajo ha cambiado de forma sustancial, en una tendencia progresiva en la evolución de la regulación legal de la jornada de trabajo

“Conflictos interpretativos en torno al descanso semanal”, IUSLabor 3/2020. Por su parte, Monreal Bringsvaerd, E., “Cómputo, duración y distribución de la jornada. Una propuesta de *lege ferenda* a la luz de la propuesta del Ministerio de Trabajo”, op. cit., p. 65, considera que habría que regular expresamente este supuesto. En relación a la reforma planteada, se plantea la nueva situación de semanas de 4 días y medio, en vez de 5, y que, en muchas empresas por motivos organizativos, con carácter particular, se produzca el solapamiento. Al suplemento de tiempo de descanso semanal concedido por la normativa nacional no le es de aplicación la jurisprudencia del TJUE, ya que no se rigen por la Directiva sino por el Derecho nacional. STJUE de 2 de marzo de 2023, as. C-477/21: IH y MÁV-START Vasúti Személyszállító Zrt. Comentarios en AA.VV. Monereo Pérez, J.L. y Velasco Fernández, D., “El descanso diario y el descanso semanal son dos derechos sociales autónomos con objetivos distintos. incidencia en el ordenamiento jurídico español”, y AA. VV., Perola Mata, C., Arribas Mata, J., y Sánchez Jiménez, V., “El descanso diario y el descanso semanal: dos conceptos autónomos e independientes”, ambos en La Ley Unión Europea, n. 114, 2023.

¹⁸ Charro Baena, P., “Una relectura del derecho a vacaciones laborales en la era de la globalización y digitalización”, en “Transformaciones recientes del tiempo de trabajo”, Carolina San Martín Mazzuconi (coordinadora), DYKINSON, 2023, pp. 135-143. Castellano Burguillo, M.E., “Descansos y vacaciones anuales”, en “Tiempo de trabajo y descanso” (Gorelli Hernández, J. y Pérez Guerrero, M.L.), UHU.esPublicaciones, 2021. “Cerrado por vacaciones: ¿Cómo gestionar el cierre temporal en tu empresa?”, https://www.laboral-social.com/cerrado-vacaciones-gestionar-cierre-temporal-empresa?utm_source=Social_Organico_Newsletter_Linkedin&utm_medium=email&utm_campaign=Social_Organico_Newsletter_Linkedin_23_07_2024_022 (acceso a 19/08/2024).

¹⁹ Terradillos Ormaetxea, E., “La proyección del Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización 2020 y la Recomendación del Parlamento europeo en relación con una propuesta de Directiva sobre desconexión digital, en la negociación colectiva del sector público y en la elaboración de un protocolo sobre desconexión digital”, en La negociación colectiva en el sector público, Ángela Martín-Pozuelo López (dir.), Adrián Todolí Signes (dir.), 2023, pp. 205-223; y “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”, Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, ISSN 1575-7048, Nº 42, 2019, pp. 50- 88. Cervilla Garzón, M.J., “El derecho a la desconexión tecnológica en la negociación colectiva”, en “Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital” (José Manuel Gómez Muñoz director), Bomarzo, 2021, pp. 241-281.

²⁰ Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia: normativa y jurisprudencia europea y española*, Estudios laborales Cinca, 2024, pp. 13-120. Cabeza Pereiro, J., “El concepto de tiempo de trabajo en su relación binaria con el de tiempo de descanso”, *Minerva, Revista de Estudios Laborales*, 12 (5), 2023, pp. 75-104. VV.AA., Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A., “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, op. cit., pp. 8-13. Basterra Hernández, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 10-300. López Ahumada, E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo: régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Consejo Económico y Social de España, 2004, pp. 23-325.

hacia su reducción²¹, que ya preconizaba la Carta Social Europea revisada (CSEr)²² en su art. 2.1, cuando señala la intención de ir “reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes”, siendo uno de los fundamentos del debate actual acerca de la reducción del tiempo de trabajo asociarlo con mayores cotas de bienestar y sostenibilidad²³. Su protección deviene más complicada, así como la del descanso. Todo ello hace más urgente que nunca elaborar un concepto de descanso para que sea garantizado para todas las personas trabajadoras, sea cual sea el trabajo desempeñado. Es momento de perfilar sus límites y líneas grises respecto del tiempo de trabajo.

Partiendo de la carencia normativa en este sentido en nuestro Derecho interno, nos preguntamos qué pasos habría de dar el legislador para garantizar, con la fuerza que merece como derecho autónomo, empezando por la incorporación de una definición legal de descanso que perfeccione “el tener que entresacar” los supuestos de descanso de toda la normativa laboral, para comprender así su dimensión. Tanto más desde el enfoque de su configuración como derecho fundamental de la Unión Europea.

2. EL MARCO JURÍDICO-LABORAL ACTUAL

Nuestra Constitución, en su art. 40.2, asigna a los poderes públicos la tarea de velar por la seguridad y salud en el trabajo y, con tal finalidad, “garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas”, entre otras medidas. Por su ubicación en el texto constitucional figura como principio rector de la política social y económica (capítulo tercero del Título I sobre derechos y deberes fundamentales).

Recordemos que, según el art. 31 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, estamos ante un derecho fundamental. Moviéndonos al ámbito de la UE, dicho

²¹ Sobre el tema de la reducción de la jornada, en la propuesta de julio 2024 se ha ofrecido a CEOE y CEPYME mayor flexibilidad en la capacidad de las empresas para distribuir irregularmente el tiempo de trabajo, una vez que entre en vigor la rebaja propuesta por el Gobierno de 37,5 horas semanales en 2025, https://elderecho.com/nueva-propuesta-del-gobierno-sobre-la-reduccion-de-jornada?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=20240709_Nwl&utm_id=674 (acceso a 9/07/2024). El 9 de septiembre se retomaron las negociaciones, “Yolanda Díaz presenta nuevas propuestas a los agentes sociales para reducir la jornada laboral”, https://www.ondacero.es/noticias/economia/yolanda-diaz-presenta-nuevas-propuestas-agentes-sociales-reduccion-jornada-laboral_2024090966de7fc1fcf7b3000153761d.html (acceso a 14/09/2024).

²² Hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Instrumento de Ratificación de España (BOE n. 139, de 11 de junio de 2021).

²³ VV.AA., Antal, M., Lehmann, B., Guimaraes, T., Halmos, A., Lucács, B., “¿Queremos trabajar menos horas? Revisión sistemática de los resultados y preferencias de tiempo de trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 143, nº 1, 2024, p. 28, se refieren a los cada vez más frecuentes ensayos de reducción del tiempo de trabajo a escala nacional (Escocia, España, Irlanda e Islandia), sectorial (industria en Alemania) y empresarial. “Aprovechar la ocasión para diseñar un modelo de distribución de los tiempos de trabajo más acorde con las necesidades de flexibilidad empresarial, de corresponsabilidad familiar, de efectiva desconexión digital de los trabajadores”. Cruz Villalón, J., “¿Es posible la jornada de trabajo griega en nuestro país?”, *Brief AEDTSS*, 60, 2023; “El impacto de la reducción de la jornada laboral”, *ONEconomía*, 21/11/2023, destaca que “puede ser una oportunidad, pues actuaría como revulsivo incentivador para que las empresas incrementen su productividad por hora de trabajo, por la vía de la introducción de cambios estructurales en las organizaciones del trabajo que lo hagan más eficiente, aceleren los procesos de digitalización de su actividad que, sin duda, profundizan en la mayor productividad del trabajo, del mismo modo que puede ser la ocasión para cambiar la cultura del mero presencialismo en el puesto de trabajo por formas de encomienda de tareas por objetivos que igualmente pueden acentuar la productividad”. Por su parte, Serrano Olivares, C., “La ordenación del tiempo de trabajo...”, *op. cit.*, p. 33, señala que el actual debate sobre las políticas del tiempo parte de conceptualizar el tiempo como una cuestión política y como un derecho de ciudadanía. En este contexto, la reducción generalizada del tiempo de trabajo constituye uno de los objetivos principales para lograr un mayor bienestar individual y colectivo. Sobre su introducción a través de los convenios colectivos, véase Álvarez Cuesta, H., “El papel de la negociación colectiva en la implantación de la jornada de 32 h o 4 días semanales”, *Cielo Laboral*, nº 5, 2024.

artículo sobre condiciones de trabajo justas y equitativas, en su punto 1, reconoce a todo trabajador el derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad. Y, en particular, en su punto 2 establece que “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”.

Como ya sabemos, la norma de Derecho Derivado que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, continúa siendo la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, que será tratada a lo largo de todo el estudio.

Atendiendo brevemente al marco en Derecho Internacional, la limitación del tiempo de trabajo y el derecho descanso vienen siendo reconocidos desde la Constitución de la OIT en 1919 y su primer Convenio del mismo año sobre “horas de trabajo en la industria”²⁴, entre otros muchos, así como en Recomendaciones; y regulados en el art. 24 Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁵, el art. 7, d) Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶, y en el art. 2 Carta Social Europea revisada.

De especial interés nos resulta el contenido de la CSEr, que se compromete a garantizar el ejercicio efectivo de condiciones de trabajo equitativas, en cuanto a la “duración razonable del horario de trabajo diario y semanal, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes, establecer días festivos pagados, conceder vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo, garantizar un reposo semanal que coincida en lo posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región” (art. 2.4 y 5)²⁷.

La dinámica para garantizar el derecho al descanso ha consistido siempre en limitar la jornada de trabajo, fijando a nivel normativo un máximo indisponible para asegurar de este modo la salud y seguridad del trabajador. En España, se procedió en este sentido con la Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días²⁸.

Entre los factores que imperan en la regulación jurídica del descanso laboral destacan: la edad de la persona trabajadora, desde la protección que se ofrece a menores (no pueden realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo, incluida la formación, art. 34,3 ET, ni trabajo nocturno ni horas extraordinarias, art. 6.2 y 3 ET), denominados trabajadores “jóvenes” en la Directiva 94/33/CE (art. 8 sobre “tiempo de trabajo”)²⁹; el

²⁴ Texto de la Constitución en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB%3A62%3A0%3A%3ANO%3A%3AP62_LIST_ENTRIE_ID%2C%2CP62_LANG_CODE%3A2453907%2Ces-El-Convenio-n-1-de-la-OIT-fue-ratificado-por-Espana-en-1929-Texto-en-https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312146:NO (acceso a 5/08/2024).

²⁵ <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (acceso a 23/06/2024). Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La Declaración Universal de los Derechos Humanos 75 años después”, *Brief AEDTSS*, 73, 2023, p. 336.

²⁶ <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights> (acceso a 23/06/2024). Instrumento de ratificación por España publicado en BOE n.º 103, de 30 de abril de 1977.

²⁷ Instrumento de Ratificación de España (BOE n.º 139, de 11 de junio de 2021).

²⁸ BOE n.º 133, de 30 de junio. En la primera versión del ET, según el art. 38.1 Ley 8/1980, de 10 de marzo, se reconocían 23 días naturales de vacaciones. Cruz Villalón, J., “El impacto...”, op. cit., señala que se pasó de golpe, de la noche a la mañana a partir de su publicación en el BOE, desde las 43 horas para la jornada partida y las 42 horas para la jornada continuada a las 40 horas semanales. La que ahora se proyecta será una reducción escalonada en dos fases anuales: 38,5 horas semanales para 2024 y 37,5 para 2025.

²⁹ De 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (DOCE n.º 216, de 20 de agosto).

horario (nocturno, trabajo a turnos), siendo prohibida para los trabajadores nocturnos la realización de horas extraordinarias (art. 36.1 ET), debido a que el puesto conlleva riesgos especiales o tensiones físicas o mentales; el modo de realizar la prestación, que en su versión teletrabajo genera el derecho a la desconexión digital; las nuevas formas de organización del trabajo, como el trabajo en plataformas digitales; la profesión y el sector de actividad (sanitario, seguridad, transporte, trabajo en el mar, sector público, ...).

El tiempo de trabajo puede ser flexible para beneficiar, según el caso, a alguna de las partes del contrato de trabajo (al trabajador para conciliar, al empleador para ajustarse a determinadas circunstancias económicas o empresariales, la realización de horas extraordinarias). Sabemos que es pactado, ya sea en convenio colectivo (sectorial o de empresa) o en el contrato de trabajo, como establece el art. 34.1 ET.

Centrándonos en el contenido del Estatuto de los Trabajadores en materia de descanso, nos hemos ya referido a que en la enumeración de su art. 4.2 sobre derechos laborales básicos en la relación de trabajo, no lo menciona expresamente. Si bien es cierto que se puede considerar indirectamente comprendido en el derecho reconocido en el apartado d): “a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales”, conectando de nuevo con el origen de su regulación. Del mismo modo, en relación a los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo, es subsumible en el art. 19 sobre seguridad y salud en el trabajo.

Como contrapartida, las personas trabajadoras, según el art. 5, b) ET sobre deberes laborales básicos, tienen que “observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten”. Si no se descansa, las consecuencias pueden ser variadas e ir desde el acaecimiento de accidentes de trabajo, el padecimiento de riesgos psicosociales entre los que destacan el estrés, el síndrome *burn out*, ...³⁰.

Como sabemos, la regulación más destacada que sobre el descanso contiene el ET, en su sección dedicada a “tiempo de trabajo” se centra en sus arts. 34.3, sobre el descanso diario, “sin llamarlo por su nombre”: “entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas”; en el art. 37.1 regula el descanso semanal³¹ que habrá de consistir “como mínimo, en día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo, acumulable por periodos de hasta catorce días”, en el punto de mira de la posible reforma antes mencionada, que consistiría en su ampliación a dos días, pudiéndose “pactar la acumulación por periodos de hasta catorce días de, como máximo, uno de los dos días”³². Le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 34.7 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.

El ET prevé asimismo el descanso durante la jornada o pausa en el trabajo: siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos³³, que se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por

³⁰ <https://www.adecooinstitute.es/salud-y-prevencion/que-se-siente-con-el-sindrome-de-burnout-9-signos-fisicos-y-como-abordarlos/> (acceso a 9/08/2024).

³¹ El art. 37 regula asimismo las fiestas y permisos. De todos los permisos previstos, algunos tienen que ver con el descanso y otros con otras causas diferentes que pertenecen a la esfera privada del trabajador y suponen ocio, conciliación u otras actividades que justifican la ausencia retribuida del trabajador.

³² Monreal Bringsvaerd, E., “Cómputo, duración y distribución de la jornada. Una propuesta de *lege ferenda* a la luz de la propuesta del Ministerio de Trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 68, 2024, p. 62.

³³ “Los descansos durante la jornada laboral ayudan a tu rendimiento y productividad, tus niveles de energía y tu capacidad de concentración, además de aumentar tu sensación de bienestar”, <https://www.adecooinstitute.es/salud-y-prevencion/descansos-durante-la-jornada-laboral/#:~:text=Los%20descansos%20durante%20la%20jornada%20>

convenio colectivo o contrato de trabajo (que será de treinta minutos como mínimo para trabajadores menores de dieciocho años, por jornada diaria continuada que exceda de cuatro horas y media), según el art. 34.4. Bajo el prisma de la citada reforma, asimismo se prevé su ampliación a treinta minutos con carácter general, y su reconocimiento como tiempo de trabajo efectivo, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa. En cualquier caso, la negociación colectiva ya podía proceder a su ampliación y a establecer su calificación³⁴.

Recientemente, la STS n. 410/2024, de 5 de marzo, ha reconocido como tiempo de trabajo efectivo el tiempo de desayuno y el de marcaje de llegada (un margen de cortesía de hasta 15 minutos tras la hora de inicio de la jornada)³⁵. Deriva de recursos interpuestos por tres sindicatos (CCOO, UGT y SECB) frente a una sentencia de la Audiencia Nacional relativa a la plantilla de CaixaBank con horario rígido. Así lo reconoce para quienes tengan control rígido de horario y no sean empleados con categoría de jefe o asimilado. El TS invoca la STS 41/2023, 18 enero 2023, en el asunto sobre Cajas de Ahorro, en la que había recomendado que cada empresa cuente con una guía para que los empleados dispongan de las pautas necesarias para saber en cada momento cómo debe activar cada una de las funciones y opciones en la herramienta de registro de jornada. En este caso CaixaBank elaboró esa guía y entendía que, como el registro de jornada debe ser fiel reflejo de la realidad, no era posible que los minutos posteriores a la hora de entrada fueran considerados como efectivamente trabajados. Sin embargo, el TS concluye que quien llega a su trabajo durante los 15 minutos posteriores a la hora de inicio de la jornada tiene derecho a que su fichaje se considere realizado de manera puntual. A tal conclusión llega tras recordar que el sistema de registro de jornada no puede servir para introducir cambios en las condiciones de trabajo o desconocer derechos, a la vista de un acuerdo de empresa, de 1991, que albergaba dicha previsión.

Como dato curioso, pensando en su encaje en este tipo de descanso durante la jornada, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, considera como lugares destinados al “descanso

laboral%20ayudan%20a%20tu%20rendimiento,aumentar%20tu%20sensaci%C3%B3n%20de%20bienestar. (acceso a 9/08/2024).

³⁴ Monreal Bringsvaerd, E., “Cómputo...”, op. cit., p. 63, critica la medida pues bastaría con reconocerlos quince minutos actuales como tiempo de trabajo efectivo, tal y como hacen los convenios colectivos. Considera que el Estudio del Ministerio no demuestra que la ampliación de la pausa a 30 minutos sea práctica habitual de la negociación colectiva. Como ejemplo de convenio colectivo que computa como trabajo efectivo los quince minutos de pausa, el del sector de la banca, art. 29, Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo (BOE n. 76, de 30 de marzo). Sobre el derecho de lavabo, Casas Baamonde, M.E., “Teletrabajo y tiempo de trabajo efectivo: desconexiones digitales involuntarias impeditivas del trabajo. Y derecho a la desconexión digital por motivos fisiológicos (“derecho de lavabo”)”. Revista de Jurisprudencia Laboral, n. 9, 2023, pp. 1-16. En el mismo sentido, Castellano Burguillos, M.E., “Teletrabajo y Derechos Fundamentales. Comentario a la STS 565/2023, de 19 de septiembre”, Revista Española de Derecho del Trabajo, abril 2024, p. 7.

³⁵ STS n. 410/2024, de 5 de marzo, <https://vlex.es/vid/1028062753> La STS 41/2023, 18 enero 2023 (rec. 78/2021), en el asunto sobre Cajas de Ahorro, entra a analizar un acuerdo sobre el sistema de registro de jornada de trabajo. Concluye que es ajustado a derecho puesto que cumple los requisitos de ser objetivo, fiable y accesible conforme exige la STJUE 14 mayo 2019, asunto C-55/18, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) y Deutsche Bank, S.A.E. No es ilegal por el hecho de que sea el propio trabajador el que haya de reflejar diariamente en la aplicación informática de la empresa las horas de inicio y finalización de la jornada de trabajo, las interrupciones y periodos de descanso. Comentarios en López Cumbre, L., “Registro de jornada diaria por el trabajador: equilibrio legal, convencional y contractual”, Brief AEDTSS, 6, 2023, p. 34, sobre la STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2018, as. Deutsche Bank, derivada de una cuestión prejudicial planteada por España, y la STS mencionada de 18 de enero de 2023, que resuelve la impugnación de un acuerdo sobre registro diario de jornada y se rige por lo anterior. Véase el blog de Ignasi Beltrán de Heredia “Novedades jurídicas sobre la organización del tiempo de trabajo”, <https://ignasi-beltran.com/2023/07/05/novedades-juridicas-sobre-la-organizacion-del-tiempo-de-trabajo-ponencia/> (acceso a 10/08/2024), señala que el precepto español reformado, el 34.9 ET, no incluye un sistema de registro diario de jornada con los elementos constitutivos de objetivo, fiable y accesible porque la STJUE es posterior, pero ello no le exime de su exigencia.

o esparcimiento” de trabajadores y empleados públicos en el entorno laboral, “los vestuarios, aseos, comedores y análogos” (art. 89.2)³⁶.

Volviendo al régimen jurídico del descanso, se completa con el art. 38 ET dedicado a la regulación de las vacaciones anuales, sobre el que el art. 158 TFUE señala, escuetamente, que “los Estados miembros procurarán mantener la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones retribuidas”. Habrán de ser retribuidas, no sustituibles por compensación económica, cuyo período será el pactado en convenio colectivo o contrato individual, de duración no inferior a treinta días naturales³⁷.

Según las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) de 2022, España no preserva el derecho a tener dos semanas de vacaciones ininterrumpidas, porque su disfrute se deja al acuerdo individual entre empresario y trabajador, sin partir de unas condiciones, salvo en casos concretos, como el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (art. 9.7)³⁸.

Como ya hemos mencionado con anterioridad, el disfrute de las vacaciones y el correlativo deber empresarial de garantizar su ejercicio, ha generado numerosos pronunciamientos judiciales que no podemos abordar en este trabajo. Sí queremos destacar que, entre las faltas y sanciones de los trabajadores, en relación a las vacaciones, extensible a cualquier descanso, el art. 58.3 ET establece la prohibición de imposición de sanciones que consistan en la reducción de su duración, u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador³⁹.

En cuanto a las sanciones por incumplimiento de la jornada laboral, la nueva propuesta contempla para aquellas infracciones relacionadas con el tiempo de trabajo que pueden provocar daños a la salud de los trabajadores, que la sanción pase a considerarse de grave a muy grave. En la actualidad el art. 7.5 LISOS tipifica distintas infracciones: la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, *descansos*, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12 (contrato a tiempo parcial y contrato de relevo), 23 (promoción y formación profesional en el trabajo) y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores (tiempo de trabajo)⁴⁰.

Por otro lado, como veíamos en el asunto Caixabank, el art. 34.9 ET establece para la empresa la obligación del registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora,

³⁶ BOE nº 294, de 6 de diciembre. Actualizada a 9 de mayo de 2023.

³⁷ Inicialmente se reconoció una licencia de diez días seguidos al año en el Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 14 de noviembre de 1919; la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 estableció un descanso anual de siete días al año, indicando que son anuales y no compensables con dinero; gracias a Ordenanzas y reglamentaciones de trabajo se fue ampliando la duración de las vacaciones por sectores. En los años sesenta del siglo pasado fue cuando se aumentó su duración.

³⁸ Salcedo Beltrán, M.C., “Conclusiones 2022/XXII-3 del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre los derechos laborales: los incumplimientos progresan (in)adecuadamente (*Quosque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?*)”, Revista General de Derecho Europeo, nº. 61, 2023, pp. 127 y 144. BOE nº 277, de 17 de noviembre.

³⁹ Gallego Moya, F., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones”, Revista Española de Derecho del Trabajo, 227/2020, pp. 1-23. Vicente Andrés, R., “La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea del derecho a las vacaciones anuales remuneradas y su eventual prescripción”, Revista Aranzadi Unión Europea, 1/2023, pp. 1-13. Gorelli Hernández, J., “El derecho al descanso y las nuevas formas de trabajo en la era digital: ¿Un derecho en peligro?”, en Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del Siglo XXI, Comares, Granada, 2021, p. 507.

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE n. 189, de 8 de agosto), actualizada a 22 de mayo de 2024. Nos referimos a la propuesta de reducción de la jornada laboral a 37.5 h ofrecida por el gobierno a los interlocutores sociales en julio 2024, antes referenciada. LÓPEZ VICO, S., “El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial refe-

sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece a lo largo del artículo 34. Como sabemos, el incumplimiento de dicha obligación empresarial, está tipificado en el art. 7.5 LISOS como infracción grave. No siempre fue así; precisamente la necesidad de un mayor control para discernir cuándo estamos en la jornada de trabajo, y cuándo no, introdujo esta medida en 2019⁴¹.

En definitiva, el sistema jurídico que regula el tiempo de trabajo de descanso está diseñado de tal manera que las normas de Derecho necesario absoluto se complementan con otras de derecho necesario relativo e incluso dispositivas, desde la negociación colectiva o por acuerdo individual. Dentro del primer bloque, se encuentra la fijación del descanso mínimo entre jornadas y el máximo de horas de trabajo efectivo diario para los trabajadores menores de edad; desde el segundo, se puede establecer la duración anual, semanal o diaria de la jornada de trabajo, o la distribución irregular de la misma⁴².

El ET insiste, en distintas ocasiones, en el respeto de los descansos legalmente establecidos: cuando regula la distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año, que en defecto de pacto la empresa podrá realizar en un diez por ciento, como medio de adaptación de la producción a las oscilaciones del mercado, incluye “respetando en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley” (art. 34.2). El convenio colectivo o el acuerdo de empresa, deben velar para que así sea. No cabe duda que dicha distribución afecta a la organización de la vida privada de la persona trabajadora. Si el convenio colectivo introduce la posibilidad de distribución irregular por decisión unilateral del empresario, entre los límites que imperan está el establecimiento de reglas sobre compensación o recuperación de las horas trabajadas en exceso, como consecuencia de dicha distribución irregular (compensación en descansos proporcionalmente mayor al tiempo trabajado, complemento retributivo, etc.).

Así mismo en los supuestos en los que, por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca una distribución del tiempo de trabajo diario diferente, habrá de respetar “en todo caso el descanso entre jornadas” (art. 34.3 ET).

Cuando el Gobierno establece ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo, también lo puede hacer de los descansos, así como fijar especialidades en las obligaciones de registro de jornada, en aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran; es el caso, entre otros, de los trabajadores móviles, de la marina mercante y ferroviarios (art. 34.7 ET).

Por otra parte, cuando el ET se refiere a las acciones formativas en los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 47 y 47 bis, señala que deberán respetarse los descansos legalmente establecidos, y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Disposición adicional vigesimoquinta ET).

rencia al fenómeno del teletrabajo”, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, LABORUM, nº 4, 2022, p. 140, destaca la falta de previsión de sanciones en los casos de incumplimiento del deber empresarial de desconexión digital.

⁴¹ Instrucción 3/2016 de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias. Introdujo la medida el art. 10 RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE n. 61, de 12 de marzo). El Ministerio de Migraciones, Trabajo y Seguridad Social publicó en 2019 una Guía sobre el Registro de Jornada, con el fin de facilitar la aplicación práctica de la norma, aportando criterios, a mero título informativo, en relación con este deber formal empresarial, sin perjuicio de la interpretación de la norma que corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden social, <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf> y <https://elderecho.com/trabajo-quiere-que-inspeccion-acceda-en-remoto-al-registro-horario-control-jornada> (acceso a 22/07/2024).

⁴² De Val Tena, A. L., “La flexibilidad en el tiempo de trabajo”, en “Tiempo de trabajo y descanso” (Gorelli Hernández, J. y Pérez Guerrero, M.L.), UHU.es Publicaciones, 2021, p. 23.

Otra acepción en relación al tiempo de descanso, es remunerado, según se desprende de su art. 26.1: “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo”. Por lo que en la determinación del salario base, que remunera la realización de la jornada ordinaria de trabajo, han de ser incluidos dichos periodos de descanso⁴³.

Y el descanso es configurado asimismo como forma de remuneración en el supuesto de las horas extraordinarias, esto es, de aquellas que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, y para cuya retribución se optará, mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, entre abonarlas en una cuantía que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido (como mínimo mejorable) dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, entendiéndose que, en ausencia de pacto al respecto, deberán ser compensadas mediante descanso⁴⁴. Las horas así compensadas no se computarán en el cálculo del respeto del tope de ochenta al año si el trabajador lo es a jornada completa, o su reducción proporcional en atención a su jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa (art. 35 ET).

Esta forma de retribución como descanso, desde su carácter prioritario para el legislador, plasma, de un lado, la tendencia hacia la flexibilización en el uso del tiempo de trabajo; de otro, un mejor reparto del empleo y la garantía de la seguridad y salud en el trabajo. Pero incluso en este punto se aprecia una ampliación de los objetivos que persigue el descanso, hacia donde se ha evolucionado: tiempo libre, de ocio, de desarrollo de la personalidad⁴⁵.

Desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, resulta clave el art. 36.5 ET sobre ritmo de trabajo que, del mismo modo que la Directiva 2003/88/CE en su art. 13, encomienda al empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo, tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente para atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Afirma que “dichas exigencias deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo”.

En una presentación completa del marco normativo, la regulación jurídica del tiempo de trabajo y los descansos se completa con la ya citada Ley de Prevención de Riesgos

⁴³ Alarcón Caracuel, M. R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, 1988, pp. 92-93, se refería al “descanso pagado”, si bien el primer Convenio de la OIT no alude a la remuneración del descanso semanal. Su art. 2.1 solo prevé un descanso “como mínimo de 24 horas consecutivas”, por cada período de 7 días. A diferencia de las vacaciones anuales, que fueron pagadas desde los primeros Convenios de la OIT que las regularon, los nº 52 y 54 de 1936.

⁴⁴ Igartua Miró, M.T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 203, destaca que no se descartan fórmulas compensatorias mixtas, y pone de ejemplo el Convenio colectivo Bridgestone Hispania, SA, que establece que las 16 primeras horas se retribuirán en metálico (compensación al 75%/90% si coinciden con descanso semanal, festivos o período nocturno) y, a continuación, opta el trabajador. En pp. 204 y 205, especial atención a sus notas a pie de página n. 509 y 510, con elenco de convenios colectivos que pactan la retribución en descanso. Las “bolsas de horas” constituyen una de las formas de flexibilización del tiempo de trabajo de las que disponen las empresas; permiten a las personas trabajadoras acumular horas de crédito hasta un máximo y, en algunos casos, pueden ser utilizadas para disfrutar de días libres completos, en Guerrero Jareño, R., “Guía de buenas prácticas en materia de tiempo de trabajo para empresas y personas trabajadoras”, en “Transformaciones recientes del tiempo de trabajo”, Carolina San Martín Mazzucconi (coordinadora), DYKINSON, 2023, p. 158. Remitimos para precisiones sobre su régimen jurídico a De Val Tena, A. L., “La flexibilidad...”, op. cit., p. 25.

⁴⁵ Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo...* op. cit., pp. 119-120, critica en la doctrina judicial española la negativa a desvincular las normas sobre tiempo de trabajo de la protección de la seguridad y salud laboral de la persona trabajadora.

Laborales (“Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional”, art. 29), la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 7.5), y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social que contiene el procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones (art. 125-126).

A ello se suman reglamentos como el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo⁴⁶, y del derogado (por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores⁴⁷) RD 2001/1983, de 28 de julio, que desarrollaba el ET en materia de jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos⁴⁸, del que siguen en vigor sus arts. 45, 46 y 47 en lo que se refiere a fiestas laborales, al amparo de la disposición derogatoria única del antes citado RD 1561/1995, manteniéndose de este modo una normativa reglamentaria específica en materia de jornada y fiestas laborales.

Hemos de sumar la normativa propia de cada una de las relaciones especiales de trabajo, reconocidas en el art. 2 ET; y las normas que afectan a determinados grupos profesionales, como los empleados públicos o los trabajadores autónomos.

Por otro lado, cierran el marco normativo nacional a nivel legal, en desarrollo de los arts. 13 y 20 bis ET sobre el derecho de los trabajadores a la desconexión digital, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, antes mencionadas.

Por último, como fuente del Derecho, dado el marcado papel que la negociación colectiva ostenta en la regulación real del tiempo de trabajo, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC)⁴⁹, con una vigencia prevista de tres años (2023-2025). Trata dos aspectos muy relevantes desde la perspectiva de la materia que nos ocupa: en primer lugar, en relación al teletrabajo, su capítulo X señala “medios y medidas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso, así como las circunstancias extraordinarias para la modulación de tal derecho” (artículo 18.2 y DA 1.ª de la LTD).

En segundo lugar, dedica el capítulo XI a la desconexión digital, e incluye indicaciones muy reveladoras. Se atreve a definirla como la limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica *para garantizar el tiempo de descanso*, festivos y vacaciones de las personas trabajadoras. Incluso añade sus beneficios: “contribuye a la salud, especialmente en lo que concierne al estrés tecnológico, mejorando el clima laboral y la calidad del trabajo, y a la conciliación de la vida personal y laboral”.

⁴⁶ BOE nº 230, de 26 de septiembre. Actualizado a 2 de julio de 2020.

⁴⁷ BOE nº 122, de 23 de mayo. Sobre la reforma del Estatuto provocada por la Ley 11/1994, de gran calado en la regulación de aspectos relativos al tiempo de trabajo, con claros fines flexibilizadores, véase VV.AA., Alfonso Mellado, C. y Peña Obiol, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Tirant lo Blanch nº 30, 1996, pp. 13-16.

⁴⁸ BOE nº 180, de 29 de julio.

⁴⁹ Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo (BOE nº 129, de 31 de mayo). La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, Directiva (EU) 2023/2378 de la Comisión Europea, por la que se establece un paquete de nuevas medidas aplicadas al ámbito de la digitalización y enfocadas hacia el impulso del teletrabajo para la consolidación de una Europa adecuada a la Era Digital” define el derecho a la desconexión como la libertad del trabajador a no tener que conectarse a ningún dispositivo digital o software corporativo, mientras esté en periodos de descanso o vacaciones, o fuera de horario laboral (art. 2), COM (2023) 003 final 2022/0003 (COD), Bruselas 2/03/2023.

3. DERECHO AL DESCANSO *VERSUS* TIEMPO DE TRABAJO

La Directiva, y nuestra vida diaria, nos llevan a este binomio: o estamos trabajando, o estamos haciendo muchas otras actividades en nuestro tiempo de descanso. Son muy variadas e improvisadas las acciones que podemos realizar en este último espacio de tiempo, de libre disposición, que redunden en el bienestar de la persona, en el disfrute de nuestro ocio según aficiones que, en cualquier caso, contribuyen a la reposición de las energías puestas en el trabajo. Ello a diferencia de lo que es la prestación de servicios pactada, más o menos diversa o compleja, pero tasada previamente⁵⁰.

Siendo conscientes hoy en día de la indudable necesidad personal de ese tiempo de libre disposición, la Directiva 2003/88/CE, en su momento en consonancia con el objetivo de fondo de la prevención de riesgos laborales, afirma en su considerando n° 5: “Todos los trabajadores deben tener períodos de descanso adecuados”. Desde esta premisa regula, en su capítulo II, períodos mínimos de descanso, como uno de los aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, al que hay que imponer a nivel normativo un límite máximo de duración, precisamente para garantizar el descanso. El tiempo de descanso es el complemento necesario del tiempo de trabajo, para que este pueda ejecutarse sin sufrir incidencias la persona trabajadora porque, al menos en lo que tiene que ver con el trabajo, su salud está siendo atendida. Es por ello que la Directiva nos define “los períodos mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de vacaciones anuales, así como a las pausas y a la duración máxima de trabajo semanal” (artículo 1, apartado 2, a).

Y ha de tratarse de conceptos cuantificables, esto es, el descanso debe expresarse en unidades de tiempo (días, horas o fracciones de los mismos), para su cómputo y valorar su respeto como pausas mínimas durante la jornada de trabajo, a diario, semanal y anual (al menos once horas consecutivas de descanso diario, treinta y cinco de descanso semanal ininterrumpido con la posibilidad de reducirlo a veinticuatro horas por razones objetivas, y al menos cuatro semanas de vacaciones al año); del mismo modo que el tiempo de trabajo no debe exceder de una media de cuarenta y ocho horas a la semana, incluidas las horas extraordinarias (art. 6 Directiva).

Sin embargo, a pesar del interés en regular el tiempo de descanso, la propia Directiva se resiste a ofrecer un concepto de descanso cuando opta por su definición en sentido negativo: “todo período que no sea tiempo de trabajo”, es descanso. Adelantamos que ello es así en un primer momento, en el artículo que dedica a definiciones, art. 2.2⁵¹.

En cualquier caso, tratándose del momento dedicado a las definiciones, notamos que la Directiva, de un lado, le otorga un valor secundario al tiempo de descanso frente al tiempo de trabajo, no los presenta al mismo nivel. De otro, solo los concibe en contraposición, excluyéndose mutuamente ambos conceptos⁵².

Sin embargo, el derecho al trabajo y el derecho al descanso son derechos autónomos, que responden a distintos objetivos; cierto es que están conectados o son complementarios, pero como derechos autónomos derivados del contrato de trabajo, han

⁵⁰ Pérez del Río, T., “Tiempo de trabajo: una óptica de género”, en *Tiempo de trabajo*, Aparicio Tovar, J., y López Gandía, J. (coordinadores), Bomarzo, 2007, p. 270, se refiere a el “tiempo de la vida”, en el sentido de que “el descanso, el transporte, la gestión, el cuidado personal, el estudio, el ocio y el empleo, compiten duramente cada día con las relaciones sociales y familiares por el consumo del tiempo disponible”.

⁵¹ La propia Comisión Europea, “Corrección de errores de la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo” (Este texto anula y sustituye al publicado en el Diario Oficial C 109 de 24 de marzo de 2023, p. 1), DOUE 26/04/2023 (2023/C 143/06), p. 77, afirma que “la Directiva sobre el tiempo de trabajo es un instrumento complejo”.

⁵² En este sentido, Comisión Europea, “Corrección de errores de la Comunicación interpretativa...”, op. cit., p. 26.

de ser tratados con el mismo rigor e intensidad. En el marco de las relaciones laborales están interconectados, y esta no definición del derecho al descanso a nivel normativo, genera incertidumbre y necesarias respuestas por parte de los tribunales ante toda la casuística que se genera, puesto que en la práctica no todo es “o blanco o negro”, sino que existen estadios intermedios, esas zonas grises como los tiempos de disposición, con ciertas características, que analizaremos después⁵³.

Volviendo a la línea inicialmente marcada por la Directiva, si para llegar a definir el tiempo de descanso, tenemos que atender a qué compone el tiempo de trabajo, hemos de analizar la descripción que nos da: “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales” (art. 2.1).

La Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE que nos ofrece la Comisión Europea, que actualiza una versión anterior de 2017, precisamente basándose en la jurisprudencia más reciente del TJUE, nos explica dichos tres criterios acumulativos, que precisan los elementos configuradores de la noción de tiempo de trabajo del art. 2.1 de la Directiva 2003/88 (págs. 19-25). En primer lugar, que el trabajador permanezca en el trabajo, esto es, que se encuentre en el puesto de trabajo o en el lugar que determine el empresario, exigiendo su presencia física⁵⁴: el elemento espacial. En segundo lugar, que el trabajador permanezca a disposición del empresario, para poder prestar los servicios de manera inmediata en caso de necesidad: el elemento de autoridad o sujeción al poder de dirección del empresario. Y como tercer criterio, que el trabajador permanezca en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de las tareas o actividades objeto de su prestación laboral: el elemento profesional⁵⁵. Ello implica la obligación de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo. Siendo irrelevantes tanto la intensidad del trabajo desempeñado o su rendimiento, como la discontinuidad en las actividades realizadas.

La Comisión Europea considera que incluso pueden simplificarse estos criterios, porque “la obligación impuesta a los trabajadores de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones”.

Por su parte la proposición de Ley de usos del tiempo y racionalización horaria añade un matiz al criterio de que la persona trabajadora permanezca a disposición de la empresa: “y sujeta a sus instrucciones”⁵⁶.

En sintonía con la formulación de la Directiva y la jurisprudencia del Tribunal, si un período de tiempo no cumple estos criterios, debe considerarse período de descanso, tal

⁵³ Define la relación como de interdependencia Cairós Barreto, D. M., “La calificación jurídica del tiempo de guardia”, *Revista de Derecho Social*, n.º 102, 2023, p. 110: “incluso más intensa de lo que se ha reconocido hasta ahora”. Sobre las zonas grises, Martín Rivera, L., “Tendencias recientes...”, op.cit., pp. 25 y ss.

⁵⁴ STJUE de 10/09/2015, C 266/14, as. TYCO: “para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición de su empresario, este trabajador debe hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste”. STJUE de 21/02/2018, C-518/15, as. Matzak.

⁵⁵ Revuelta García, M., “Tiempo de trabajo y guardias en régimen de disponibilidad no presencial. Comentario a la reciente doctrina judicial europea y su reflejo en la realidad española”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 59, 2021, p. 807, nota 11, indica que la denominación de los criterios deriva de las conclusiones del Abogado General en el as. *Stadt Offenbach am Main*, C- 580/19, ap. 56. Cámara Botia, A., “La ordenación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea: la Directiva y la doctrina del TJUE”, *Revista Justicia y Trabajo*, n.º 4, 2024, p. 11. Los dos primeros elementos derivan de la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82.

⁵⁶ Monreal Bringsvaerd, E., “Cómputo...”, op. cit., p. 21, considera que se trata de un factor de complicación añadido. Sería un requisito en relación al cómputo de jornada en los desplazamientos del trabajador.

y como concluye asimismo la Comisión Europea en su Comunicación interpretativa de la Directiva.

Sin embargo, al margen de que se plantean formas de trabajo en los que la presencialidad no puede ser considerada como criterio definitorio del tiempo de trabajo, no queda todo clarificado. Se observa una evolución en la ampliación del concepto de tiempo de trabajo, que ya no está indisolublemente ligado a que la persona trabajadora se encuentre en su puesto de trabajo, esto es, “que permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones” (art. 2.1 Directiva 2003/88).

En un intento de concreción y resolución de supuestos ya planteados, de nuevo la proposición de Ley de usos del tiempo y racionalización horaria, y el Estudio para la fundamentación de la misma, titulado “Hacia una organización del tiempo equilibrada: más saludable, igualitaria, productiva y sostenible”, contienen una lista abierta de supuestos específicos a ser incluidos en la jornada de trabajo, destacando, entre otros, los trayectos entre el domicilio de la persona trabajadora o su centro de trabajo habitual y el lugar de prestación de servicios distinto al mismo, así como los realizados, sin un centro de trabajo habitual, entre su domicilio y los lugares de prestación del primer y último servicio; también son incluidos los periodos de formación obligatoria a iniciativa de la empresa, incluso si se imparte fuera de los locales de la empresa y en un horario distinto al habitual de trabajo⁵⁷.

Mucho se ha reflexionado acerca de qué se incluye en el tiempo de trabajo; sin embargo, no se ha hecho con la misma intensidad sobre el tiempo de descanso.

En primer lugar, del mismo modo que se han establecido criterios acumulativos para entender que estamos ante tiempo de trabajo, ¿qué criterios definen el tiempo de descanso? Lo que caracteriza este período es que durante el mismo la persona trabajadora puede gestionar su tiempo sin limitaciones, pudiendo decidir en qué lo emplea.

Por tanto, el factor determinante para dilucidar si estamos ante tiempo de descanso es la plena capacidad de la persona trabajadora para administrar libremente su tiempo.

Es un período de desconexión total del trabajo y de los sujetos partícipes en el mismo, en especial, el empleador, en el que no se recibirán comunicaciones o llamadas relacionadas con la prestación de servicios pactada.

En segundo lugar, tras intentar dilucidar cuándo estamos ante un período de descanso, la siguiente cuestión es cómo tiene que ser dicho descanso. En este sentido, ha de ser calificable como “adecuado”, según la definición que, esta vez sí, da la Directiva en su art. 2.9: “períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo”⁵⁸. Aquí está, en Derecho Derivado, la definición del descanso; a ser transpuesta en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Ello en seguimiento de lo

⁵⁷ <https://timeuse.barcelona/wp-content/uploads/2023/06/Estudio-Ley-de-Usos-del-Tiempo.pdf> (acceso a 6/08/2024).

⁵⁸ Concepto que viene siendo reproducido en Convenios colectivos como el de empresas y personas trabajadoras de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma de Cataluña (DO. Generalitat de Catalunya 8 marzo 2024, núm. 9118), cuyo art.20.6 contiene el concepto de descanso adecuado: “períodos regulares de descanso de la persona trabajadora, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, como consecuencia del cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o largo plazo”.

antes expuesto en su considerando nº 5: “Todos los trabajadores deben tener períodos de descanso adecuados”⁵⁹.

Por su parte, nuestra Constitución se refiere a que los poderes públicos garantizarán el “descanso necesario”, en el art. 40. 2. Otra acepción es la de “descanso razonable”, que la jurisprudencia ha perfilado.

En tercer lugar, y descendiendo a nuestra normativa interna, el ET vela por el descanso de las personas trabajadoras cuando regula a los siguientes sujetos:

- Especial atención a los trabajadores menores de dieciocho años (art. 6, prohibiciones de realizar trabajo nocturno, actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, y horas extraordinarias); en el descanso durante la jornada (duración mínima de treinta minutos, siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media, art. 34.4), en el descanso semanal (como mínimo, dos días ininterrumpidos, art. 37.1).
- Especial atención a los trabajadores nocturnos: prohibiciones de realizar horas extraordinarias; su jornada de trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días (art. 36.1 ET). Reciben una retribución específica, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos. Disponen de una evaluación gratuita de su estado de salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos establecidos en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y en sus normas de desarrollo (art. 36.4 ET).
- Especial atención a los trabajadores a turnos: se prevé la rotación de los mismos y que ningún trabajador esté en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria (art. 36.3 ET). Si la naturaleza de la actividad requiere realizar trabajo a turnos que incluya domingos y festivos, se realizará por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando a tiempo parcial a personal que complete los equipos durante uno o más días a la semana.

Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, y equivalente al de los restantes trabajadores de la empresa.

- Titulares de contratos a tiempo parcial, en particular, el respeto de las horas complementarias, en las que rigen, en todo caso, los límites en materia de jornada y descanso diario, durante la jornada, semanal, fiestas y permisos, si se trata de trabajo nocturno, establecidos en los artículos 34.3 y 4; 36.1 y 37.1 ET (según el art. 12.5, h ET); y la prohibición de realización de horas extraordinarias con carácter general (art. 12. 4, c ET).
- Trabajadoras-madre: descanso, en este caso obligatorio, durante seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre (art. 48.4 ET).

⁵⁹ A “descanso adecuado” se refiere asimismo la Directiva en el art. 20 al regular a los trabajadores móviles y trabajo *off-shore*, y en el art. 21 sobre trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima.

A estos sujetos protagonistas de las relaciones laborales comunes, se suman los regulados en otras normas que recojan especialidades, ya sea porque disfrutan de una jornada ampliada o reducida, o porque pertenezcan a las relaciones laborales de carácter especial, como señalamos al tratar del marco normativo⁶⁰.

En cualquier caso, el ET regula las cuestiones relativas al descanso, como vemos, en atención al tiempo de trabajo, y ha transpuesto la Directiva comunitaria (siendo nuestro ordenamiento jurídico nacional más protector para la persona trabajadora) parcialmente, puesto que no ha transpuesto su concepto.

4. DERECHO AL DESCANSO *VERSUS* TIEMPO DE DISPOSICIÓN

Nos planteamos ahora la relación con el descanso de ese tiempo de no prestación efectiva de servicios, pero en el que la persona trabajadora ha de estar pendiente de las instrucciones del empresario, esto es, disponible para realizarla en el momento en el que se le indique.

Si repasamos la normativa, el art. 2 Convenio n. 30 OIT sobre las horas de trabajo en comercio y oficinas, se refería a las “horas de trabajo” como “el tiempo durante el cual el personal *esté a disposición del empleador*”⁶¹.

Desde la Unión Europea, de los tres criterios acumulativos que precisan el contenido del “tiempo de trabajo” según la Directiva, como sabemos, el primero exige que el trabajador permanezca en el trabajo, esto es, que se encuentre en el puesto de trabajo o en el lugar que determine el empresario, exigiendo su presencia física.

Es por ello que la interpretación se complica cuando el tiempo de disposición no implica la permanencia del trabajador en el centro de trabajo, o lugar que el empresario determine.

En nuestra normativa nacional, la jornada ordinaria de trabajo, la que se computa mientras que el trabajador “está en su puesto de trabajo” según el art. 34.5 ET, a los efectos de su registro (art. 34.9 ET, que incluirá el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo)⁶², se complementa con las horas extraordinarias que se realicen, en su caso: ambas se corresponden con tiempo de trabajo efectivo, esto es, forman parte de la jornada, como tiempo retribuido y no recuperable, que se establece, como sabemos, tanto

⁶⁰ Remitimos a la lectura de López Gardey, B., “Análisis de la jornada de trabajo en el mar”, Trabajo y Derecho, n° 82, 2021, pp. 1- 30; “cabe mencionar que el trabajo a turnos en la marina mercante se denomina “guardias de mar”, lo que puede inducir a error respecto al sentido usual que desde el Derecho del Trabajo se da al término “guardia”. Estamos ante un supuesto de trabajo efectivo en el que debe garantizarse el respeto al límite temporal de las guardias. Por otra parte, encontramos las «guardias de atención», referidas esta vez al término usual de la palabra «guardia», y que se encuadran en el tiempo de presencia”, p. 6. Trujillo Pons, F., “Las personas trabajadoras que ocupan puestos directivos y su derecho a la desconexión digital en el trabajo”, IUSLabor 1/2022, pp. 148-167. De VV.AA., Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I., Sempere Navarro, A.V., *La reordenación del tiempo de trabajo*, BOE, Vol. 1, 2022, véase la sexta parte sobre especialidades, pp. 935-1071.

⁶¹ Texto del Convenio en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0:-NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312175:NO (acceso a 6/08/2024). Muy bien definidas las horas de guardia “u horas de espera” en OIT, “Estudio sobre garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, 2018, p. 274, remitiendo al Convenio n° 30 y su definición de horas de trabajo.

⁶² El art. 34.5 ET indica literalmente que *el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*. Por su parte, según el 34.9: *La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo*.

por la legislación estatal, como por los convenios colectivos, o a través del pacto entre las partes del contrato de trabajo⁶³.

En el supuesto de las horas extraordinarias, la jornada de trabajo se compone no solo por la prestación efectiva de trabajo, sino también por la situación de disponibilidad del trabajador respecto del empresario, entendiéndose que esta le impide decidir libremente sobre su tiempo⁶⁴.

En ocasiones marcadas por la actividad a desempeñar o el sector⁶⁵, las personas trabajadoras acuerdan con el empleador una disponibilidad para prestar servicios fuera de la jornada ordinaria, que puede exigir presencia o no en el centro de trabajo, o en el lugar que determine el empresario. Dicha disponibilidad plantea dudas en cuanto a su calificación jurídica: si el “tiempo de presencia o de mera disposición”, no exige que se esté en el puesto de trabajo: ¿no es entonces calificable como tiempo de trabajo efectivo?

En una primera aproximación y desde el objeto de nuestro estudio, parece acertado identificar el tiempo a disposición del empresario como no de descanso, en aplicación de la definición que la propia Directiva 2003/88/CE ofrece de tiempo de trabajo: “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Como hemos señalado, la consideración del tiempo de disponibilidad como trabajo efectivo conlleva su cómputo dentro de la jornada de trabajo.

El ET que, como sabemos, regula las relaciones laborales comunes, no da el concepto de “tiempo de presencia”; lo que ya nos sitúa frente a situaciones de cierta especialidad en la prestación del servicio. El supuesto ha de implicar la no continuidad en los servicios, una alternancia entre períodos de actividad y otros de mera disponibilidad.

Se trata de una terminología empleada en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que lo regula en su sección cuarta sobre transportes y trabajo en el mar. En concreto, su art. 8.1 sobre “tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia”, lo define como “aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario *sin prestar trabajo efectivo*, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares”. Los convenios colectivos precisarán los distintos supuestos de tiempo de presencia en su ámbito de aplicación⁶⁶.

⁶³ En este sentido, Monreal Bringsvaerd, E., “Cómputo...”, op. cit., p. 23. No computan como tiempo de trabajo los desplazamientos internos en una instalación aeroportuaria desde la entrada hasta el puesto de trabajo (STS 767/2019, de 12 de noviembre). Revuelta García, M., “Tiempo de trabajo...”, op. cit., pp. 806-807, del sentido literal del artículo ET, se desprende que no comprende actos previos o posteriores a la ocupación del puesto de trabajo, como el desplazamiento desde el domicilio, el acceso al puesto dentro de las instalaciones de la empresa, el cambio de ropa, etc.

⁶⁴ Cabeza Pereiro, J., “El concepto de tiempo de trabajo...” op. cit., p. 42, señala que “lo cierto es que la prestación efectiva de servicios no ha sido la clave de bóveda para distinguir el trabajo del descanso.

⁶⁵ Enumera Cairós Barreto, D. M., “La calificación jurídica...”, op. cit., p. 109, “servicios públicos relacionados con la sanidad, la protección civil, la extinción de incendios y la salvaguardia de otros derechos fundamentales que experimentan una fuerte expansión fruto de la digitalización y el teletrabajo”. En el mismo sentido, Salcedo Beltrán, M.C., “Las guardias de disponibilidad no presencial a examen según la Carta Social Europea: la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 19 de mayo de 2021, Confederación General del Trabajo (CGT) y Confederación Francesa de Directivos-Confederación General de Ejecutivos (CFE-CGC) contra Francia”, Revista General de Derecho Europeo, 56, 2022, p. 242, señala que hace años se asociaba solo con determinadas profesiones del sector sanitario o determinados servicios públicos, pero con el paso del tiempo se utilizan en muchas más, como ofrecer servicios de urgencia o atención en caso de incidencias las 24 horas.

⁶⁶ La STS 47/2024, de 11 enero (rec. 3148/2021), considera tiempo de presencia -y no de descanso- el tiempo que el trabajador conductor permanece en el barco acompañando al vehículo: aplica el art. 8 RD 1561/1995. La STS

Podemos plantear entonces que en Derecho español nos movemos alrededor de tres categorías: tiempo de trabajo, período de descanso y tiempo a disposición de la empresa, que refleja situaciones reales de tiempos de espera, tareas preparatorias, funciones de apertura y cierre, etc. Sin embargo, en la normativa de la Unión Europea, en virtud del art. 2 Directiva, son inicialmente dos, tiempo de trabajo y período que no lo sea, que se configura como de descanso como regla general⁶⁷. Es tiempo de “romper con el binomio trabajo-descanso” para acercarnos a la realidad actual⁶⁸.

4.1. Más allá del binomio tiempo de trabajo-tiempo de descanso: ¿es descanso la disponibilidad sin prestación de servicios?

Si bien la Comisión Europea, en su Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE, indica que el concepto de tiempo de trabajo «se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos; *sin que la Directiva contemple una categoría intermedia* entre los períodos de trabajo y los de descanso»⁶⁹, en su Informe de 2023 sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE, distingue los tiempos de guardia, presencial y no presencial, en los que los trabajadores deben estar disponibles para reanudar su actividad profesional en caso de necesidad, debiendo permanecer en el lugar de trabajo o en el que haya determinado el empleador para prestar una “atención continuada” en el primer supuesto; mientras que en el segundo solo deben estar localizable en todo momento, denominándose “alerta localizada”⁷⁰. Estas últimas guardias son las que han planteado los supuestos más complejos.

Por su parte, en el mismo informe se indica que el TJUE considera que los períodos de guardia no presencial, en los que no se realiza la prestación efectiva de servicios, serán considerados descanso, salvo que las limitaciones impuestas por el empleador afecten muy significativamente a la posibilidad del trabajador de administrar libremente su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales y sociales, en cuyo caso se considera tiempo de trabajo (pp. 3-4).

413/2023, de 7 junio (rec. 221/2021), en un asunto sobre transporte en ambulancia de enfermos y accidentados, reitera doctrina sobre la dicotomía “horas de presencia y de trabajo efectivo”. Establece que debe calificarse como trabajo efectivo a efectos del cómputo de la jornada máxima, los periodos de permanencia en la base o centro de trabajo a la espera de ser llamado para realizar unservicio. Puesto que la actividad de traslado de enfermos en ambulancia no se encuentra comprendida dentro del ámbito de los transportes por carretera, no es de aplicación el RD 561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo, sino las reglas generales ET. Cuadros Garrido, M.E., “Sobre las horas de presencia...”, op. cit., p. 130.

⁶⁷ Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo...* op. cit., p. 60. “La relación dialéctica entre uno y otro concepto”, definidos en la Directiva “en aparente contraposición” ..., “sin que exista un concepto intermedio, como sí existe en cuanto a sectores específicos”, como bien indica Cabeza Pereiro, J., “El concepto de tiempo de trabajo...” op. cit., p. 39. Lo expresan de forma muy gráfica Asquerino Lamparero, M. J., “Jornada y tiempo de descanso en la jurisprudencia del TJUE”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 14, n° 2, 2022, p. 171: “la realidad es blanca (= jornada) o negra (= no existe jornada)”; Gorelli Hernández, J., “El derecho al descanso...”, op. cit., p. 504, “son dos caras de la misma moneda”. Revuelta García, M., “Tiempo de trabajo...”, op. cit., p. 808.

⁶⁸ Utilizando expresión de Cuadros Garrido, M.E., “Sobre las horas de presencia...”, op. cit., p. 140. Afirma que “estamos en un momento de convulsión jurídica en torno al tiempo de trabajo y sus límites”, p. 142. San Martín Mazzucconi, C., “Perfiles actuales del tiempo de trabajo: delimitación jurídica y perspectivas”, en “Transformaciones recientes del tiempo de trabajo”, Carolina San Martín Mazzucconi (coordinadora), DYKINSON, 2023, pp. 9 y 14, destaca “la necesidad de superar la óptica polarizada entretrabajo y descanso, así como avanzar en un modelo de tiempo de trabajo que sea tan garantista como moderno”.

⁶⁹ Comisión Europea, “Corrección de errores de la Comunicación interpretativa...”, op. cit., p. 26.

⁷⁰ Comisión Europea, Informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE, relativa adeterminados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”, COM (2023) 72 final, Bruselas, 15.3.2023, p. 3. Localizable por cualquier medio, ya sea teléfono, correo electrónico, *Whatsapp, Telegram*, etc.

El TJUE, a través de su jurisprudencia, ha ido estableciendo una serie de factores determinantes para la consideración de dichos periodos como tiempo de trabajo, tales como las limitaciones que implica para la persona trabajadora en la organización de su descanso, el tiempo de respuesta a la llamada empresarial y la frecuencia en la realización de la prestación del servicio.

La primera intervención del TJUE se produjo en el caso SIMAP⁷¹, sobre médicos de atención primaria de la Comunidad Valenciana. La normativa española excluía del tiempo de trabajo, el tiempo de atención continuada realizado en el centro de trabajo tras la jornada ordinaria. La respuesta del Tribunal se centró en la aplicación de los tres criterios que componen el concepto de tiempo de trabajo; han de estar presentes y disponibles en el centro de trabajo para prestar sus servicios profesionales, por lo que se considera comprendido en el ejercicio de sus funciones: son tiempo de trabajo y, en concreto, horas extraordinarias.

Distinto es el supuesto de la atención prestada en régimen de localización, sin la obligación de estar presente en el centro sanitario: se estaba a disposición del empresario porque debían estar localizables, pero los médicos podían organizar su tiempo y dedicarse a asuntos personales.

En el asunto Jaeger⁷², relativo a médicos adjuntos en el departamento de cirugía del hospital público de Kiel, que disponían de una habitación dotada de una cama en la que dormir si no se requerían sus servicios, teniendo que prestarlos en una media del 49% de los servicios de atención continuada. La normativa alemana distingue tres conceptos: servicios de permanencia, atención continuada y alerta localizada. En los dos primeros el empresario designa el lugar en el que el trabajador debe permanecer, pero solo el primero es considerado tiempo de trabajo en su totalidad; en el supuesto del servicio de atención continuada se exigía la presencia física en el lugar determinado por el empresario y permanecer a su disposición. El Tribunal se centró en si se infringía el art. 3 de la Directiva, que exigía un descanso diario de once horas consecutivas, por la normativa nacional que consideraba la atención continuada como período de descanso, y falló que “no cabe considerar que un trabajador disponible en el lugar designado por el empresario se halla descansando durante los períodos de su servicios de atención continuada en los que no ejerce efectivamente una atención profesional”, por lo que es tiempo de trabajo efectivo en su totalidad.

En caso de guardias no presenciales es necesario que los órganos jurisdiccionales nacionales establezcan, en cada caso, si las limitaciones impuestas por el empresario afectan, objetivamente y de manera considerable, a su capacidad para administrar libremente el tiempo en el que no se requieren sus servicios profesionales, pudiendo dedicarlo a sus propios intereses, por lo que no puede encuadrarse dentro del concepto de período de descanso, as. Radiotelevizija Slovenija⁷³.

En aplicación de dicha doctrina judicial, el Tribunal Supremo en su sentencia 4471/2020 de 2 de diciembre, define como “tiempo de trabajo” las guardias que exigen la presencia física de la persona trabajadora en un determinado espacio físico para dar respuesta inmediata en caso de necesidad, estando por tanto el trabajador en el ejercicio de sus funciones laborales. Sin embargo, si se trata de una guardia localizada, solo

⁷¹ STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98. Le siguieron otras sentencias paradigmáticas como la del as. Jaeger, STJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, o la del as. Dellas, STJUE de 1 de diciembre de 2005, as. C-14/04.

⁷² STJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02. STJUE de 1 de diciembre de 2005, as. C-14/04, as. Dellas.

⁷³ STJUE de 9 de marzo de 2021 (C344/19).

será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender la incidencia; mientras que el resto se considerará tiempo de descanso si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de ocio que libremente quisiera realizar⁷⁴.

En el mismo sentido, el TS aplica dicha jurisprudencia en el caso de los “días activables” de los escoltas, en régimen de disponibilidad como guardia localizada a través del teléfono móvil, con posibles intervenciones en remoto, sin exigir por tanto desplazamiento, pero sí tenencia de arma reglamentaria, aunque no exigía su custodia permanente. El fallo no considera tiempo de trabajo el tiempo de disponibilidad por no limitar de forma apreciable la organización de su tiempo; solo lo es aquel en el que se produzca la prestación efectiva de servicios⁷⁵.

El factor clave en relación al tiempo de descanso, como ya hemos referido en páginas anteriores, es la capacidad de la que dispone la persona trabajadora de administrar libremente su tiempo, dedicándolo a lo que decida, a sus asuntos personales, reposo u ocio. No cabe duda que en dichos períodos de guardias localizadas, están presentes riesgos físicos y psicológicos derivados de la imprevisibilidad de la actuación, la rapidez exigible, el grado de responsabilidad,..., que causan efectos adversos en la persona trabajadora, como estrés, fatiga, problemas para dormir, etc.

Coincidimos plenamente con la afirmación de que “cuando una persona trabajadora está a disposición de la empresa, aunque sea para responder a llamadas de la misma, lo hace porque ello se comprende en el marco de sus obligaciones laborales, por lo que, en tales circunstancias, ese período de tiempo en el que está sujeto a ese deber no puede considerarse, de manera automática como tiempo de descanso”⁷⁶.

Otra cuestión muy relevante que plantean estas guardias es cómo se remunera dicho tiempo incierto, no de trabajo, pero tampoco de descanso. Habrá que determinarse si corresponde una remuneración como jornada ordinaria o extraordinaria, valorándose circunstancias como la nocturnidad o la frecuencia; podría remunerarse como descanso compensatorio, a determinar si en una equivalencia total o parcial con las horas de disponibilidad.

TJUE admite que determinados tiempos de trabajo como los períodos de guardia, pueden ser remunerados de forma distinta, en atención a elementos como la intensidad del trabajo, diferenciándose entre períodos de actividad efectiva y de inactividad, como en el asunto Matzak⁷⁷.

Nos ha resultado de especial interés la STS nº. 283, de 18 de abril (rec. 185/2021), recurso de casación interpuesto por CC.OO. contra la STSJ Madrid en el caso de Día Retail España S.A. No se abonaba compensación alguna por las guardias localizadas realizadas por los supervisores en domingos y festivos de apertura comercial. Debían acudir a resolver problemas puntuales, aproximadamente cada mes y medio, sin tener que responder en un tiempo mínimo, y habiendo generado la obligación de acudir presencialmente en algunos casos. CC.OO. considera que es tiempo efectivo de trabajo y como tal debe ser compensado. La empresa alega que está englobado en su retribución al ser un salario individual superior al de convenio. La argumentación jurídica se centra en las limitaciones impuestas al trabajador durante dicho período, en si afectan de forma

⁷⁴ STS 2747/2020, de 18 de junio.

⁷⁵ STS de 6 de abril de 2022.

⁷⁶ Vila Tierno, F., “¿Debe considerarse el tiempo de espera como de trabajo?”, Revista de Jurisprudencia Laboral, 2 2023, p. 11.

⁷⁷ STJUE 21 febrero 2018 (C-518/15).

objetiva y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente el tiempo en el que no se requieren sus servicios profesionales para dedicarlo a sus propios intereses. En atención a la cadencia en el desempeño, la inexistencia de un tiempo de respuesta acotado, y la libertad de establecer el lugar en el que pueden encontrarse, permiten afirmar que no les genera una limitación de tal entidad que determine la calificación de la totalidad del período de guardia de localización telefónica como tiempo de trabajo efectivo.

Como hemos puesto de manifiesto, la jurisprudencia del TJUE ha resuelto numerosos supuestos y ha sido la tendencia seguida por el TS. Sin embargo, una interpretación diferente parte de la aplicación de la Carta Social Europea, ratificada por España, por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), su organismo de supervisión.

En este juego normativo complejo, la Directiva fija un estándar mínimo de protección (tal y como indica en sus arts. 1 y 15), y se complementa con la regulación de la CSE. Esta Carta, puesto que en virtud del art. 96 CE se convierte en una norma interna y es obligatorio aplicarla, afirma que los períodos de disponibilidad no presenciales no pueden ser considerados períodos de descanso, ya que pueden producirse interferencias empresariales que impliquen el no respeto pleno del derecho al descanso. Falta que los tribunales nacionales lo apliquen.

5. EFICACIA DEL DERECHO AL DESCANSO PREVISTO EN LA NORMATIVA JURÍDICA SUPRANACIONAL

Sobre el derecho al descanso es pensable que, desde su reconocimiento como derecho fundamental en la CDFUE, dada la naturaleza jurídica de Tratado que ostenta, tal y como declara el art. 6.1 Tratado de la Unión Europea (TUE), así será aplicable en los ordenamientos jurídicos nacionales en virtud del efecto directo del que goza el Derecho Originario⁷⁸.

Pero la Carta, a su vez, contiene unas cláusulas horizontales que le restan tal valor predicable de origen, en concreto en su Título VII sobre disposiciones generales que rigen su interpretación y aplicación, condicionándola a la acción previa por parte de cada Estado miembro.

Según el art. 51.1 Carta, su aplicación queda limitada por el principio de subsidiariedad, invocado desde su Preámbulo, esto es, se estará en primer lugar a la regulación jurídica del Estado miembro (“la Carta reafirma los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales”, Preámbulo) y, en segundo lugar, a la de la Unión Europea. Tal y como indica, “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas ... a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, *con arreglo a sus respectivas competencias* y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”.

Recordemos, una vez más, que el art. 31.2 CDFUE, dentro del valor “solidaridad”, dispone que “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima de trabajo y a períodos de descanso diario y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”. Tras esta contundente afirmación y su catalogación como derecho fundamental, el derecho al descanso no ha sido desarrollado como tal por el Derecho de la UE, ni por el legislador español. Es por ello que ante la afirmación de que “no estamos

⁷⁸ Literalmente le atribuye “el mismo valor jurídico que los Tratados”.

ante un catálogo meramente enunciativo de derechos retóricos”, hemos de concluir que “un poco sí”⁷⁹; salvo por lo que de principios inspiradores tienen, pendientes de desarrollo específico para poder ser invocados en los tribunales. Fijémonos que en la Carta, todos los derechos son categorizados como fundamentales, aunque algunos son principios y otros son derechos, con una distinta contemporización de su eficacia jurídica⁸⁰.

Y ello es así porque, volviendo al art. 6.1 TUE. “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”, en una clara invocación al citado principio de subsidiariedad, y también al de proporcionalidad. En este último sentido, el art. 52.1 CDFUE prevé su aplicación si ha de establecerse una limitación en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, que habrá de ser por ley y respetando su contenido esencial. Ello procederá cuando “sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”⁸¹.

De entre las Declaraciones relativas a las disposiciones de los Tratados, en particular la relativa a la CDFUE, tras reivindicar su carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Insiste en que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, no crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión, y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados.

Los más precavidos, Estados miembros como Polonia, Reino Unido y República Checa, adoptaron sus propias Declaraciones sobre la aplicación de la Carta en sus respectivos ordenamientos jurídicos, en los que especifican el alcance de la misma. En concreto, el Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y Reino Unido, en su art. 2.1, resulta muy clarificador cuando declara “*a fin de no dejar lugar a dudas*, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta, “solidaridad”, crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional”. Previamente su art. 2 indica que “cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, solo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido”⁸².

⁷⁹ La afirmación es de Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo...* “, op. cit., p. 18. Terradillos Ormaetxea, E., “Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 92/2011, pp. 61 y ss.

⁸⁰ Terradillos Ormaetxea, E., “Los derechos sociales en el contexto supranacional. Especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJE y del TEDH”, Revista de Derecho Social, nº 52, 2010, pp. 141-142, señala que la Carta “respalda la tradición en los textos internacionales en el sentido de distinguir, en cuanto a su implementación o desarrollo, entre los derechos de primera, relativos a la vida y a los derechos fundamentales del título privilegiado por la Constitución española (derechos humanos), y los derechos de segunda, particularmente, los reconocidos en el Pacto de derechos civiles, económicos y sociales de 1966”. Sobre los principios, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia”, en Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, Francis Lefebvre, 2019, p. 60. Mangas Martín, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008, p. 544. Cita jurisprudencia sobre el derecho a vacaciones anuales retribuidas como “principio de Derecho Social comunitario de especial importancia”, en la que se invoca el art. 31 Carta, as. BECTU.

⁸¹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La Carta de los Derechos Fundamentales...”, p.61, analiza el posible efecto horizontal de la Carta en las relaciones privadas. En la p. 54 asigna a la Carta “un papel relativo y complementario” en los ordenamientos jurídicos nacionales.

⁸² Muy clarificador el considerando que indica que “la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles, pero no crea nuevos derechos ni principios”.

Por su parte, la Declaración de la República Checa relativa a la CDFUE (C 202/355), tras “recordar” que las disposiciones de la misma “están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión Europea únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión y no cuando adopten y apliquen el Derecho nacional independientemente del Derecho de la Unión”, e invocar el principio de subsidiariedad, especifica que, en la medida en que la Carta reconozca derechos y principios fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos y principios se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones (art. 3).

Resumiendo, el art. 51.1 Carta exige el pronunciamiento del legislador estatal, que en el caso español no se ha producido⁸³. Entendemos que mientras que la normativa nacional no aplique su reconocimiento como derecho fundamental, en seguimiento del art. 31 Carta, tal y como exige el art. 51.1 en atención al principio de subsidiariedad, su carácter de derecho fundamental queda limitado al ámbito de la UE y en nuestro ordenamiento se estará a lo dispuesto en la CE... pero también a los Tratados Internacionales ratificados por España... (art. 10.2 CE): resurge aquí de nuevo la Carta Social Europea revisada y su reconocimiento del derecho al descanso como condición de trabajo equitativa (art. 2, que sirve de referente al apartado 2 del art. 31 CDFUE)⁸⁴.

5.1. La aportación particular de la Carta Social Europea revisada

Recordemos que la CSE revisada es Derecho interno español, de rango supralegal como Tratado Internacional que es, a ser aplicada en el marco establecido por los arts. 10.2 y 96 CE. Por su parte, el art. 151 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸⁵, que abre el Título de Política Social, al enumerar los objetivos compartidos por la UE y los Estados miembros, invoca la Carta Social Europea: “teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea”.

En la CSEr las Partes reconocen, como objetivo de su política, el establecimiento de las condiciones en las que puedan hacerse efectivos los derechos y principios que enumera, y se refiere al derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, que se materializan en la serie de acciones que ya conocemos: fijar una duración razonable del horario de trabajo, establecer días festivos, conceder vacaciones anuales.

Observamos que, tras las conclusiones del examen general de Europa en 2022 sobre los derechos relacionados con el trabajo, en particular sobre el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2 CSE), uno de los incumplimientos destacados versa sobre la asimilación de los períodos de guardia, durante los que no se realiza ningún trabajo efectivo, con tiempo de descanso. El CEDS requirió a los Estados para

⁸³ Sobre la CDFUE y la Declaración, véase Terradillos Ormaetxea, E., “Los derechos sociales...”, op. cit., pp. 141-143. En sentido contrario Cabeza Pereiro, J., “El concepto de tiempo de trabajo...” op. cit., p. 41, quien predica su eficacia directa horizontal. Cairós Barreto, D. M., “La calificación jurídica...”, op. cit., pp. 110-111. Ello implica el máximo nivel de protección y garantía, no solo en el ámbito de la Unión Europea sino con carácter general. En el mismo sentido en Cairós Barreto, D. M., *Una nueva concepción...*, op. cit., p. 90: El reconocimiento del derecho y su garantía “se eleva a su consideración dentro de los derechos humanos y fundamentales con el máximo nivel de protección y garantía. No solo en el ámbito de la Unión Europea, donde se les califica de derechos fundamentales, sino con carácter general en todo el planeta”. Vicente Andrés, R., “La interpretación...”, op. cit., p. 2: como derecho fundamental, su propia existencia y reconocimiento no requieren de ulterior concreción, pudiendo ser invocado como tal en un litigio entre particulares. Así mismo Gallego Moya, F., “El Tribunal de Justicia...”, op. cit., p. 5, considera que al reconocerle el art. 6.1 TUE el mismo valor jurídico que a los Tratados, permite su aplicación entre privados.

⁸⁴ La CSEr se refiere a “derechos y principios”. Mangas Martín, A., *Carta de los Derechos...*, op. cit., p. 534. La aplicación del art. 31 “se va a ver favorecido por la existencia de la prolija regulación de la CSEr, que se inspira a su vez en los numerosos Convenios de la OIT, así como por la abundante normativa de Derecho Comunitario Derivado adoptada por la UE sobre la base de su competencia compartida en este ámbito, que es, sin duda, el más desarrollado de la política social de la Unión Europea”, p. 543.

⁸⁵ Texto del TFUE, del TUE y de la Carta en DOUE C n. 202, de 7 de junio 2016 (versión consolidada).

que se pronunciaran sobre los períodos de no intervención del trabajador en las guardias localizadas no presenciales, y su consideración como tiempo de trabajo o de descanso: y respondieron en el sentido de que “no se consideraban tiempo de trabajo”⁸⁶.

Con anterioridad, el CEDS había publicado una decisión de fondo (de 10 de noviembre de 2021), tras el planteamiento de una reclamación colectiva, sobre las guardias de disponibilidad no presencial, en la que determina que la inclusión de estos períodos de localización sin intervención en el cómputo del descanso diario o semanal o su realización en domingo, vulnera el art. 2.1 y 5 de la Carta Social Europea que garantiza los derechos a una duración razonable del trabajo, al descanso semanal, a la seguridad e higiene y a la protección a la salud. Se trata de un período en el que no se observa el carácter reparador del descanso; “impide al asalariado dedicarse a otras actividades de su libre elección”. “La ausencia de trabajo efectivo, constatada con posterioridad”, sin que el asalariado haya disfrutado de su libre disposición, no constituye criterio suficiente para su asimilación a descanso.

En relación al derecho al descanso, el CEDS ofrece una interpretación más protectora que el TJUE, que puede ser seguida asimismo por el TS en sus pronunciamientos⁸⁷.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

El descanso enfatiza el valor del bienestar personal y social, el equilibrio entre la vida personal y laboral, y el derecho de las personas a llevar una vida plena, compatible con sus responsabilidades profesionales.

El derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre es un derecho fundamental que tiene su base en la dignidad humana. Como derecho humano que es, significa que todas las personas merecen ser tratadas con respeto y ser puestas en valor, por el solo hecho de ser seres humanos. Como afirman, en sus respectivos artículos 1, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la CDFUE, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

A la conexión entre el derecho al descanso con la dignidad humana nos llevó el TC en su sentencia 192/2003, de 27 de octubre, en la que el derecho al descanso en vacaciones fue cuestionado: el tribunal resolvió primando la dignidad del trabajador frente al supuesto deber de descansar durante las vacaciones. El TC consideró que “la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible

⁸⁶ Salcedo Beltrán, M.C., “Conclusiones 2022/XXII-3 del Comité Europeo de Derechos Sociales...”, op.cit., pp. 126 y ss.; y “Las guardias de disponibilidad no presencial...op. cit., p. 241. Reflexión interesantey extrapolable al tema que nos ocupa en Álvarez del Cuvillo, A., “¿Es vinculante la reciente decisión delCEDS sobre la indemnización por despido?”, Briefs AEDTSS, n. 73, 2024.

⁸⁷ Vila Tierno, F., “Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales”, Revista jurídica de Derechos Sociales, vol. 13, nº 1, 2023, pp. 4 y 10-12, afirma que “puede suponer una auténtica revolución en esta materia”. VV.AA., Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A., “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, op. cit., p. 16. En su argumentación invoca SJS n. 3 Barcelona, 321/2015, de 27 de octubre, y SJS n. 2 Guadalajara 3017/2022, de 28 de enero. En el sentido expuesto, Salcedo Beltrán, M.C., “Las guardias de disponibilidad no presencial...”, op. cit., p. 262.

con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad)” (fundamento jurídico 7º)⁸⁸.

Y es precisamente el respeto y la protección debida a la dignidad de la persona trabajadora lo que, como conclusión de partida, expresada de forma contundente, nos lleva a proclamar la autonomía del derecho al descanso y al imperativo de preverlo positivamente en la normativa española, de un lado, en seguimiento de su conceptualización como derecho fundamental desde la Unión Europea; de otro, precisamente por su carácter autónomo frente al tiempo de trabajo, con entidad suficiente para ser garantizado a nivel normativo, y reclamado ante los tribunales *per se*.

Otro rasgo que confirma el carácter autónomo del derecho al descanso frente al derecho al trabajo, siquiera a modo indicario, es su regulación en artículos diferentes, estando el derecho al trabajo, como sabemos en el art. 35 CE.

Tiene que serle reconocido su carácter esencial, como derecho “centrado en la persona”, esa expresión “tan de la OIT” para un futuro de trabajo decente⁸⁹; sin tener que recurrir, de forma indirecta, a su función limitadora del tiempo de trabajo, binomio ya superado. Y ello sin negar su fundamento de base en la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, pero como derecho autónomo regulado por normas de Derecho necesario- descansos mínimos diarios, semanales y anual.

La casuística planteada ante los tribunales y las reflexiones doctrinales ponen de manifiesto que no bastan sus continuas y repartidas referencias al “descanso” a lo largo de la normativa laboral, regulando más su ejecución que su valor jurídico como derecho. De este modo el ordenamiento jurídico español no distingue de forma clara entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, en una etapa del mercado de trabajo en la que debe quedar clara esa diferenciación, ante tan variadas formas de empleo y para fijar la retribución por el trabajo realizado y el descanso remunerado.

En su dinámica dispersa, la normativa española no protege el descanso en supuestos como el trabajo para varios empleadores, del mismo modo que no lo protege al no haber articulado sanciones específicas para garantizar el derecho a la desconexión digital. No tendría que haber lugar a zonas grises del descanso en los tiempos de guardia o tiempos de disponibilidad. En nuestra opinión, y en seguimiento de la aplicación de la CSEr por

⁸⁸ Recurso de amparo que resolvió sobre un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual declarado procedente, por prestar servicios durante su período vacacional retribuido a otro empleador (trabajaba habitualmente como peón agrícola y para la otra empresa realizó tarea de poda de árboles durante tres días). La declaración de procedencia podría afectar a la libertad de trabajo comprendida en el derecho al trabajo del art. 35.1 CE; se observa una extensión indebida del concepto de buena fe o lealtad. La dignidad personal del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un tan omnímodo control sobre la persona y vida privada del trabajador por parte de la empresa para la presta servicios (fundamento jurídico 6). En la sentencia del Juzgado de lo Social de Murcia se concluía que “para los trabajadores, el derecho a las vacaciones es irrenunciable, e indisponible, y el empresario está obligado a conceder vacaciones retribuidas, lo que obliga al trabajador que percibe el salario durante dicho periodo a dedicarse exclusivamente a recuperar fuerzas, motivo por el que por otra parte se prohíbe realizar trabajos durante este período, ya sea para el propio empresario o para otros. La conducta del demandante constituye transgresión de la buena fe contractual, incumplimiento grave y culpable que el art. 54. 2 d) ET configura como causa de despido”. Comentarios en Igartua Miró, M.T., *Ordenación flexible...*, op. cit. pp. 371-372.

⁸⁹ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, “Para un futuro de trabajo decente se necesita un programa centrado en las personas”, <https://www.ilo.org/es/resource/news/para-un-futuro-de-trabajo-decente-se-necesita-un-programa-centrado-en-las> (acceso a 9/09/2024), propone un programa “centrado en las personas” que, entre sus diez recomendaciones, una garantía universal de empleo que proteja los derechos fundamentales de los trabajadores, garantice un salario que permita un nivel de vida digno, horas de trabajo limitadas y lugares de trabajo seguros y saludables. Expresión invocada incluso en negociación colectiva, véase el Convenio colectivo de Heineken España, S.A., anexo III, que contiene un “Manifiesto sobre la desconexión digital”, en el que dice: “En HEINEKEN, primero las personas”. Y añade “consideramos que las personas son el corazón de nuestra compañía, por eso nos preocupamos en todo momento por cuidar su tiempo, su espacio, su intimidad, su salud y su bienestar”.

el CDS, en el supuesto de las guardias no presenciales o de alerta localizada, tiempo de trabajo es todo el tiempo de disponibilidad, si bien es cierto que la remuneración habrá de ser diferente a la de la prestación efectiva de servicios en dicho periodo⁹⁰.

Al hilo de lo inmediatamente señalado, es de destacar la labor encomiable, pero no reconocida al nivel jurídico que exige nuestro sistema constitucional de fuentes del Derecho, de la Carta Social Europea, que en su primer considerando, apela a la defensa y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; así como su interpretación y aplicación de manos del Comité Europeo de Derechos Sociales, con la esperanza puesta en la Declaración de Reikiavik, de mayo 2023, sobre las nuevas prioridades y orientaciones para los trabajos del Consejo de Europa, entre las que destaca el compromiso pleno de los Estados sobre la protección y aplicación de los derechos sociales garantizados por el sistema de la CSE⁹¹.

En cualquier caso, es otra de las razones por las que España debe definir y regular el descanso como derecho laboral autónomo: por ser un derecho humano, un derecho social y un derecho fundamental.

La virtualidad del art. 31 CDFUE pasa por ser aplicado a través de las normas de Derecho Derivado y de la jurisprudencia del TJUE, desde interpretaciones restrictivas de los límites al derecho a condiciones laborales justas y equitativas, del derecho al descanso entre ellas, como derecho social fundamental. La CDFUE, como hemos argumentado en páginas anteriores, aunque reconoce el derecho al descanso, difiere su eficacia jurídica al desarrollo del mismo por la UE y/o los Estados miembros.

Gracias a la jurisprudencia del TJUE se han ido aclarando situaciones y garantizando derechos, en respuesta a las múltiples cuestiones prejudiciales ya resueltas, para abordar un concepto genérico y más claro y actual del tiempo de descanso, a ser incorporado en el futuro Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI⁹².

El elenco de derechos laborales “básicos” del art. 4.2. ET “nos suena a antiguo” a quienes llevamos años estudiando estas materias, y resulta incompleto. En la redacción del artículo se apela al “contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa” que, en la materia que nos ocupa como derecho de titularidad individual, derivado del contrato de trabajo, tendría que “tener su hueco” en el Estatuto de los Trabajadores, o en una normativa específica aparte sobre el derecho al descanso de las personas trabajadoras.

Es por ello que, como punto de partida, el derecho al descanso tiene que figurar en el catálogo de derechos reconocidos a las personas trabajadoras en el Estatuto de los Trabajadores en tanto que ley general especial y, a continuación, incluir su definición para garantizar su ejercicio, seguido de su régimen jurídico.

Nos atrevemos a proponer *de lege ferenda* una definición del tiempo de descanso como “aquel período regular de desconexión del trabajo, y tiempo de libre disposición para la persona, suficientemente largo, continuo⁹³ y previsible⁹⁴ que asegura su salud

⁹⁰ Ya puso de manifiesto Cabeza Pereiro, J., “El concepto de tiempo de trabajo...” op. cit., p. 42, que “un período en el que la persona trabajadora no lleva a cabo ninguna actividad no es necesariamente tiempo de descanso”.

⁹¹ <https://www.coe.int/es/web/portal/fourth-council-of-europe-summit> (acceso a 14/08/2024).

⁹² Garrido Pérez, E., “Reflexiones sobre el campo aplicativo de un estatuto de los trabajadores del siglo XXI”, Brief AEDTSS, 6, 2024, p. 2.

⁹³ Inspirado en el art. 2.9 de la Directiva 2003/88.

⁹⁴ En atención al considerando 19, y el art. 4.2, l) y m) Directiva (UE) 2019/1152 relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que no menciona los descansos: art. 4.2,l) si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible, la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo

laboral, en sus vertientes física y psíquica, y que como derecho humano autónomo y fundamental, de titularidad individual y carácter social, ha de ser garantizado al más alto nivel en nuestro ordenamiento jurídico nacional”.

De su definición, a su incorporación en nuestro Estatuto de los Trabajadores como derecho laboral autónomo, que responde a objetivos propios, y que vela por el desarrollo de la personalidad, por el bienestar de las personas trabajadoras, y redonda en la consecución de una vida plena.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Caracuel, M. R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, 1988.

Álvarez Cuesta, H., “El papel de la negociación colectiva en la implantación de la jornada de 32 h o 4 días semanales”, *Cielo Laboral*, nº 5, 2024.

Álvarez del Cuvillo, A.:

- “¿Es vinculante la reciente decisión del CEDS sobre la indemnización por despido?”, *Briefs AEDTSS*, n. 73, 2024.

- “La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol.7, n. 2, 2019.

Asquerino Lamparero, M. J., “Jornada y tiempo de descanso en la jurisprudencia del TJUE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 2, 2022.

Basterra Hernández, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, 2017.

Cabeza Pereiro, J., “El concepto de tiempo de trabajo en su relación binaria con el de tiempo de descanso”, *Minerva, Revista de Estudios Laborales*, 12 (5), 2023.

Cairós Barreto, D. M.:

- “La calificación jurídica del tiempo de guardia”, *Revista de Derecho Social*, nº. 102, 2023.

- *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, Bomarzo, 2021.

Cámara Botía, A., “La ordenación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea: la Directiva y la doctrina del TJUE”, *Revista Justicia y Trabajo*, n. 4, 2024.

Casas Baamonde, M.E., “Teletrabajo y tiempo de trabajo efectivo: desconexiones digitales involuntarias impeditivas del trabajo. Y derecho a la desconexión digital por motivos fisiológicos (“derecho de lavado”)”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 9, 2023.

Castellano Burguillo, M.E.:

- “Descansos y vacaciones anuales”, en “Tiempo de trabajo y descanso” (Gorelli Hernández, J. y Pérez Guerrero, M.L.), UHU.es Publicaciones, 2021.

- “Teletrabajo y Derechos Fundamentales. Comentario a la STS 565/2023, de 19 de septiembre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, abril 2024.

Cervilla Garzón, M.J., “El derecho a la desconexión tecnológica en la negociación colectiva”, en “Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital” (José Manuel Gómez Muñoz director), Bomarzo, 2021.

sobre cambios de turno; m) si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje.

Charro Baena, P., “Una relectura del derecho a vacaciones laborales en la era de la globalización y digitalización”, en “Transformaciones recientes del tiempo de trabajo”, Carolina San Martín Mazzucconi (coordinadora), DYKINSON, 2023.

Cruz Villalón, J.:

- “¿Es posible la jornada de trabajo griega en nuestro país?”, Brief AEDTSS, 60, 2023.

- “El impacto de la reducción de la jornada laboral”, ONEconomía, 21/11/2023.

Cuadros Garrido, M.E., “Sobre las horas de presencia de los conductores de ambulancia-Comentario a la STS 7 junio 2023”, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. Estudios de Doctrina Judicial, n. 8, 2023.

De Val Tena, A. L., “La flexibilidad en el tiempo de trabajo”, en “Tiempo de trabajo ydescanso” (Gorelli Hernández, J. y Pérez Guerrero, M.L.), UHU.es Publicaciones, 2021.

Gallego Moya, F., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a lasvacaciones”, Revista Española de Derecho del Trabajo, 227/2020, Aranzadi.

Garrido Pérez, E., “Reflexiones sobre el campo aplicativo de un estatuto de los trabajadores del siglo XXI”, Brief AEDTSS, 6, 2024.

Gorelli Hernández, J., “El derecho al descanso y las nuevas formas de trabajo en la era digital: ¿Un derecho en peligro?”, en Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del Siglo XXI, Comares, Granada, 2021.

Guerrero Jareño, R., “Guía de buenas prácticas en materia de tiempo de trabajo para empresas y personas trabajadoras”, en “Transformaciones recientes del tiempo de trabajo”, Carolina San Martín Mazzucconi (coordinadora), DYKINSON, 2023.

Igartua Miró, M.T.C:

- “La desconexión digital como mecanismo de prevención de la fatiga informática y otros riesgos psicosociales asociados”, en “Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación”, Thais Guerrero Padrón (directora), LABORUM, 2024.

- *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, 2018.

López Ahumada, E.:

- “Desarrollo de nuevas formas de empleo desde la perspectiva del tiempo de trabajo”, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), nº 7, 2023.

- “Descansos laborales y tiempo de trabajo: régimen jurídico de los descansos diario ysemanal y de los días festivos”, Consejo Económico y Social de España, 2004.

López Cumbre, L.:

- “Registro de jornada diaria por el trabajador: equilibrio legal, convencional ycontractual”, Brief AEDTSS, 6, 2023.

- “Tiempo de descanso semanal y diario en la Unión Europea: dos derechos autónomos, no acumulables”, <https://www.ga-p.com/publicaciones/tiempo-de-descanso-semanal-y-diario-en-la-union-europea-dos-derechos-autonomos-no-acumulables/> marzo 2023.

López Gardey, B., “Análisis de la jornada de trabajo en el mar”, Trabajo y Derecho, nº 82, 2021.

López Vico, S., “El derecho al descanso en la nueva realidad laboral, especial referenciaal fenómeno del teletrabajo”, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, LABORUM, nº 4, 2022.

Mangas Martín, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008.

Martín Rivera, L., “Tendencias recientes en la ordenación del tiempo de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 250, 2022.

Monreal Bringsvaerd, E., “Cómputo, duración y distribución de la jornada. Una propuesta de *lege ferenda* a la luz de la propuesta del Ministerio de Trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n. 68, 2024.

Montesdeoca Suárez, A., “La política empresarial de desconexión digital: el procedimiento para diseñarla y sus fases de elaboración”, *Lex Social*, vol. 14. n° 1, 2024.

Pérez Capitán, L., “Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia: normativa y jurisprudencia europea y española”, *Estudios laborales* Cinca, 2024.

Pérez del Río, T., “Tiempo de trabajo: una óptica de género”, en *Tiempo de trabajo*, Aparicio Tovar, J., y López Gandía, J. (coordinadores), Bomarzo, 2007.

Poquet Catalá, R., “Conflictos interpretativos en torno al descanso semanal”, *IUSLabor* 3/2020.

Revuelta García, M., «Tiempo de trabajo y guardias en régimen de disponibilidad no presencial. Comentario a la reciente doctrina judicial europea y su reflejo en la realidad española», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 59, 2021.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.:

- “La Declaración Universal de los Derechos Humanos 75 años después”, *Brief AEDTSS*, 73, 2023.

- “Descanso diario y descanso semanal en la Directiva 2003/88/CE”, *Brief AEDTSS*, 24, 2023.

- “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, 2019.

Salcedo Beltrán, M.C.:

- “Conclusiones 2022/XXII-3 del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre los derechos laborales: los incumplimientos progresan (in)adecuadamente (*Quosque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?*)”, *Revista General de Derecho Europeo* 61, 2023.

“Las guardias de disponibilidad no presencial a examen según la Carta Social Europea: la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 19 de mayo de 2021, Confederación General del Trabajo (CGT) y Confederación Francesa de Directivos-Confederación General de Ejecutivos (CFE-CGC) contra Francia”, *Revista General de Derecho Europeo* 56, 2022.

San Martín Mazzucconi, C., “Perfiles actuales del tiempo de trabajo: delimitación jurídica y perspectivas”, en “Transformaciones recientes del tiempo de trabajo”, Carolina San Martín Mazzucconi (coordinadora), DYKINSON, 2023.

Serrano Olivares, C., “La ordenación del tiempo de trabajo y el derecho al tiempo. Reflexiones sobre algunas desigualdades en el uso del tiempo de trabajo”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 9, 2023.

Soriano Cortés, D., “Derecho a la Desconexión Digital de las personas trabajadoras”, en, AAVV., “La garantía de los Derechos Digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo” (López Ahumada, J. E., Dir.), Aranzadi, 2023.

Terradillos Ormaetxea, E.:

- “La proyección del Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización 2020 y la Recomendación del Parlamento europeo en relación con una propuesta de Directiva sobre desconexión digital, en la negociación colectiva del sector público y en la elaboración de un protocolo sobre desconexión

digital”, en La negociación colectiva en el sector público, Ángela Martín-Pozuelo López (dir.), Adrián Todolí Signes (dir.), 2023.

- “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”, Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, ISSN 1575-7048, N^o 42, 2019.

- “Los derechos sociales en el contexto supranacional. Especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJE y del TEDH”, Revista de Derecho Social, n^o 52, 2010.

- “Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 92/2011.

Trujillo Pons, “Las personas trabajadoras que ocupan puestos directivos y su derecho a la desconexión digital en el trabajo”, IUSLabor 1/2022.

Velasco Portero, Teresa, «Derecho a la desconexión digital», Temas Laborales n^o 168, 2023.

Vicente Andrés, R., “La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea del derecho a las vacaciones anuales remuneradas y su eventual prescripción”, Revista Aranzadi Unión Europea, 1/2023.

Vila Tierno, F.:

- “Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales”, Revista jurídica de Derechos Sociales, vol. 13, n^o 1, 2023.

- “¿Debe considerarse el tiempo de espera como de trabajo?”, Revista de Jurisprudencia Laboral, 2 2023.

VV.AA., Antal, M., Lehmann, B, Guimaraes, T., Halmos, A, Lucács, B., “¿Queremos trabajar menos horas? Revisión sistemática de los resultados y preferencias de tiempo de trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 143, n^o 1, 2024.

VV.AA., Monereo Pérez, J.L. y Velasco Fernández, D., “El descanso diario y el descanso semanal son dos derechos sociales autónomos con objetivos distintos. incidencia en el ordenamiento jurídico español”, La Ley Unión Europea, n^o. 114, 2023.

VV.AA., Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I., Sempere Navarro, A.V., *La reordenación del tiempo de trabajo*, BOE, Vol. 1, 2022.

VV.AA., Monereo Pérez, J.L. y Muros Polo, A., “De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”, La Ley Unión Europea, n^o. 98, 2021.

VV.AA., Alfonso Mellado, C. y Peña Obiol, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Tirant lo Blanch n^o 30, 1996.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA:

**CONCILIACIÓN DEL TRABAJO Y VIDA PERSONAL
Y FAMILIAR**

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ
Prof.^a. TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba
dtlrocom@uco.es
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9604-9030>

SUMARIO:

1. REFLEXIONES PREVIAS (Y NECESARIAS)
2. MEDIDAS PARA LA MEJOR GESTIÓN DE LOS TIEMPOS DE TRABAJO: LAS HERRAMIENTAS INDISPENSABLES PARA LA CONCILIACIÓN
3. MARCO JURÍDICO VIGENTE: RECORDATORIO A LAS MODIFICACIONES MÁS RECIENTES
4. BIBLIOGRAFÍA

EXTRACTO

Desde hace más de dos décadas, la “cuestión conciliatoria” se ha convertido en nuestro país en una de las parcelas que ha suscitado más interés desde la perspectiva social, laboral, económica y, por supuesto, jurídica. Hemos podido comprobar cómo las tradicionales técnicas vinculadas a los derechos de ausencia y/o la reducción del tiempo de trabajo no han logrado los fines pretendidos, ahondado, en no pocas ocasiones, en la desprofesionalización de quien las asume, sobre todo mujeres. Éstas se incorporan al mercado laboral pero al mismo tiempo siguen asumiendo los roles tradicionales de cuidado de la familia, ya que las pautas de reparto de responsabilidades domésticas y familiares siguen, en gran medida, manteniéndose socialmente. Las políticas de conciliación tienen que servir para contrarrestar la desventajosa situación de las mujeres en el mercado de trabajo, así como los efectos nocivos derivados de la perpetuación de los roles de cuidado. Indudablemente, deben enfocarse a dar una respuesta adecuada a la situación de doble atención a las responsabilidades familiares y a las del trabajo fuera del entorno doméstico, en fomento de unas relaciones laborales más igualitarias y en pro de la aplicación efectiva del principio de no discriminación. Lamentablemente, a pesar de que la sensibilidad científica y social ha aumentado considerablemente en los últimos años, todavía no se han abordado todos los frentes del problema. Como se dice, a semejanza de un iceberg, sólo se conoce la punta. Sin duda, el tiempo de trabajo debería adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores, siendo obligación de las empresas la concienciación y la efectiva articulación de mecanismos que faciliten la aplicación del marco jurídico existente. En línea similar, resulta primordial la labor de los poderes públicos en el diseño e implementación de políticas adecuadas en apoyo al reparto real de tareas y al ejercicio corresponsable.

1. REFLEXIONES PREVIAS (Y NECESARIAS)

El análisis jurídico de las medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral no es baladí. Estará el lector de acuerdo conmigo en que es una tarea cada vez más compleja, exigente de un esfuerzo intenso y de un trabajo ímprobo. Y digo esto porque no resulta fácil abordar un tema hartamente tratado en los últimos tiempos por la doctrina judicial y científica; puede dar la sensación de que queda poco por decir, pues, desde muchas perspectivas, y entre ellas la jurídica, la esencia ha sido ya estudiada y analizada minuciosamente, y con conocimiento de causa, por los investigadores más autorizados y han sido los jueces y tribunales los que, en numerosas ocasiones, han contribuido con sus pronunciamientos, mediante su labor hermeneútica, a esclarecer las dudas que han podido suscitarse en la aplicación de la normativa aplicable a esta parcela. No obstante, y sin obviar esta circunstancia, nos posicionamos ante un ámbito apasionante, que nos invita y anima a continuar reflexionando sobre una materia que, siendo tradicional, es también novedosa por sus numerosas aristas y, cuanto menos, de interés actual desde la doble perspectiva teórico-práctica.

Los profundos cambios que afectan al mercado de trabajo han otorgado un renovado protagonismo a antiguos problemas, sacando a la luz nuevas necesidades sociales sobre las que se reclaman respuestas innovadoras, transformaciones profundas aún pendientes. Pensemos que, durante mucho tiempo, las disposiciones legales garantes de la familia han confundido las medidas protectoras del proceso biológico con las relativas a unas muy limitadas responsabilidades familiares derivadas del nacimiento de un hijo. La aprobación

de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras, supuso un punto de inflexión en la normativa existente, en la intención de que no existiera divorcio en el binomio trabajo- familia. Igualmente, en esta línea de necesidad de nuevos cambios, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres se convierte en novedosa desde el punto de vista de la conciliación por las modificaciones de importantes instituciones jurídicas que pretenden favorecer que ambos sexos asuman obligaciones familiares¹ incorporando novedades que ya se habían recogido en la negociación colectiva. A pesar de los avances, todavía existe insatisfacción social, constatándose que con las medidas actualmente existentes no es posible conciliar.

Si bien este estudio tiene por objeto el repaso, a raíz de las modificaciones legislativas más recientes, del marco normativo vigente sobre el binomio tiempo de trabajo-conciliación, y de las aportaciones realizadas por la doctrina judicial y científica, consideramos imprescindible destacar, a modo de antesala, ciertas cuestiones, especialmente interesantes bajo nuestro punto de vista. Hagamos, a modo de preliminar, algunas consideraciones.

***Sobre las fórmulas flexibles**

Desde la Unión Europea se viene abogando por las fórmulas de trabajo flexible como la mejor alternativa para conseguir un verdadero avance en los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, pero con un requisito *sine qua non*: siempre que éstas se vigilen y promuevan bajo el prisma del reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales entre ambos progenitores, esto es, la corresponsabilidad. Otras formas de prestación de servicios ya conocidas, como el trabajo a tiempo parcial y, más recientemente, el trabajo a distancia o teletrabajo, se han revelado poco eficaces en este ámbito. En el caso del primero, las discriminaciones indirectas por razón de sexo inciden sobre las trabajadoras a tiempo parcial porque sufren las consecuencias de unos sistemas de protección social que les perjudican por ejercer sus derechos de conciliación²; sin pretender entrar en el fondo del asunto, a día de hoy, el trabajo a tiempo parcial continúa siendo una fuente de discriminación indirecta por razón de sexo, lo que, a su vez, agrava los problemas de conciliación y dificulta una verdadera corresponsabilidad. Con respecto al teletrabajo, desde los primeros intentos de la instrumentalización del mismo en aras de la compatibilidad de la vida laboral y familiar, se ha observado que propicia el efecto contrario para la trabajadora –el sesgo de género es prácticamente uniforme–, al suponer una fuerte atadura al rol social de cuidadora. Si bien nos encontramos ante una nueva forma de trabajar que se caracteriza por su flexibilidad y mayor capacidad de adaptación a las circunstancias personales de las personas trabajadoras, los desafíos principales que plantea el teletrabajo, esto es, por un lado, constituir un instrumento eficaz para ejercer los derechos de conciliación (aunque, claramente, el objetivo “conciliatorio” no sea no

¹ De acuerdo con los datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en 2023, el 84% de las demandas de excedencias del trabajo por cuidados a familiares las solicitaron las mujeres. En 2022, este dato era del 70%, por lo que se hace patente su crecimiento en este último año. En concreto, los datos reflejan que las madres se acogen a más días de permisos que los padres (un 38% de los trabajadores así lo indican). Existe un 4% que afirma lo contrario, un porcentaje pequeño, pero latente en las edades más jóvenes de entre 16 y 24 años. Ante este contexto, no es de extrañar que, dentro de la población española ocupada, las medidas de conciliación sean las más exigidas por ellas, tal y como reconocen las empresas. Una gran mayoría de mujeres demanda medidas como la jornada reducida (41% de las mujeres vs. 2% de los hombres), la zona de guardería o de lactancia (39% de las mujeres vs. 3% de los hombres), o las excedencias por el cuidado de un familiar (33% de las mujeres vs. 2% de los hombres). En definitiva, y aunque existe una ligera tendencia al alza por parte de ambos sexos, continúa persistiendo un claro patrón de demanda femenina.

² En este sentido, Rodríguez Rodríguez, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11(1)/2021, p. 71. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5470>.

sea el principal del legislador) y, simultáneamente, en estrecha relación, garantizar un derecho al descanso de calidad, no se han logrado aún. Desgraciadamente, en lugar de suponer un avance hacia la igualdad de oportunidades, las TICs y el teletrabajo se han revelado como nuevas formas de segregación ocupacional, que poco o nada fomentan la corresponsabilidad, máxime si tenemos en cuenta que su uso hace que resulte cada vez más difícil delimitar tiempo de descanso y de trabajo, lo que redundará en claro perjuicio de las mujeres.

***Sobre las políticas públicas**

Bajo este panorama, es esencial el papel de las Administraciones Públicas en el fomento de la corresponsabilidad mediante el diseño e implementación de medidas que, además de facilitar la interrupción de la prestación laboral con el objeto de poder atender a las exigencias familiares, incidan sobre aspectos distintos a dicha interrupción, como pueden ser las derivadas de la compensación de los gastos derivadas de las necesidades de conciliación. No basta con promover la corresponsabilidad en el interior de las familias, es imprescindible que el Estado se haga corresponsable³. Esto implica, necesariamente, no sólo el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social adecuadas ante ausencias por motivos de conciliación sino, más importante, la articulación de una red pública de cuidados que sostenga una parte importante de esas tareas con todas las garantías para quienes cuidan (con medidas públicas que garanticen la dignidad del trabajo) y para los que son cuidados (calidad de los servicios prestados)⁴.

En su mayoría, las medidas adoptadas desde las administraciones autonómicas son de corte muy conservador, orientadas a proporcionar recursos puntuales, ya sean económicos o humanos para hacer frente a las necesidades de conciliación; no obstante, no podemos obviar que existen iniciativas que pretenden impulsar una mayor asunción por parte de los hombres de labores de cuidado⁵.

Pensemos que, ante la insuficiencia de recursos estatales idóneos, son las mujeres las que asumen la responsabilidad de los cuidados, teniendo por ello peores trayectorias laborales que los hombres; del mismo modo, y como efecto difícilmente evitable, las carencias de los servicios públicos de atención a la dependencia acaban siendo suplidas por los cuidados de mujeres ajenas al ámbito familiar, contratadas en precario o prestando sus servicios al margen de toda regulación, en claro perjuicio de un sector tan feminizado como el empleo doméstico. Para atenuar esta realidad, el pasado 29 de abril de 2024 la Conferencia Sectorial de Igualdad aprobó el Acuerdo por el que se fijan los criterios de distribución del crédito destinado en el año 2024 al desarrollo del “Plan

³ De nuevo, Rodríguez Rodríguez, E., “De la conciliación...”, *op. cit.*, p. 74.

⁴ Tenemos muestras de este compromiso público en otros países; valga el ejemplo de Suecia. En el estudio de Vicente Vicente, M.J., “Las políticas de empleo y de conciliación laboral y familiar en el paradigma sueco”. Cuadernos de Gobierno y Administración Pública, pp. 25 a 34, <https://dx.doi.org/10.5209/cgap.76195>, se describen y analizan las políticas que han servido de apoyo a la conciliación laboral y familiar en Suecia, además de cómo se ha ido avanzando hasta el momento actual de reconocimiento del permiso parental, el derecho a la pensión alimentaria y la especial consideración a la monoparentalidad, trazando, así, diferencias sustanciales con otros países de Europa.

⁵ Muy interesante el estudio de Nieto Rojas, P., “Políticas de las comunidades autónomas para la conciliación de la vida laboral y familiar. el papel de las administraciones públicas en el fomento de la corresponsabilidad”, en Revista Derecho Social y Empresa. Políticas públicas de empleo y cuidados, nº 20/2024, 2024, que describe las distintas políticas llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas, de tipo económico- ayudas directas, subvenciones o deducciones fiscales- o de contratación de personal, dedicando un apartado al análisis de las labores de cuidado y sus efectos en las trayectorias laborales de las mujeres. En este sentido, resalta la medida contenida en la legislación gallega que contempla una ayuda económica solamente dirigida a los hombres por la reducción de jornada en el supuesto de familias no monoparentales.

Corresponsables”⁶. Esta política pública se inició por primera vez en el año 2021 y, como en su texto se establece, tiene por objeto “iniciar el camino hacia la garantía del cuidado como un derecho en España desde la óptica de la igualdad entre mujeres y hombres y desde un enfoque de garantía de derechos universales”, al margen de la condición laboral de las personas beneficiarias.

En este orden, una de las cuestiones candentes gira en torno a las prestaciones de apoyo a la conciliación, que deberían constituirse en pilar fundamental, posicionándose como herramientas para avanzar en la igualdad de oportunidades en el empleo, rompiendo con los roles y estereotipos tradicionales de género, y cubriendo las necesidades de atención y cuidados⁷. Estudios comparados⁸ ponen de manifiesto los efectos de estas prestaciones, diferenciando entre las que pretenden compensar la reducción en la dedicación laboral (permisos de maternidad, paternidad y excedencias, fundamentalmente) y las prestaciones orientadas a facilitar la contratación de cuidados externos (en centros de atención infantil, bien por parte de profesionales o cuidadores/as a domicilio). Es especialmente interesante el análisis sobre el impacto en la brecha salarial, al identificar tres aspectos que afectan a los salarios de las mujeres y que son producto de las medidas de conciliación. Por una parte, los costes que las políticas de conciliación comportan para las empresas se traducen en una penalización salarial para aquellas, debido a que los empleadores les podrían trasladar dichos costes en forma de salarios relativamente más bajos. Por otra, la posibilidad de ejercicio de los derechos de conciliación lleva en muchos casos a los empleadores a creer que las madres-trabajadoras pueden resultar menos productivas, menos fiables y más costosas que otros empleados. Como tercer factor a tener en cuenta, no podemos obviar que las prestaciones de conciliación relacionadas con los derechos de ausencia y, en particular, con los permisos de larga duración, podrían generar efectos negativos en el perfil profesional de las beneficiarias (menos experiencia laboral, deterioro de las habilidades vinculadas al puesto de trabajo, etc.), empeorando su posición en un mercado laboral cada vez más exigente y cambiante, o incluso disminuyendo gravemente las posibilidades reales de acceder al mismo.

***Sobre los derechos de las familias monoparentales**

Al hilo de estas cuestiones, surge otra conexas y de actualidad a la que debemos, por su evidente repercusión en el colectivo femenino, al menos aludir, pues exige una llamada de atención al poder público, en este caso al legislativo. Nos referimos a la prestación por nacimiento y cuidado de menor de las familias monoparentales. Hasta la fecha, tratando de unificar doctrina⁹, el Tribunal Supremo se ha decantado por desestimar las solicitudes

⁶ Resolución de 10 de mayo de 2024, de la Secretaría de Estado de Igualdad y para la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de 29 de abril de 2024, por el que se fijan los criterios de distribución a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, así como la distribución resultante, del crédito destinado en el año 2024 al desarrollo del Plan Corresponsables (BOE de 17 de mayo de 2024). Sus objetivos son favorecer la conciliación de las familias con hijos/as de hasta dieciséis años; crear empleo de calidad en el sector de los cuidados, aspirando a la dignificación y reconocimiento de la experiencia profesional del cuidado no formal y sensibilizar, formando, al conjunto de la sociedad, particularmente a los hombres en materia de corresponsabilidad con el fin de impulsar modelos de masculinidades corresponsables e igualitarias.

⁷ No podemos obviar que, en nuestro país, las políticas de conciliación, redactadas a partir de una titularidad neutra, han contribuido a perpetuar la tradicional asignación de roles, recayendo el peso de la labor de crianza y cuidados, de manera desproporcionada, en las mujeres.

⁸ Véase, Domínguez-Olabide, P., “Prestaciones para la conciliación de la vida laboral y familiar: una revisión de su diseño e impacto en los países de la OCDE”. *SIS Servicio de Información e Investigación Social*. Maiatza-mayo, 2021, pp. 33 a 54. <https://doi.org/10.5569/1134-7147.74.02>

⁹ Sobre las sentencias -de Juzgados de lo Social y de Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas- que conceden, o no, la ampliación del permiso a las madres de familias monoparentales, véase Ballester Pastor, I., “Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega”. *Revista de Jurisprudencia Laboral* 8/2022. La autora,

de reconocimiento de una nueva prestación distinta a la ya reconocida y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor, esto es, la Jurisprudencia reciente niega la acumulación de prestaciones por tratarse de una familia monoparental. En este sentido, reiterando la línea mayoritaria, se pronuncia la STS 897/2024 de 6 de junio¹⁰, para la unificación de doctrina, con cita de pronunciamientos anteriores en el mismo sentido¹¹. El Tribunal expone claramente cómo conceder la pretensión de las familias monoparentales, implicaría consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo vigente¹²; como se refleja en la sentencia, sin duda, una intervención de tal envergadura dista mucho de la encomienda de jueces y tribunales, que tienen como función la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho, que sólo corresponde al legislador; es éste el que, si lo considerase, podría llevar a cabo la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social, así como la modificación de la organización de la suspensión del contrato de trabajo.

No obstante, el pasado mes junio de 2024, el Tribunal Constitucional (TC) admitió los recursos de amparo de varias socias de la organización “Madres Solteras por Elección” (MSPE), que persiguen que las familias monoparentales puedan disfrutar de las mismas semanas de permiso por nacimiento, acogida o adopción que las familias biparentales¹³. Este futuro pronunciamiento del TC se suma a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Auto de 10

comentando la STSJ de Castilla y León (Burgos) 541/2022, de 21 de julio (nº rec. 446/2022), que reconoce el derecho de una familia monoparental a un permiso por nacimiento de 26 semanas, nos explica cómo los pronunciamientos siguen dos líneas argumentales principales que justifican la concesión o la denegación de la ampliación del permiso solicitada. La línea de la que fuera pionera la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) de 6 de octubre de 2020, nº recurso 941/2020, que marca el camino de muchas que vienen después, entre las que se encuentra la comentada, y la línea que aboga por la solución contraria, sustentada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 19 de octubre de 2021, nº recurso 1563/2021. Según Ballester, “mientras que las Sentencias que otorgan el permiso por nacimiento y cuidado de hijos solventan la laguna legal acudiendo a la necesidad de cumplir el tenor de los Tratados y normas internacionales a los que las normas estatales quedan sometidas, entendiendo que los Tribunales deben satisfacer el interés del menor en la aplicación de las normas, concluyendo, también, que existe un trato discriminatorio entre los menores nacidos en familias monoparentales y biparentales, las Sentencias que niegan el derecho al permiso por nacimiento y cuidado de hijos atienden a razones que tienen que ver con la estricta literalidad de la norma y afectan a la configuración de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos como una prestación contributiva, a la que se accede tras el cumplimiento de estrictas condiciones de afiliación, alta y cotización, que han de respetarse por cada causante para resultar beneficiario”.

¹⁰ Nº rec. 2301/2023.

¹¹ Como ejemplo, si bien con voto particular muy interesante, véase STS 169/2023, de 2 de marzo, recurso 3972/2020, comentada por Rojo Torrecilla, E., “¿Miedo escénico o precaución jurídica en el TS? A propósito de la sentencia de 2 de marzo de 2023 sobre la duración de los periodos de descanso en los permisos por nacimiento para familias monoparentales”, en su Blog “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/03/miedo-escenico-o-precaucion-juridica-en.html>.

También, STS 434/2023, de 14 de junio, recurso núm. 1642/2022, así como después otras muchas en línea similar, como las SSTs núm. 1296, 1297 y 1299, todas de 21 de diciembre (reud. 5608/2022, 5678/2022 y 257/2023, respectivamente), o las núm. 325/2024 y 326/2024, ambas de 21 de febrero (reud. 1408/2023 y 1598/2023, respectivamente).

¹² Expone el Supremo que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, debería modificarse el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría, sin duda, a la organización empresarial.

¹³ La estrategia jurídica de las tres madres que han llevado este asunto al Constitucional ha estado diseñada por el área de Derechos fundamentales del bufete EJASO, liderada por M.E. Casas Baamonde. La admisión a trámite de estos casos tiene especial relevancia, si se tiene en cuenta que más del 75% de los recursos de amparo son inadmitidos por el Tribunal Constitucional, ya sea por defectos de forma, por inexistencia de lesión del derecho fundamental alegada o por falta de trascendencia constitucional.

de febrero de 2023) sobre este mismo asunto¹⁴, según la cual el Alto Tribunal deberá, por tanto, pronunciarse sobre si la legislación española concurre en un trato discriminatorio hacia el menor de la familia monoparental, ya que su necesidad de atención y cuidado no varía en función del modelo familiar. Lo que finalmente determine el TC ante este recurso recién admitido cobra una importancia añadida después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en sentencia de 16 de mayo de 2024¹⁵, se pronunciase directamente sobre esta materia, evitando entrar en el fondo de la cuestión y dando, por tanto, margen a España para que decida qué hacer al respecto.

Más recientemente, el Tribunal Supremo (Sala de lo C-A), en sentencia de 15 de octubre de 2024¹⁶, reconoce el derecho de las familias monoparentales a extender de 16 a 26 semanas el permiso de maternidad para evitar la discriminación de los menores recién nacidos. El Tribunal establece que ésta es la interpretación que debe darse al permiso regulado en el artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público¹⁷. La sentencia explica que “el tipo de familia no puede, por tanto, determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar (que establece el artículo 68 del Código Civil) por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas”.

***Sobre la actuación de los negociadores y, en especial, de las empresas**

Dejando sentadas estas cuestiones que atañen directamente a las políticas públicas, no podemos dejar de hacer repaso a las que podríamos llamar “políticas privadas”, esto es, las actuaciones llevadas a cabo desde la empresa ya sean o no fruto de acuerdos negociados individual o colectivamente.

¹⁴ Auto dictado por el Pleno de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (21 miembros) el 10 de octubre, del que ha sido ponente la magistrada Sara M^a Pose, en el que se acuerda plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 48, apartados 4, 5 y 6 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en relación con el art. 177 de la Ley General de Seguridad Social, “habida cuenta de su eventual oposición con los arts. 14 y 39, apartados 1,2, y 4 CE, art. 10.1 de la Constitución en relación con los arts. 3.1 de la Convención sobre derechos del niño, art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y art. 2.4^o LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la eventual oposición con el art. 14 CE en relación con el art. 6 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”. Véase el excelente comentario de Rojo Torrecilla, E., “El TSJ de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre la duración del permiso por nacimiento de menor para familias monoparentales. Notas al auto de 10 de octubre de 2023 (y recordatorio de sus orígenes)” en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/10/el-tsj-de-cataluna-plantea-cuestion-de.html>

¹⁵ La sentencia del TJUE de 16 de mayo de 2024, C- 673/2022, ha declarado inadmisibile la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla que preguntaba sobre si la legislación española en materia de Seguridad Social, en lo que respecta a las familias monoparentales y el permiso de maternidad, se ajustaba a la Directiva 2019/1158. El TJUE señala que el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 no se refiere al permiso de maternidad y, por tanto, no regula la cuestión de la ampliación de este permiso en los casos específicos de que una madre forme con su hijo una familia monoparental.

¹⁶ N^o rec. 5372/2022.

¹⁷ La Sala estima el recurso de una profesora a la que la Dirección Provincial de Educación de Valladolid rechazó su solicitud para ampliar el permiso de maternidad de 16 a 24 semanas por tratarse de una familia monoparental. Un juzgado de lo Contencioso-Administrativo le dio la razón a la madre al entender que aplicar la normativa vigente a un único modelo de familia biparental era claramente discriminatorio. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León anuló la sentencia de instancia y confirmó la resolución administrativa. Para la Sala, se trata de “una discriminación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que dispensan con su presencia constante alguno de sus progenitores. Ni que decir tiene que la diferencia temporal en el número de semanas no es baladí cuando se trata de protección y atención a esa edad tan temprana”. En consecuencia, la interpretación que hace del artículo 49 del TRLEBEP es la que “resulta conforme con la Constitución, en concreto los artículos 14 y 39, y el resto del ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor, mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento”.

Con respecto a estos últimos, es la negociación colectiva la que abre otro frente de análisis pues, a pesar de los avances, hay todavía mucho que hacer. Resulta esencial, aunque queda al margen del objeto de este trabajo, el análisis y seguimiento de la influencia del tiempo de trabajo en la conciliación de la vida familiar y laboral desde las medidas negociadas entre empresarios y trabajadores, pues consideramos que los sujetos que conocen las condiciones y características del ámbito en el que se prestan servicios son los más indicados para autonormarse. Actualmente, los convenios colectivos no atienden necesariamente a la totalidad de los permisos regulados legalmente (en parte tiene su lógica, pues los negociadores no están obligados a ello); suelen centrarse en los permisos de corta duración, ampliando los días contemplados en la norma, flexibilizando los requisitos para su ejercicio, previendo la posibilidad de acumulación y, en ocasiones, creando nueva causas de interrupción de la prestación laboral. En determinados casos, se limitan a ejecutar la remisión normativa mientras que, en otros, precisan aspectos no especificados en la misma¹⁸.

Como último apunte a estas reflexiones, si la pretensión es que la conciliación sirva como estrategia para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el papel de las empresas resulta esencial. Dos deben ser los puntos de partida: el primero, las medidas implementadas por las mismas no pueden ir dirigidas exclusivamente a las mujeres, sino que se han de hacer extensibles a mujeres y hombres, en claro fomento de la corresponsabilidad¹⁹. El objetivo es que los hombres se responsabilicen de las tareas domésticas, del cuidado y atención de hijas e hijos, ascendientes u otras personas dependientes y, por tanto, se acojan a las medidas de conciliación en la misma medida que las mujeres. Pensemos que, si bien la conciliación es un derecho, la corresponsabilidad se convierte en un deber que implica a familias, empresas y gobiernos. El segundo punto de partida es que las medidas de conciliación tienen que hacerse extensibles a cualquier persona que trabaje en la empresa, independientemente de su situación personal; esto supone que tanto mujeres como hombres puedan dedicar su tiempo tanto al trabajo remunerado como al personal y doméstico y disponer de tiempo propio, sin que deban dirigirse exclusivamente a las personas que tienen responsabilidades familiares o están a cargo del cuidado de dependientes²⁰.

Merece la pena traer ahora a colación, por su interés práctico, el documento sobre buenas prácticas elaborado por la Red de Empresas con distintivo “Igualdad

¹⁸ Al respecto, interesante el resumen, con referencias a convenios, sobre las aportaciones de la negociación colectiva de Barcelón Cobedo, S., “Adaptación de jornadas, reducciones y permisos en el RD-Ley5/2023”. *Temas Laborales*, 171/2024. CARL, pp.131 a 135. La autora resalta dos ideas concurrentes: de una parte, la habitual igualación de todos estos permisos en relación con las parejas de hecho, algo que la ley ya hace por lo que, como ella misma indica, es hoy innecesario; de otra parte, la también frecuente referencia, salvo alguna excepción aislada, a que los días de permiso son hábiles o laborales, cuestión sobre la que existe jurisprudencia consolidada.

¹⁹ Muy interesante el Proyecto Europeo Men in Care (MiC), coordinado por el Departamento de Sociología II de la UNED y cofinanciado por la Comisión Europea. Organizaciones de siete países participan en él con el objetivo de involucrar a trabajadores, sindicatos, empleadores y familias en la identificación y el intercambio de mejores prácticas para lograr un equilibrio entre el trabajo y la vida de los empleados. El objetivo principal es promover que los hombres asuman roles de cuidado y que se vuelvan más activos en el cuidado de niños, ancianos, parejas, compañeros de trabajo y amigos, contribuyendo a reducir las barreras que se lo impiden. <https://www.men-in-care.eu/>

²⁰ Las medidas de conciliación de la vida laboral y personal se encuadran también dentro de lo que se conoce como “salario emocional”, que se puede definir como la retribución no monetaria que ofrece la empresa al personal empleado. Entre los conceptos que incluye el salario emocional están las oportunidades de desarrollo, el bienestar psicológico y el balance de vida. Es decir, asegurar que el personal se encuentra en un entorno laboral seguro, con reconocimiento y oportunidades profesionales pudiendo disfrutar de todas las facetas de la vida (trabajo, ocio, familia, etc.).

en la Empresa” Red Die²¹, sobre las medidas de conciliación que predominan en las empresas según su tamaño y el sector al que pertenecen. Se pueden extraer interesantes conclusiones; nos llama la atención que la mayor o menor presencia de mujeres y hombres, determina algunas políticas relativas a las mejoras de los permisos. Así, por ejemplo, el estudio señala que las empresas de los sectores con menos presencia femenina (como el tecnológico y energético) que tienen entre sus medidas más implementadas las mejoras en los permisos legales, coinciden en mejorar el permiso de paternidad antes que el de maternidad y lactancia o la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de personas dependientes. Por contra, los sectores agroalimentario y de banca/finanzas/seguros, que cuentan con mayor presencia femenina, adoptan en mayor medida la mejora en los permisos de maternidad y lactancia. Las empresas ofrecen propuestas para la conciliación en función de la estructura de su propia plantilla, lo que prueba que el fomento de la corresponsabilidad no se encuentra entre las medidas más aplicadas; es, sin lugar a duda, otra de las asignaturas pendientes.

2. MEDIDAS PARA LA MEJOR GESTIÓN DE LOS TIEMPOS DE TRABAJO: LAS HERRAMIENTAS INDISPENSABLES PARA LA CONCILIACIÓN

En junio de 2023 se llevó a cabo, con cierto retraso²², la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores²³. No olvidemos que esta Directiva tiene fuertes cimientos en la igualdad de género y el equilibrio entre vida familiar y vida profesional, que se reafirman en los principios 2 y 9 del pilar europeo de derechos sociales, fruto de la evolución de la propia Unión Europea en el contenido y alcance de los derechos de conciliación²⁴, y va más allá del establecimiento de permisos, otorgando una relevancia especial a la adaptación de condiciones de trabajo e introduciendo con rotundidad la dimensión de la

²¹ Buenas prácticas de conciliación y corresponsabilidad en las empresas de la Red con distintivo “Igualdad en la Empresa” (Red DIE). Análisis sectorial y por tamaño de empresa. Gobierno de España. Colección Economía, Mujer, Empresa.

En el estudio se pone de manifiesto que los sectores que tienen más medidas implementadas: energético, banca/finanzas/seguros y comercio y transporte, son los sectores que a su vez, hay un absoluto predominio de la gran empresa (97%). En cuanto a la mayor o menor presencia de mujeres, mientras que el sector energético y el de comercio y transportes cuentan con una menor representación femenina (34% y 44%), el sector financiero y asegurador cuenta con una mayor presencia femenina (55%). Los sectores que menos medidas implementan (Servicios sanitarios, servicios a empresas y tercer sector) son sectores en los que predomina la mediana y pequeña empresa (63% de medianas y pequeñas empresas). En todos estos sectores es mayoritaria la presencia femenina (62%, 53% y 70%, respectivamente).

²² El plazo de transposición de la misma venció el pasado 1 de agosto de 2022, habiéndose recibido carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2022, además del dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición con fecha 19 de abril de 2023.

²³ Esta directiva enlaza con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y con la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Por ende, va más allá del establecimiento de permisos, otorgando una relevancia especial a la adaptación de condiciones de trabajo e introduciendo con rotundidad la dimensión de la corresponsabilidad.

²⁴ Es la tercera de las directivas sobre esta materia. Recordemos que su antecedente remoto fue la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la Unión de las Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europa (UNICE), el Centro Europeo de la Empresa Pública (EEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES), una directiva sobre permisos parentales que se basaba tan solo en la configuración de derechos de ausencia de las personas con responsabilidades de cuidado, sin reflejar las consecuencias de género de las cuestiones de cuidado ni, en consecuencia, prever medios efectivos para promover la corresponsabilidad.

corresponsabilidad²⁵. Mediante el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la citada Directiva²⁶ que, haciéndose eco del espíritu de la misma, incluye la modificación del concepto de discriminación, la regulación de nuevos permisos y la adaptación de jornada y horario.

Esta nueva normativa nace con la vocación de enriquecer las mejoras y aportaciones del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, yendo más allá de las cuestiones de la doble jornada femenina o los largos permisos en favor de las fórmulas de trabajo flexible y acotamiento de las ausencias laborales, aspectos claves que permiten avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral mediante el reconocimiento de la conciliación de intereses como parte del elenco de derechos de toda persona trabajadora, dando respuesta a una realidad social innegable. Nuestra legislación se adecúa e incluso, en algunos aspectos, mejora sustancialmente lo dispuesto en la Directiva de conciliación, particularmente tras la aprobación del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo; no obstante, resultaban necesarias algunas modificaciones para la adaptación plena, fundamentalmente en lo que se refiere al permiso parental.

Dedicaremos estas líneas a resumir y analizar las novedades que afectan el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), dejando constancia de que también quedan modificados el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) con cambios en el régimen de permisos, a fin de acomodar el permiso por accidente o enfermedad grave (artículo 48.a) a lo dispuesto en la Directiva 2019/1158, y en los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para garantizar su coherencia con las modificaciones planteadas en los artículos 53.4 y 55.5 del ET. Éstos incluyen entre las causas de nulidad las relacionadas con el disfrute de todos los derechos de conciliación, recogiendo como tal el despido de las personas trabajadoras que estén disfrutando, o hayan solicitado, o estén disfrutando, de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 ET; queda así subsanado así el olvido del RD-Ley 6/2019 que generó una menor protección de esta figura en comparación con otras situaciones similares²⁷. Del mismo modo, se extiende la calificación de nulidad al nuevo permiso parental (art. 48 bis ET) y de cuidadores (37.3.b) ET). Apuntemos, como dato a tener en cuenta en relación a este último supuesto, que la entrada en vigor de Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres²⁸ ha levantado gran revuelo e incertidumbre al no incluir en su Disposición Final Novena, por la que se modifica el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, a los beneficiarios de este permiso, que habían quedado comprendidos en los supuestos de despido nulo por el Real Decreto Ley 5/2023. Desde el Ministerio de Igualdad se ha aclarado que se debe a un “error técnico”, que se subsanará tan pronto como sea posible, asegurando que ningún trabajador quedará desprotegido y afirmando que la Inspección de Trabajo y Seguridad

²⁵ Este camino se inició con la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la Asociación Europea de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME), el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE; sin embargo, es con la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, con la que, de manera contundente, la conciliación de responsabilidades pasa a un lugar central.

²⁶ La transposición de la Directiva 2019/1158/UE tenía previsto efectuarse en la Ley de familias, que se encontraba en tramitación en el Congreso por el procedimiento de urgencia; al decaer ésta, por las circunstancias políticas existentes en esos momentos (adelanto de elecciones generales a julio de 2023), el Gobierno decidió incluir en el RD-Ley 5/2023 las previsiones que, en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, contenía el proyecto de ley mencionado.

²⁷ De la Flor Fernández, ML., “La Directiva sobre conciliación y su transposición en España”. *Temas Laborales*, 168/2023, p. 66.

²⁸ BOE núm. 186 de 2 de agosto de 2024; vigencia desde 22 de agosto de 2024.

Social aplicará sus competencias con el máximo rigor para prevenir cualquier forma de discriminación laboral, a pesar del vacío legal existente.

Asimismo, teniendo en cuenta que el pasado 22 de mayo de 2024 entró en vigor el Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo que, entre otros objetivos, viene a completar la transposición de la Directiva 2019/1158, indagaremos en los cambios llevados a cabo por el mismo.

3. MARCO JURÍDICO VIGENTE: BREVE RECORDATORIO A LAS MODIFICACIONES MÁS RECIENTES

Las modificaciones incorporadas por el RD-Ley 5/2023 en el ámbito que nos ocupa responden, según establece el Preámbulo de la propia norma, a un doble propósito: de un lado, evitar la penalización o duplicación de los sistemas de protección frente a la crianza de los hijos e hijas y el cuidado de mayores y dependientes; de otro, establecer los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles.

Las principales novedades, vigentes desde el 30 de junio de 2023, conciernen al reconocimiento de la pareja de hecho, a la ampliación de la adaptación de jornada y a nuevos permisos para atender situaciones urgentes o mejoras en los permisos ya previstos para cuidadores.

En línea similar, se reconoce a los progenitores un nuevo derecho hasta que el menor cumpla ocho años: el denominado permiso parental del art. 48 bis ET. De una duración máxima de ocho semanas, este permiso queda configurado como un derecho de ausencia de titularidad individual (¿suspensión del contrato, interrupción del mismo con derecho a retribución o reducción de jornada si se disfruta de forma parcial e intermitente?), por lo que cada padre/madre tendrá derecho a disfrutarlo por un mismo sujeto causante, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, en una clara apuesta por la corresponsabilidad. La persona trabajadora podrá ejercitar este derecho con un preaviso de 10 días y no se verá limitado por el disfrute de otros derechos de conciliación. Sobre este derecho, individual e intransferible, se nos plantean muchas dudas, gran parte de ellas en torno a su retribución²⁹ que, esperamos, se resuelvan tras el esperado desarrollo reglamentario³⁰.

A grandes rasgos, todos estos cambios afectan a aspectos concretos de la regulación estatutaria. Veámoslos.

Comencemos recordando que, bajo la premisa de que las diferencias por ejercicio de derechos de conciliación pueden ser constitutivas de discriminación indirecta,

²⁹ El artículo 20.2 de la Directiva de conciliación prevé para la remuneración o prestación del permiso parental un plazo más amplio, que se extiende dos años más, hasta el 2 de agosto de 2024. En consonancia, la disposición final octava del RD-Ley 5/2023, dedicada a la incorporación del Derecho Comunitario dispone que el libro segundo transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1158 “salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental”.

³⁰ Sobre el permiso parental, véase Cordero Gordillo, V., “El nuevo permiso parental del artículo 48 bis del ET”. *Lan Harremanak*– Revista de Relaciones Laborales, nº 51/2024. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25838>; también, los comentarios de Barcelón Cobedo, S., *op. cit.*, pp.130 y 131 y De la Flor Fernández, ML., “La Directiva...”, *op. cit.*, pp.57 a 63, que afirma cómo se aborda la regulación de este permiso dejando el asunto más espinoso a una futura norma que lo desarrolle; para De la Flor, “entre las alternativas que tiene el legislador es previsible que haga uso de la cláusula pasarela y construya el permiso parental, si quiera parcialmente, a partir de los existentes en nuestro ordenamiento”. La autora diferencia entre la parte retribuida y no retribuida del permiso, identificando esta última con el permiso por cuidado del lactante, pero sobre todo con la reducción de jornada por guarda legal y con la excedencia por cuidado de hijos e hijas reguladas en los artículos 37.4 y 6 y 46.3 del ET.

queda modificada la letra c) del artículo 4.2, referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad será constitutivo de discriminación por razón de sexo, dando así cumplimiento al artículo 11 de la Directiva, que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que las personas que ejerzan sus derechos de conciliación no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio³¹.

Por otra parte, se contempla una importante ampliación del campo subjetivo de aplicación mediante la equiparación de las parejas de hecho³² y sus familiares a los matrimonios para el disfrute de los permisos previstos en los arts. 37.3.a), 37.3.b) y 37.3.b bis), esto es: permiso por matrimonio³³, permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, y permiso de dos días por fallecimiento -ampliable a dos días más si fuese necesario desplazamiento-; también se prevé esta equiparación para los casos de reducciones de jornada y excedencias por cuidado de familiares (arts. 37.6 y 46.3) ET, -levantando polémica entre la doctrina iuslaboralista por el “efecto perverso” que esta ampliación del ámbito subjetivo de aplicación puede ocasionar en la perpetuación de roles en los cuidados de larga duración³⁴- ; no se alude expresamente a los familiares en los artículos 34.8 y 37.9 ET, lo cual tiene lógica si tenemos en cuenta que tanto el derecho a la adaptación de jornada como el nuevo permiso por causa de fuerza mayor se abre a los cuidadores convivientes con o sin vínculos de parentesco, que se convierten a partir de ahora en sujetos generadores de este derecho.

3.1. Notas sobre los permisos para cuidadores y para atender situaciones urgentes

Sobre el permiso previsto en el art. 37.3.b) -cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario- además de la ampliación de los sujetos causantes del permiso, incluyendo a cualquier persona, aunque no sea pariente, siempre que conviva en el mismo domicilio que la persona trabajadora y requiera el cuidado efectivo de aquella³⁵, la novedad estriba

³¹ Esta formulación es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020).

³² Como es sabido, en nuestro ordenamiento no existe norma estatal que defina las parejas de hecho, siendo las Comunidades Autónomas las que han abordado su regulación superando este vacío normativo. El RD-Ley 5/2023 no define a las parejas de hecho, sino que se limita a reconocerlas como sujetos causantes y titulares de los derechos de conciliación en los mismos términos que el matrimonio. No olvidemos que el proyecto de Ley de Familias definía por primera vez y con carácter general en su articulado la pareja de hecho como la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, exigiéndose su acreditación mediante certificación de la inscripción en los registros específicos o en documento público. Si bien podemos considerar que la norma laboral se remite a la definición antedicha, De la Flor Fernández, ML., “La Directiva...”, *op. cit.*, advierte de la oportunidad desaprovechada por el RD-Ley 5/2023.

³³ En este supuesto, el legislador extiende el permiso de quince días por matrimonio a las parejas de hecho refiriéndose explícitamente a las “registradas”, lo que, en opinión de De la Flor, *op. cit.*, p.44 pudiera interpretarse que sólo respecto de este permiso de quince días se requiere el elemento formal frente al resto de los derechos reconocidos.

³⁴ De hecho, el anteproyecto de Ley de Familias, haciéndose eco de la doctrina, excluyó el parentesco por afinidad, salvo en los supuestos en que “no existieran familiares por consanguinidad hasta el segundo grado del sujeto causante”; las previsiones desaparecieron del proyecto Ley y, en consecuencia, tampoco se contemplaron en el RD-Ley 5/2023. (Tal vez, el legislador consideró que, con la reducción del ámbito subjetivo, los derechos podrían quedar limitados). Pensemos que se trata de derechos que se conectan con períodos de ausencia parcial o total de larga duración que disminuyen o anulan los ingresos y las expectativas profesionales de las personas que los ejercen, mayoritariamente mujeres que siguen asumiendo el cuidado de la familia, a los que se añaden los familiares de las parejas de hecho. Véase, en este sentido, De la Flor., *cit.*, p. 45 que, además, apostilla esta afirmación haciendo referencia a datos estadísticos.

³⁵ Sobre cómo han de entenderse los requisitos de “convivencia” y “cuidado efectivo”, véanse, los comentarios de Barcelón Cobedo, *op. cit.* pp.125 y 126, y De la Flor, *cit.* p. 52; en sentido similar, Maneiro Vázquez, Y., Cuida-

en el tiempo de disfrute, fijado en cinco días frente a los dos días, ampliables a otros dos más, de la antigua regulación. La modificación atiende a lo establecido en el artículo 6 de la Directiva, referido al permiso para cuidadores, si bien lo que garantiza es que cada persona trabajadora tenga derecho a disfrutar de un permiso de cinco días laborables al año en estos supuestos, siendo los Estados miembros los obligados a determinar los sujetos con derecho y las condiciones de ejercicio. En este caso, la normativa interna ha sido claramente más benévola y condescendiente para la persona trabajadora, pues los cinco días de permiso se entienden para cada situación de las descritas. Por otra parte, pensemos que a este permiso se le puede acumular el permiso por fallecimiento de dos días- ampliable a dos más-; si bien la acumulación tendría lugar sólo en los casos en los que la persona fallecida fuese el cónyuge, pareja de hecho o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (el permiso por fallecimiento no se contempla para convivientes sin relación de parentesco) y el hecho se hubiese producido al agotarse los cinco días por razón de enfermedad o accidente grave, lo que supondría que la persona trabajadora podría disfrutar de un lapso de tiempo retribuido de siete o nueve días para atender estas situaciones.

Sobre otras cuestiones, por ejemplo, acerca de la necesidad de reincorporarse al puesto de trabajo si la hospitalización termina antes de la finalización del permiso, existen precedentes judiciales que aclaran que, si el familiar vuelve a casa, pero persisten los motivos del hecho causante, puede disfrutarse de lo que resta del permiso³⁶. Con respecto a la duda de si se tiene derecho a distintos permisos en el caso de que haya varias hospitalizaciones por la misma enfermedad, la respuesta es discutible, ya que el ET no lo aclara y no existe una jurisprudencia consolidada. No obstante, parece lógico que, si el trabajador ya ha disfrutado del permiso con anterioridad y vuelven a ingresar a un familiar por las mismas dolencias, sí puede tener derecho a un nuevo permiso. Cada hospitalización, aunque sea por la misma enfermedad, supone un hecho causante diferente, por lo que debe dar derecho a permisos sucesivos.

En relación con el carácter -natural o hábil- de estos días de permiso, resulta interesante traer a colación la SAN 9/2024, de 25 de enero de 2024, que se pronuncia por primera vez acerca de la ampliación del número de días del permiso del artículo 37.3 b) contemplada en el Real Decreto-ley 5/2023. Y lo hace sobre el convenio colectivo de *contact-center*³⁷, decretando que estos días han de ser laborables, en contra de lo firmado en su día en el convenio, anterior al RD-ley, que los estipulaba como naturales³⁸. El Tribunal sentencia

dores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158. Bomarzo 2023, pág. 123.

³⁶ Como ejemplo, SAN 69/2017, 12 de mayo de 2017, nº rec. 114/2017. Según se argumenta en la misma, dado que el alta hospitalaria no suele ir acompañada de alta médica, sino que va seguida de un periodo de reposo, que si es domiciliario de por sí constituye causa independiente del permiso retribuido, hay que presumir la persistencia de los requisitos del permiso (gravedad/reposo domiciliario).

³⁷ Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center*. BOE nº 137, de 9 de junio de 2023.

³⁸ El artículo 30 del Convenio, dedicado a los permisos retribuidos, establecía que “el personal, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a retribución, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente”: En letra b) de su apartado 1º reconocía: “Tres días naturales en caso de accidente, enfermedad grave sin hospitalización u hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de pariente hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que serán disfrutados de forma continuada dentro de los diez días naturales, contados a partir del primer día laborable para la persona trabajadora en que se produzca el hecho causante, inclusive”. En letra d) de su apartado 1º reconocía: “Dos días naturales en caso de fallecimiento, de pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; contados a partir del primer día laborable para la persona trabajadora en que se produzca el hecho causante”.

Los sindicatos demandantes, USO, CGT, CCOO y UGT sostenían que la concreción de la naturaleza de los días de los permisos previstos en las letras b) y d) del artículo 30.1 del III Convenio colectivo como días naturales, constituía una vulneración de la legalidad vigente.

de manera clara su naturaleza hábil pues si bien, como aclara, el artículo 37.3 b) del ET nada dice al respecto, no debemos olvidar que la actual redacción del mismo es fruto de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2019/1158, que establece en su artículo 6 que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador”. Para la Sala, el mandato de la Directiva resulta claro e incondicionado: los Estados deben garantizar un permiso de cinco días laborables, no pudiendo éstos obviar la obligación, que tiene que ser observada por el legislador nacional y por la autonomía colectiva. En consecuencia, el problema no se circunscribe al posible ajuste de la previsión convencional a la reiterada jurisprudencia que ha interpretado el artículo 37.3 del ET, sino a la contravención del precepto legal a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2019/1158.

Sin embargo, cuando se trata del permiso por fallecimiento, la postura del Tribunal es diferente pues, según se argumenta en la sentencia, este permiso no obedece a la transposición de la Directiva, sino que, aprovechando ésta, el legislador por razones de estricta técnica jurídica introduce un nuevo apartado en el que ubica un permiso ya existente. Consecuencia de lo anterior, y a diferencia del supuesto que acabamos de referir, donde se plantea un problema de ajuste con el contenido de la Directiva, ahora la Sala analiza si el precepto convencional se ajusta a la consolidada jurisprudencia recaída en torno al artículo 37.3 del ET. La jurisprudencia más reciente³⁹ ha dejado sentado que la regla general es que estos permisos retribuidos deben disfrutarse durante los días de trabajo efectivo, salvo que el convenio colectivo, al establecer una mejora respecto de lo establecido en el ET, acuerde que se disfruten en días naturales⁴⁰.

Insistimos, pues: con este pronunciamiento, la Audiencia Nacional deja claro que cuando se trata de los permisos por accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica no hay que atender a si el precepto convencional mejora o no la previsión legal⁴¹, sino a si el mismo se ajusta o no a la legalidad configurada por el artículo 37.3 b) del ET en relación con el artículo 6 de la Directiva 2019/1158, que los considera como “hábiles” y no “naturales”. Si bien la anterior jurisprudencia iba en este sentido de considerar laborables los permisos de este cariz, no contábamos con ninguna sentencia que respaldara esa tesis sobre el nuevo marco legal, que diferencia claramente entre el permiso por fallecimiento y el debido a accidente, enfermedad grave, hospitalización o

³⁹ Al respecto, véase STS de 7 de junio de 2023 (Rec. 280/2021). En virtud de dicha jurisprudencia, queda ya sentado que el artículo 37.3 del ET constituye un norma de derecho necesario relativo que puede ser mejorado, pero no empozado [STS de 25 de enero de 2011 (Rec. 216/2019)]; en el que “los permisos se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja” [STS de 13 de febrero de 2018 (Rec. 266/2016)]; por tanto, cualquier permiso del artículo 37.3 del ET “sólo es concebible si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues de lo contrario carecería de sentido que su principal efecto fuese “ausentarse del trabajo”. En consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario” [STS de 25 de enero de 2023 (Rec. 124/2021)].

⁴⁰ Recordemos que, según reiterada jurisprudencia, si el convenio dispone mejoras o ampliaciones respecto del catálogo legal de permisos, el régimen de cada uno de ellos estará determinado por lo estipulado por los negociadores colectivos” [STS de 11 de marzo de 2020 (Rec. 188/2018) y STS de 20 de diciembre de 2022 (Rec. 104/2021)].

⁴¹ Para el permiso por fallecimiento queda consolidada la postura mantenida antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2023, distinguiendo dos situaciones para los supuestos en los que el convenio colectivo lo contempla. De esta forma, si el convenio no mejora lo establecido por el ET, la doctrina jurisprudencial considera que el permiso se concede para ausentarse del trabajo en día laborable, pues en día festivo no hace falta. Por consiguiente, si el texto normativo no fija otra regla distinta de cómputo, los permisos por esta causa han de disfrutarse a partir del día laborable en que el trabajador haya de dejar de acudir al trabajo. Esta interpretación va en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que también considera que las necesidades surgen si ese acontecimiento se da durante un período de trabajo. Ahora bien, si el convenio colectivo introduce mejoras, el régimen aplicable estará determinado por lo que recoja la negociación colectiva.

intervención quirúrgica. De ahí la importancia de la misma, que es extrapolable a todos los sectores.

Por otra parte, la previsión de un permiso por fuerza mayor familiar cuando la persona trabajadora deba ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes (art. 37.9 ET) es otra de las novedades incluidas en el texto estatutario⁴², constituyendo una transcripción casi literal del artículo 7 de la Directiva. Tal vez sea ésta la causa de las dudas que la redacción del texto plantea en cuanto qué debemos entender por “motivos urgentes”⁴³ y/o qué personas trabajadoras deben quedar incluidas en el campo de aplicación, al hacerse referencia, de manera genérica, a los familiares -¿cualquier familiar puede generar el permiso?- y, a pesar de que nada dice la regulación comunitaria, a los convivientes -¿con o sin necesidad de que sean dependientes o de que no puedan valerse por sí mismos?- sin ninguna otra apreciación.

Plantean dudas también cuestiones concernientes a la duración y retribución. En lo que respecta a la primera, la Directiva da un margen importante de maniobra a los países miembros, contemplando la posibilidad de que éstos puedan limitar el derecho al permiso a un tiempo determinado por año, por caso o por año y caso.

En cuanto al carácter retribuido, atendiendo a la redacción del artículo 37.9, *a priori* parece claro que la intención del legislador es que la persona trabajadora pueda ausentarse por el tiempo imprescindible tantas veces como su presencia sea requerida, sin que se establezca un límite temporal; si bien la afirmación debería matizarse, pues conforme al párrafo 2º del citado artículo, será el convenio colectivo o, en su defecto, el acuerdo de empresa, el que determine la retribución de estas horas que, como máximo, equivaldrán a cuatro días al año⁴⁴.

Pues bien, la Audiencia Nacional ha dictado novedosa sentencia, SAN 19/2024, de 13 de febrero, en la que reconoce el carácter retribuable de las horas de ausencia por fuerza mayor de hasta cuatro días al año sin necesidad de previsión expresa al respecto en pacto colectivo o acuerdo empresarial. En esta ocasión, el principal argumento de la empresa demandada⁴⁵ para no retribuir esas ausencias era, precisamente, que no se encontraban reguladas ni en el convenio colectivo ni en acuerdo de empresa. La sentencia expone de manera clara sus argumentos conforme a los criterios hermenéuticos previstos en el art. 3 del Código Civil (criterios de interpretación literal o gramatical, sistemática, lógica o finalista y sociológica). De este modo, atendiendo a la interpretación literal del artículo analizado, el Tribunal aprecia como el primer inciso del mismo reconoce un derecho a que la persona que se ausente del trabajo por las causas previstas en el párrafo 1º del mismo mantenga su derecho a la retribución; de tal forma que, según la Sala, “

⁴² Para los empleado públicos, el legislador ha considerado que estas previsiones quedan cubiertas con el permiso contemplado en la letra j) del artículo 48 en el que se alude a deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral o incluso con el permiso contemplado en la letra k) del citado artículo de seis días de duración por asuntos particulares, por lo que no se ha previsto reforma del EBEP.

⁴³ Barcelón Cobedo, *op. cit.*, p. 128, considera que el término empleado por el legislador es ambiguo y discutible ya que, como recalca, “puede derivar incluso de una percepción subjetiva de esa necesidad, sea de la persona trabajadora, sea del propio familiar, sea de ambos.”

⁴⁴ Al respecto, recordemos que, aplicando los art. 3 y 6.2 de la LO 3/2007 de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, la jurisprudencia viene considerando que toda norma pactada o práctica de empresa que implique merma de la retribución por el hecho de disfrutar un permiso retribuido vinculado con los derechos de conciliación implica una discriminación indirecta por razón de género. Véanse, SAN de 19 de junio de 2023 – autos 114/2023-, y STS (Sala IV) de 9 de diciembre de 2019 (Nº rec. 141/2018).

⁴⁵ Las demandas interpuestas por CIG, CGT y USO, a las que se adhirieron CCOO, UGT, TUSI y CSIF, contra UNISONO SOLUCIONES DE NEGOCIO S.L (que rige sus relaciones laborales con arreglo al III Convenio Colectivo del sector del Contact Center) declaraban el carácter retribuable de las ausencias por fuerza mayor de hasta 4 días al año reguladas en el art. 37.9 E.T. y, en consecuencia, el reconocimiento del derecho de las personas trabajadoras a la retribución de las horas de ausencia por razones de fuerza mayor de hasta 4 días al año.

la remisión que se efectúa al Convenio colectivo o al Acuerdo de empresa, únicamente es para determinar la forma de acreditación del motivo de la ausencia, sin perjuicio de que por aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable, mediante dichos pactos colectivos puedan reconocerse, bien derechos adicionales, bien mejorar los términos del derecho que reconoce la ley”. En la misma línea, llevando a cabo una interpretación sistemática, la sentencia tiene en cuenta, que, con anterioridad a la introducción del precepto, las interrupciones de la prestación laboral por causas de fuerza mayor de carácter temporal estaban reguladas en los arts. 45. 1 l) y 47. 5 y 6 como causas de suspensión del contrato de trabajo en las que el empleador estaba exonerado de retribuir. Sin embargo, el legislador, al introducir en la legislación el referido precepto, no lo desarrolla en el art. 47, sino que lo regula en el art. 37 del E.T., que prevé interrupciones en la prestación de servicios que son retribuidas, salvo que el propio precepto establezca matizaciones al respecto⁴⁶. Además, aludiendo a la realidad social, bajo el paraguas de la interpretación sociológica, la sentencia pone de manifiesto que las dudas interpretativas que pudiesen surgir deben resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, teniendo presente el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, que informa nuestro ordenamiento jurídico. En base a este argumento, la interpretación de que la retribución de las horas de permiso por fuerza mayor se supedita al pacto colectivo expreso, resulta contrario al referido principio de igualdad real, pues no hace sino perpetuar la denominada brecha laboral de género, ya que implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados (las mujeres) vea mermada su retribución por esta causa, a la vez que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares. Finalmente, no podemos obviar que la introducción del apartado 9 del art. 37 en el ET tiene su origen en la necesidad de transposición de la Directiva 2019/1158, que, si bien no impone que la ausencia del trabajo por fuerza mayor sea retribuida dejando la opción al legislador nacional, sí sugiere su retribución⁴⁷. En definitiva, para la Audiencia Nacional, estas ausencias por fuerza mayor tienen carácter retribuable y no es necesaria previsión convencional alguna o pacto de empresa, ya que ha quedado fijado así por norma legal.

Para terminar, no podemos olvidar que, la interpretación de si el inicio del cómputo de estos permisos regulados por el art. 37 ET, y los convenios colectivos que lo reproducen o amplían, debe iniciarse en día laborable o festivo cuando el hecho causante coincida con día no laborable, cambia en la doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 13 de

⁴⁶ Pensemos en los artículos 37.4 *in fine*: “Cuando ambas personas progenitoras, adoptantes, guardadoras o acogedoras ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.”; art. 37. 5: “Las personas trabajadoras tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.”; y art. 37.6: “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”.

⁴⁷ Recordemos los *considerandos*, 28, 29 y 32 de la citada Directiva: C (28) “Además del derecho al permiso para cuidadores establecido en la presente Directiva, todos los trabajadores deben conservar su derecho a ausentarse del trabajo, sin menoscabo de sus derechos laborales adquiridos o en proceso de adquisición, por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes o inesperados, que en la actualidad se regula en la Directiva 2010/18/UE, en las condiciones establecidas por los Estados miembros”. (29) “Para incentivar más a los trabajadores que sean progenitores, en particular a los hombres, a que se acojan a los permisos contemplados en la presente Directiva, debe concederse a los trabajadores el derecho a percibir una prestación económica adecuada durante el permiso”. (32) “Aunque los Estados miembros pueden decidir libremente si conceden una remuneración o una prestación económica en el permiso para cuidadores, se les anima a que introduzcan dicha remuneración o prestación, a fin de garantizar que los cuidadores ejerzan realmente este derecho, en particular los hombres.”

febrero de 2018⁴⁸, en el sentido de iniciar el cómputo el primer día laborable posterior al hecho causante⁴⁹.

3.2. Un nuevo impulso a la flexibilización del tiempo de trabajo: el fomento de la corresponsabilidad

No podemos olvidar que la flexibilidad laboral es uno de los aspectos en los que incide con más insistencia la norma comunitaria. La Directiva 2019/1158 hace referencia a este término en 30 ocasiones, definiendo lo que llama fórmulas de trabajo flexible 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” (artículo 3.1.f). En sucesivos “considerandos”, se insiste en que estos métodos tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres y en dejar a éstas más tiempo para el empleo remunerado, lo que, bajo nuestra perspectiva, debería matizarse pues, para conseguir los fines propuestos, es imprescindible la corresponsabilidad; en el ejercicio de los derechos por ambos progenitores o distintos cuidadores y el reparto efectivo de las tareas de cuidado radica la esencia.

Sin perjuicio de lo dicho, está claro que las personas trabajadoras deben poder solicitar el trabajo flexible con el fin de ajustar sus modelos de trabajo para ocuparse de sus responsabilidades en el cuidado de familiares, acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral, conforme a sus necesidades y preferencias personales. Obvia decir que la flexibilidad en el trabajo, eficazmente organizada, tiene efectos muy positivos. Además de comportar un claro beneficio económico en tanto que no conlleva disminución alguna del salario⁵⁰, incrementa la posibilidad de trabajar sin tener que ausentarse, perjudicando menos la carrera profesional de las trabajadoras, que pueden compatibilizar mejor su proyección laboral y sus necesidades (y derechos) de atención y cuidados, contrarrestando, de este modo, una de las principales causas de expulsión de éstas del mercado de trabajo⁵¹.

El artículo 9 de la Directiva, que para parte de la doctrina contiene las previsiones más interesante del derecho al trabajo flexible⁵², regula el procedimiento de solicitud y

⁴⁸ N.º rec. 266/16.

⁴⁹ Al respecto, la STS (Sala de lo social) de 3 de octubre de 2023 (rec.239/2021) con cita de pronunciamientos anteriores. El Tribunal estima las demandas de conflicto colectivo contra Telefónica y reitera que el día inicial del cómputo de los permisos retribuidos comienza el primer día laborable siguiente al del hecho causante que coincide con un día no laborable para el trabajador, refiriendo otras sentencias, como la STS 502/2023, de 11 de julio (n.º rec. 141/2021), que compendia y reitera la consolidada doctrina de la Sala IV en la materia, de la siguiente forma: “La Sala tiene una reiterada y consolidada doctrina sobre la cuestión que plantea el presente recurso de casación respecto de la fijación del día de inicio del cómputo del periodo de disfrute de permisos y licencias retribuidas reconocidas en convenio colectivo.” En el mismo sentido, STS de 18 de octubre de 2022 (rec.139/2020), STS de 11 de marzo (rec. 192/2018) y STS de 17 de marzo de 2020 (rec. 193/2018); deja sentado esta última que el cómputo del día inicial de los permisos retribuidos, y en particular del permiso por matrimonio, comienza el primer día laborable posterior al día festivo si el hecho causante se produjo en día no laborable. Véanse los comentarios de Rivas Vallejo, P., “El cómputo del *dies a quo* en los permisos retribuidos en la jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo”. STS-SOC núm. 257/2020, de 12 de mayo. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 6/2020.

⁵⁰ Aspecto primordial en el caso de familias monoparentales e incentivo para extender su ejercicio entre los varones, desapareciendo uno de los motivos que determina el ejercicio mayoritariamente femenino de los derechos de conciliación, que no es sino la menor merma retributiva para la unidad familiar, al pervivir las brechas salariales de género.

⁵¹ En este sentido, véase, Igartúa Miró, M.T., “Promoción de la igualdad de género a través de *fórmulas de trabajo flexible*”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158. *Femeris*, Vol. 7, No. 2, 2022, acerca de los efectos de las fórmulas de trabajo flexible sobre la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, pp. 95 a 97.

⁵² Al respecto, Ballester Pastor, M.ª 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, p. 1127.

concesión, plasmando premisas esenciales en torno a que el derecho al trabajo flexible es un derecho de la persona trabajadora - si bien no es absoluto-, que el empresario sólo puede denegarlo o aplazarlo por causa justificadas atendiendo tanto a las necesidades de la empresa como a las de los trabajadores; asimismo, la solicitud debe resolverse en un plazo razonable de tiempo, apreciación de sentido común si lo que se pretende es la operatividad y eficacia de las medidas. En línea similar, determina el carácter reversible de este derecho como garantía imprescindible para alcanzar el objetivo de la corresponsabilidad, facilitando así la continuidad en el mercado de trabajo y la progresión profesional, en particular de las mujeres, como principales “usuarias” que son de las medidas para conciliar vida laboral y familiar⁵³.

En relación directa con esta cuestión, las referencias a los calendarios laborales flexibles suponen una apuesta clara por la flexiseguridad, entendida ésta como la compatibilidad entre el tiempo de cuidados y el tiempo de trabajo. Sin duda, el diseño de patrones flexibles en la fijación de los tiempos de trabajo (en la jornada y su módulo de cómputo, el horario, las pausas, los días de descanso, las vacaciones y los turnos, por ejemplo) resulta esencial para favorecer la tarea de la conciliación; en esta labor tienen un protagonismo incuestionable la negociación colectiva y los planes de igualdad, que pueden diseñar instrumentos *ad hoc*, tales como bolsas de horas o permisos recuperables, determinando qué condiciones de trabajo van a permitir una mayor flexibilidad, el procedimiento a seguir, los límites que puede alegar el empresario o la duración de las medidas⁵⁴. Del mismo modo, es fundamental reconocer el derecho de las personas cuidadoras a conocer su programa de trabajo y recibir, oportunamente, la información sobre posibles cambios; sin embargo, es llamativo que a ninguna de estas cuestiones, primordiales en una política de conciliación coherente, haga referencia la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, coetánea a la Directiva 2019/1158; esta falta de coordinación también se pone de manifiesto en la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo⁵⁵.

En otro orden, no podemos obviar que, si bien es manifiesta la escasa atención que el articulado de la Directiva presta a las situaciones especiales de las familias, en muchos casos particularmente adversas, se anima a los Estados miembros a que valoren si las condiciones y las modalidades detalladas del ejercicio de estos derechos deben adaptarse a necesidades específicas, por ejemplo, familias monoparentales, padres adoptivos, progenitores con discapacidad, progenitores que tienen hijos con discapacidad o enfermedades graves o crónicas, o progenitores en circunstancias particulares, tales como las relacionadas con nacimientos múltiples o prematuros.

⁵³ Recordemos que el artículo 9.3 de la Directiva 2019/1158 dice: “Cuando la duración de las fórmulas de trabajo flexible a que se hace referencia en el apartado 1 esté limitada, el trabajador tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado. El trabajador también tendrá derecho a solicitar volver a su modelo de trabajo original antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias. Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores”. Véanse los comentarios de Maneiro Vázquez, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la(r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*. Bomarzo, 2023; pp.134 y ss., sobre las imprecisiones del legislador comunitario en el ámbito de las *fórmulas de trabajo flexible* y el empleo frecuente de conceptos jurídicos indeterminados, en particular con respecto a establecer cuándo y en qué período el cambio de circunstancias va a justificar la vuelta de la persona trabajadora a su modelo de trabajo original, lo que, probablemente, incrementa la litigiosidad.

⁵⁴ De nuevo, Maneiro, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁵ Apuntemos que la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2023/C 109/01) -actualiza la anterior de 2017-, haciéndose eco de la jurisprudencia del TJUE hace referencia a la conciliación únicamente de manera tangencial, al referirse a la interacción entre las vacaciones anuales retribuidas y el permiso por maternidad y parental.

3.2.1. *Un repaso a las modificaciones en torno a la adaptación o reducción de jornada como fórmulas de trabajo flexible*

Si descendemos al plano nacional, nuestra normativa interna cuenta con algunas medidas específicas de trabajo flexible por razones de conciliación; como conocemos, éstas son la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares del art. 37.6 ET o la reducción de jornada por cuidado de lactante del art. 37.4 ET, además de la posibilidad de solicitar otras adaptaciones de prestación de trabajo a través del art. 34.8 ET. Partiendo de la premisa de que las labores de conciliación no se concentran ya en etapas puntuales, sino que tienden a ocupar buena parte del ciclo vital de las personas trabajadoras, se está priorizando la posibilidad de que éstas compaginen su esfera familiar y profesional de forma estable y regular. Se da protagonismo a los derechos de presencia, que enfocan la conciliación como una necesidad cotidiana que se proyecta de forma sostenida en el tiempo, frente a los tradicionales permisos, licencias, excedencias, considerados como derechos de ausencia⁵⁶. En cualquier caso, resulta fundamental completar estos permisos específicos de alejamiento del puesto de trabajo con las posibilidades de adaptación flexible al empleo⁵⁷.

El avance más destacable se plasmó en el derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 ET, a la que la doctrina calificó como una especie de flexibilidad inversa⁵⁸ porque los poderes que aumentan no son los del empresario, sino los del trabajador. Recordemos que el artículo 34.8 ET recoge la popularmente conocida “jornada a la carta” o derecho de las personas trabajadoras a solicitar las adaptaciones necesarias en el tiempo - jornada y ordenación del horario- y forma de prestación del trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, siendo el ejercicio de este derecho compatible con el disfrute de los permisos, ya referidos, de los artículos 37 y 48 bis del ET. Esas modulaciones se pueden traducir en jornadas continuadas, limitación en las franjas horarias para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, semana comprimida, acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año, flexibilidad de entrada y salida, cambio de jornada continuada a partida o viceversa, posibilidad de trabajar a distancia o supresión de viajes y desplazamientos aprovechando las nuevas tecnologías, por ejemplo. Incluso, como falló el TSJ de Galicia, en su sentencia 1941/2023 de 17 de abril⁵⁹, puede quedar reconocido el derecho de no someterse a un régimen de turnos incompatible con deberes de cuidado o, dicho en otros términos, adscripción a un turno fijo que haga factible estos deberes, alegando que este derecho debe decaer sólo en supuestos excepcionales de abuso de derecho, mala fe o manifiesto quebranto para la empresa⁶⁰.

En cuanto a la solicitud de adaptación, las sucesivas versiones del artículo 34.8 han ampliado y precisado este derecho en aras a favorecer la conciliación⁶¹. El artículo

⁵⁶ López Álvarez, MJ., “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español” *Femeris*, Vol. 7, Nº 2, p. 68.

⁵⁷ En esta línea, la Estrategia para la igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión Europea (Comisión Europea, 2020), se ha referido a las fórmulas de trabajo flexible como la mejor alternativa para conseguir un verdadero avance en los derechos de conciliación, siempre que se vigile y promuevan bajo el prisma del reparto equitativo de las responsabilidades asistenciales entre ambos progenitores.

⁵⁸ Lousada Arochena, F. y Ron Latas, R., “El permiso para el cuidado del lactante y la nueva prestación por su ejercicio corresponsable”, *Revista de Derecho Social y de Empresa* 12, p. 35.

⁵⁹ Nº rec. 660/2023.

⁶⁰ Véase el comentario a la citada sentencia de Rodríguez Escanciano, S., “Adscripción a un turno de trabajo fijo por motivos de conciliación: presunción de necesidad adaptativa”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 9/2023.

⁶¹ La evolución es también manifiesta en los numerosos pronunciamientos judiciales existentes sobre esta cuestión. Resulta interesante hacer referencia a la STSJ de 25 de mayo de 2021 (nº rec. 335/2021), que propuso una interpretación integradora del art. 34.8 de la LET tras la redacción dada por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo,

127 del RD-Ley 5/2023 amplifica en este punto las garantías y mejora su alcance. De esta forma, se añade al listado de posibles solicitantes a las personas trabajadoras que tengan hijos o hijas mayores de 12 años que requieran necesidades de cuidado; se amplía este derecho al caso de necesidades de cuidado de cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como a otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio y, por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismas, estando pues la ampliación subjetiva condicionada a esta última circunstancia. En cuanto al regreso a la situación anterior a la adaptación, se tendrá derecho no sólo cuando concluya el período acordado o previsto, sino también cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

Por otra parte, y a pesar de que estamos ante un derecho de conciliación de evidente dimensión constitucional y, por ende, con gran alcance y extensión, no es automático, sino que obliga a la persona trabajadora a solicitarlo⁶², quedando, pues, “anudado” a la negociación colectiva o individual. Así pues, si bien la adaptación de jornada no es un derecho que conlleve su concesión obligatoria a la persona trabajadora, permitiéndose a la empresa denegar la solicitud en base a necesidades organizativas o productivas de la empresa, ésta tiene el deber de negociar con la misma, salvo que se prevea una regulación expresa a nivel de convenio colectivo que no haga necesaria tal negociación. Por tanto, no basta la mera conveniencia conciliatoria, ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta, sólo se establece el deber de negociarla individualmente de buena fe, debiendo plantear una oferta alternativa que posibilite las pretensiones de conciliación o, en otro caso, justificando suficientemente por escrito la negativa fundada en la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo empresarial excesivo. En la nueva redacción del 34.8 ET se reducen los días que puede durar el proceso de negociación que se contempla frente a una petición para el ejercicio de este derecho, pasando a un máximo de 15 días frente a los 30 de la versión de 2019. Además, se establece un silencio positivo si transcurre este plazo y no hay una respuesta por parte de la empresa. Si el empresario no acepta, deberá justificar por qué y ofrecer una propuesta alternativa, también motivada. De esta manera, en el caso de que se acuda al cauce habilitado por el art. 139 LRJS, el órgano judicial deberá realizar un juicio de proporcionalidad doble, sobre la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre ambas argumentaciones considerando *las* circunstancias concurrentes y buscando el “maridaje” de posiciones o intereses.⁶³ En muchos casos, la problemática

comentada por Rojo Torrecilla, E., “Interpretación integradora del art. 34.8 LET: adaptación de la jornada de trabajo a la conciliación de la vida laboral y familiar”. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 6/2021. La Sala falló declarando el derecho de la actora a “adaptar geográficamente” su contrato y, por tanto, al traslado a otro centro de trabajo de la empresa, y la condena al abono a la trabajadora de una indemnización por los daños morales causados. Como apunta el profesor Rojo, “estamos en presencia de una muy interesante sentencia que otorga un valor muy amplio a la conciliación de la vida laboral y familiar”, demostrando un indudable avance en el fortalecimiento del principio de igualdad vinculado al ejercicio de los derechos laborales en el seno de la relación de trabajo.

⁶² Esto ha llevado a criticar la débil exigibilidad de esta fórmula empleada por el legislador, frente al reconocimiento cuasiautomático de los derechos recogidos en el art. 37 ET. En este sentido, Rodríguez Rodríguez, E., “La soberanía sobre el tiempo. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”. Cuaderno de relaciones labores 40(1)/ 2022, p 45, con cita de otros autores. No olvidemos que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 3/2007, de 15 de enero (Recurso de amparo 6715-2003) afirma que la interpretación restrictiva del ejercicio del derecho a la flexibilidad de jornada supone una “discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras” al constituir el colectivo que mayoritariamente lo solicita, otorgando así el máximo amparo judicial al ejercicio de los derechos de conciliación.

⁶³ Véanse los comentarios de Rodríguez Escanciano, S., “Derecho de una abuela a la adaptación del horario de trabajo por motivos de conciliación: necesidad de acreditar la situación de necesidad familiar”. Revista de Jurispru-

radicará en la ponderación judicial que se haga de las citadas necesidades; la, consciente, falta de previsión del legislador está minusvalorando el coste que en términos de seguridad jurídica y litigiosidad judicial comporta remitir el conflicto a una valoración judicial *ad casum*⁶⁴.

Atendiendo a lo expuesto, son dos los aspectos que pueden suscitar mayor interés. El primero, el proceso de negociación; desde los Tribunales se insiste en la necesidad del esfuerzo por las partes para llegar a un acuerdo, proponiendo alternativas razonables y satisfactorias con justificación de las razones adoptadas⁶⁵. El segundo, la necesidad de valorar los intereses contrapuestos y el equilibrio entre los mismos en el supuesto de no existir acuerdo; en este caso, si la empresa se niega al ejercicio de la adaptación, deberá indicar las razones de la negativa, basadas en muchos casos en la disfuncionalidad organizativa y productiva de la adaptación solicitada, agravios comparativos, necesidad de acometer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo para reajuste de cuadro horario, perjuicios para los usuarios si se trata de un servicio público, etc.⁶⁶, razones de oposición que, para que sean válidas, deberá quedar demostrado que suponen alteraciones importantes o costes excesivos, desorbitados, injustificados e inasumibles para la empresa, ofreciendo alternativas, previsión lógica y congruente con el marco jurídico vigente, que trata de potenciar la conciliación y corresponsabilidad en la asunción de estas obligaciones. En esta línea, por ejemplo, la STSJ de las Islas Canarias, de 11 de enero de 2024⁶⁷, confirmó el derecho de una trabajadora de atención telefónica a adaptar su jornada laboral para el cuidado de su hija de cinco meses, rechazando los argumentos de la empresa sobre la afectación al servicio y la calidad de atención. La sentencia subraya la ausencia de razones objetivas y razonables por parte de la empresa para

dencia Laboral 9/2021. Con ocasión del comentario de la SJS nº 3 de Ciudad Real SJS 230/2021, de 26 de abril (sección 3, Ciudad Real), rec. 872/2020, hace un repaso a la regulación vigente en esos momentos y a la doctrina judicial, afirmando, que, en estos casos, el papel del juez excede de la función jurisdiccional en sentido estricto, pues, “por una parte, impone un escrutinio de la vida personal de la persona que reclama el derecho y, por otra, una consideración de razones organizativas empresariales”.

⁶⁴ Así lo manifiesta Pérez de los Cobos Orihuel, F., “Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)”. *Labos*, Vol. 2, No. 2, p. 21. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6214>, que critica la renuncia del legislador en este ámbito y su remisión a la jurisdicción ordinaria, reivindicando su papel. Considera que “al regular estos eventuales conflictos el legislador no viene a obligado a remitir a la jurisdicción ordinaria y al casuismo el juicio de ponderación, sino que puede realizar una ponderación propia e incorporarla a la Ley, de suerte que aquella goce de los atributos de generalidad, igualdad y certidumbre jurídica que son inherentes a ésta y contenga o minimice la litigiosidad jurídica”.

⁶⁵ Como ejemplo, en este sentido, véase la STSJ de Canarias 118/2023, de 27 de julio; en línea similar, de fecha anterior, la STSJ de Castilla y León, de 24 de enero de 2022 que, al pronunciarse sobre el caso en cuestión, incide en la falta de un verdadero proceso negociador con intercambio de propuestas entre las partes. También STSJ de Aragón 13/2021, de 19 de enero que deja claro que la regulación del derecho a adaptar la jornada compele a la empresa a acoger la propuesta del trabajador o, en su defecto, a ofrecer alternativas a esa propuesta, admitiéndose la negativa de la empresa sólo en última instancia y sólo cuando ésta pueda legitimar su oposición en la existencia de una “razón objetiva” (Comentada por Viqueira Pérez, C.: “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)” en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 4/2021. También, comentada por Rodríguez Escanciano, S.: “Adscripción a un turno...”, cit., la STSJ de Galicia 1941/2023 de 17 de abril, ya citada. Entiende en este caso el Tribunal que la empresa no acreditó razones poderosas y concretas (más allá de las meramente organizativas) de la imposibilidad o dificultad de adaptar el horario, ni tampoco justificó perjuicios de especial gravedad para no conceder a la actora el turno de mañana, sin que la dificultad de la empresa pueda equipararse a la imposibilidad. Más reciente, STSJ de las Islas Canarias 54/2023, de 11 de enero de 2024.

⁶⁶ Al respecto Barcelón Cobedo, cit., pp. 117, con cita de pronunciamientos judiciales.

⁶⁷ En el supuesto analizado por la sentencia (nº rec. 1055/2023), la demandante, empleada en una compañía de seguros con horario de 14 a 20 horas, solicitó cambiar su jornada a 9 a 14:30 horas para cuidar de su bebé, coincidiendo con el horario de la escuela infantil. La empresa se negó, alegando procedimientos internos y acuerdos con la representación social que requerían solicitar adaptaciones dentro del turno asignado. El juzgado de instancia apoyó a la trabajadora, y el TSJ de Canarias ratificó esta decisión, otorgándole además una compensación de 9.831 euros por daños morales.

denegar la concreción horaria solicitada y enfatiza la necesidad de integrar la perspectiva de género en el enjuiciamiento para superar la situación desaventajada de las mujeres trabajadoras. La Sala Social del TSJ aplicó normativa internacional y nacional, junto con criterios interpretativos constitucionales, para concluir que la empresa no justificó adecuadamente su negativa. Esta sentencia debe servir de precedente a tener en cuenta por todas las empresas, en cuanto que una denegación sin razones reales y justificadas, o alegando generalidades, conllevará la concesión de la adaptación de jornada a la persona trabajadora, siempre y cuando su petición hubiese sido fundamentada.

En el citado pronunciamiento, se consideraron, además, las dificultades del otro progenitor, que trabajaba a turnos rotativos. Sobre esta cuestión nos encontramos con numerosas sentencias⁶⁸ que dejan claro que las necesidades de conciliación son de la persona trabajadora, y dado que estamos ante un derecho individual, ésta no se ve obligada a probar la imposibilidad de conciliar de su cónyuge o pareja de hecho, por lo que el empresario no puede inmiscuirse en el modo de organización familiar del cuidado y la corresponsabilidad; lo contrario supondría una clara invasión de espacios íntimos y privados. No obstante, la cuestión no es pacífica; así, la STS (Social) 310/2023, de 26 de abril⁶⁹ señala que es necesario tener en cuenta todas las circunstancias del caso, incluida la posibilidad de conciliar del otro progenitor a la hora de admitir si hay o no derecho a la concreción solicitada. El Tribunal Supremo para llegar a esta conclusión se basa en la STC de 26/2011, de 14 de marzo, que establece que es necesario valorar las circunstancias personales y familiares que concurren en quien trata de ejercer los derechos de conciliación, mencionándose, no solo la edad y las circunstancias del menor, sino la situación laboral del otro progenitor.

Con respecto al derecho de reducción de jornada, el Supremo, en el recién referido pronunciamiento de 26 de abril, dictado en unificación de doctrina, trata un caso de reducción de jornada con solicitud de concreción horaria (art. 37.6 y 7 ET), supuestos en los que se plantea una problemática similar a los casos de adaptación de jornada, que dependen de la negociación colectiva o individual (y, en cualquier caso, de la ponderación de intereses de la persona solicitante y su empresa), pues toda reducción implica una reubicación del tiempo dedicado al trabajo y a los cuidados. No obstante, conviene insistir en que el derecho a la reducción de jornada es pleno e incondicionado, mientras que el de adaptación de jornada no es un derecho como tal sino una expectativa dependiente del acuerdo, como ya hemos dicho. Recordemos que el artículo 37.7 ET aclara que la automaticidad de la reducción de la jornada, incluyendo la concreción horaria, se refiere a la jornada ordinaria, de manera que si se pretende esa concreción fuera de la citada jornada habrá que recurrir a la negociación. Por tanto, si la reducción se quiere llevar a cabo dentro de las franjas horarias en las que se venía desempeñando la relación laboral, el derecho opera de forma automática⁷⁰, quedando en manos de la negociación colectiva los supuestos en los que se pretende una redistribución del horario de trabajo⁷¹.

En particular, el Tribunal analiza si corresponde la indemnización por daños y perjuicios para una trabajadora en reducción de jornada que solicita una concreción horaria distinta a la impuesta en la empresa vía art. 37.7 ET. La cuestión que se plantea en esta ocasión es determinar si la denegación de la concreción horaria de la reducción de jornada

⁶⁸ Por todas, como ejemplos más recientes, STSJ de Asturias 1213/2023, de 10 de octubre, o STSJ de Madrid 803/2023, de 22 de septiembre.

⁶⁹ N° rec. 1040/2020.

⁷⁰ Véase STS de 25 de mayo de 2023 (n° rec. 1602/2020).

⁷¹ Barceló Cobedo, *op. cit.*, p. 122, se refiere a un horario reducido en turno diferente, o a la distribución de ese horario en días distintos a los iniciales, acumulándolos en unos días o excluyendo otros o la alteración en la proporción de trabajo presencial y virtual en la jornada reducida.

por guarda legal solicitada por la trabajadora conlleva el derecho a la indemnización de daños y perjuicios a la que fue condenada la empresa por la sentencia recurrida. El Supremo desestima el recurso interpuesto por la empresa confirmando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de diciembre de 2019⁷², reconociendo el derecho a la indemnización.

Lo destacable de esta cuestión es que el Tribunal Supremo vincula el derecho a la indemnización a unos daños y perjuicios concretos y probados en el juicio; esto es, la indemnización se luca por la imposibilidad de los padres a llevar a su hijo menor al colegio durante más de dos años; sin embargo, no se nombra, como justificante de esa indemnización de daños morales, la vulneración de ningún derecho fundamental⁷³, sino de unos daños concretos (aunque sean daños morales) causados y que deben ser probados⁷⁴. Sí establece expresamente que el mismo razonamiento se puede seguir en materia del art. 34.8 ET, aunque no se aplique al presente caso. De esta forma, se podría deducir que el Tribunal Supremo entiende que en el caso de denegación injustificada de la solicitudes de adaptación de jornada, de tiempo de trabajo o forma de prestación del mismo, se tendría también derecho a una indemnización por daños morales. En línea similar, sobre derecho a indemnización por daños y perjuicios ante la denegación empresarial de la solicitud de concreción horaria, la STS 427/2023, de 14 de junio⁷⁵, esta vez, afirmando la dimensión constitucional de las normas sobre la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y reconociendo que la lesión de un derecho fundamental comporta siempre un daño moral a la persona que se ve privada del mismo, de manera que no requiere una prueba específica de ese daño porque es personal, no económico⁷⁶.

⁷² N.º rec. 4836/2019.

⁷³ Si se hace cita de la STC 119/2021, de 31 de mayo, sobre resolución judicial que no pondera las circunstancias personales de quien impugna una modificación de jornada de trabajo que incide sobre el disfrute de la reducción que tiene reconocida por cuidado de hijos, considerando el Tribunal que ha existido una vulneración indirecta del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo. La sentencia comentada por Preciado Doménech, C.H., “Conciliación vida familiar y laboral (modificación de jornada). Discriminación por razón de género”, en Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 7/2021; según el magistrado constituye, sin duda, un paso más tanto en la consolidación de un derecho fundamental, como en el de la conciliación de la vida personal y laboral (art-39 CE), como indisolublemente vinculado al derecho a la no discriminación por razón de género (art.14 CE), y por ello susceptible de amparo constitucional. En su opinión, las medidas de conciliación no deben ser tratadas como derechos meramente legales u ordinarios, sino como “elementos cuasi esenciales en el logro de la efectividad de la prohibición de discriminación por razón de género y, por tanto, como facultades integrantes de un derecho fundamental de primer orden”.

⁷⁴ Esto no significa que el Tribunal Supremo considere que no hay vulneración de un derecho fundamental. Si bien no ha aprovechado la oportunidad para señalar dicha posibilidad *obiter dicta*, debemos tener en cuenta que lo que analiza la sentencia es el derecho indemnizatorio del art. 139.1 a) de la LRJS y no la consideración de existencia o no de vulneración del derecho a no discriminación por razón de sexo y la indemnización que por esa vulneración se pudiera demandar.

⁷⁵ N.º rec. 2599/2020. El trabajador solicitó a las empresas demandadas una reducción de su jornada por guarda legal de su hijo menor de 8 años de 1/8 (12,5%), pasando a realizar una jornada de 35 horas semanales. El trabajador también solicitó la realización de un turno de 08:00 a 15:00 horas, de lunes a viernes, lo que suponía su no inclusión en el sistema de rotación en el turno mañana/tarde. La empresa denegó la concreción horaria solicitada, fundando su negativa en la adscripción del trabajador desde el 5 de marzo de 2018 al sistema de turno rotatorio de mañana/tarde. La sentencia del TSJ revocó la sentencia del juzgado de lo social y declaró el derecho del trabajador a que la reducción de jornada que le ha sido reconocida por las empresas se concrete en un horario de mañana de 8:00 a 15:00 horas, así como a que se le indemnice con la cantidad de 6.251 euros por los daños morales irrogados. En lo que más no interesa ahora, en este caso, alega la empresa recurrente que no procede la indemnización al no haberse acreditado la vulneración de un derecho fundamental; al respecto, señala la Sala que la sentencia recurrida aplica la STC 26/2011, que afirma la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, mencionando no sólo la protección a la familia y a la infancia, sino de forma expresa el derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales.

⁷⁶ Al respecto, los comentarios de Sepúlveda Gómez, M., “La dimensión constitucional de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización por daños morales. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 427/2023, de 14 de junio”. Temas Laborales n.º169/2023, p. 202.

Sobre este asunto, hay que traer a colación la STSJ de Galicia 541/2022, de 3 de febrero⁷⁷ en la que se condenaba a la empresa a aceptar la solicitud de conciliación realizada por la trabajadora (trabajar a distancia durante toda su jornada laboral) y a pagar una indemnización por daños morales por vulneración de derechos fundamentales⁷⁸. Esta condena abría la puerta a la posibilidad de entender que toda sentencia que condenara por denegación injustificada de las medidas de conciliación solicitadas debía incluir condena por los daños y perjuicios, conforme el Tribunal Constitucional había señalado para el caso de vulneración de derechos fundamentales en su sentencia de 15 de marzo de 2021⁷⁹.

Retomando la cuestión de la posible vulneración de derechos fundamentales y el derecho a indemnización de la persona agraviada, la Sentencia del Tribunal Supremo 379/2023, de 25 de mayo, dictada en recurso para la unificación de la doctrina⁸⁰, se centra en determinar si la denegación de la concreción horaria solicitada por una trabajadora por causas organizativas que no se han justificado supone, en sí misma, una vulneración del derecho a la igualdad recogido en el art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE, y si, en consecuencia, ha de abonarse la indemnización de daños y perjuicios solicitada por la actora. En este caso, el Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por la empresa y declara que la mera denegación de la concreción horaria por cuidado de hijo que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden, no implica, por sí mismo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta. Según establece la Sala, las razones empresariales no están conectadas con un factor discriminatorio sino ligadas a exigencias organizativas y una atención adecuada del servicio en los respectivos turnos que, suficientes o no en el marco de la legalidad ordinaria, evidencian una necesidad de tener que reorganizar la plantilla para que la trabajadora ejercite su derecho, pero sin que esa denegación esté conectada con un móvil discriminatorio por razón de sexo⁸¹.

También muy interesante, la STS 983/2023, de 21 de noviembre de 2023⁸², que aclara la cuestión de la concreción horaria en las reducciones de jornada solicitadas por

⁷⁷ N° rec. 5108/2021.

⁷⁸ Véanse los comentarios de Todolí, A., en su Blog “Argumentos de Derecho Laboral” El Supremo confirma que la negativa empresarial a la concreción horaria por razón de conciliación implica daños y perjuicios (STS 26 de abril 2023) – Argumentos en Derecho Laboral (adriantodoli.com)

⁷⁹ Recordemos que la STC 61/2021, de 15 de marzo, obligaba a los Tribunales a pronunciarse siempre sobre la cuantía de la indemnización adicional en caso de que se acreditara una vulneración de derechos fundamentales, así como determinar cómo se debe calcular esa indemnización. (Sentencia Constitucional N° 61/2021, Tribunal Constitucional, Sala Primera, Rec Recurso de amparo 6838/2019 de 15 de marzo de 2021).

⁸⁰ N° rec. 1602/2020. La empresa como parte demandada formuló dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 29 de mayo de 2020, n° rec. 1422/2019, que estimó el interpuesto por la parte actora, revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de 15 de octubre de 2019, declarando vulnerado el derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución Española (CE), por discriminación por razón de sexo, y condena a la demandada al pago de 6.251 euros por daños y perjuicios.

⁸¹ En el Fundamento de Derecho Segundo de la STS 3779/2023, se afirma que no hay datos para llegar a la conclusión de que la denegación de la concreción horaria que solicitaba la parte actora, cambiando el turno de tarde al de mañana y dejar de trabajar en fines de semana, se basara en un factor relacionado con el sexo. La empresa alegó y así se quedó declarado probado, que la concreción horaria interesada por la trabajadora implicaba el sobredimensionamiento que ya presentaba el turno al que pretendía acceder -el de mañana, atendido por 71 trabajadores- respecto del que ella venía atendiendo -el de tarde, con 41 trabajadores-; razones organizativas que también alcanzaban a los servicios que tenían que atenderse en fines de semana.

⁸² N° rec. 3576/2020. La circunstancia del caso es la de una trabajadora con turnos alternos de mañana y tarde, madre de una niña menor de 12 años solicita reducción de su jornada por guarda legal dirigida a un turno fijo de mañanas. La cuestión que se plantea es si una persona trabajadora que presta servicios en dos turnos alternos tiene derecho a solicitar prestar servicios exclusivamente en un turno de mañana, a tenor de lo dispuesto en el artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores y con ello elegir. Declara el Tribunal que el legislador ha reconocido a las personas trabajadoras que por razones de guarda legal tengan a su cuidado algún menor de doce años -tal como ocurre en el caso examinado- el derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario.

las personas trabajadoras que prestan sus servicios en turnos rotatorios. La cuestión que se debate en esta sentencia viene referida a si el derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un menor lleva, o no, aparejada la posibilidad que dicha reducción permita que la trabajadora pueda realizar su jornada en un único turno y, por ende, concretar su reducción en el mismo, cuando habitualmente venía prestando sus servicios en turnos alternos de mañana y tarde. La empresa concede la reducción, pero no la concreción horaria solicitada, al tener la trabajadora turnos rotatorios de mañana y tarde de lunes a sábado y determinados domingos, al considerar que la reducción de jornada debe ser en cada turno que le corresponda trabajar, aparte de alegar razones organizativas y productivas, en la medida que supondría una descompensación de personal. En el presente caso, el Juzgado Social y el Tribunal Superior de Justicia que resolvió el recurso de suplicación, señaló que la concreción horaria en la reducción de jornada es un derecho individual de la persona trabajadora, por ello reconoce el derecho a la trabajadora a la reducción peticionada, pero lo más interesante es que reconoce su derecho a la concreción horaria solicitada, aparte de imponerle a la empresa el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la empresa contra la STSJ de Murcia de 27 de enero de 2020⁸³. La empresa alegó que no podía acceder a la petición de turno fijo por razones empresariales; el Supremo sostuvo que, ante las circunstancias expuestas, la negativa empresarial no podía ser tachada de irrazonable. Sentencia el Tribunal que el paso de un turno rotatorio a un turno fijo no entra dentro del derecho a concreción horaria, fundamentalmente en base a dos argumentos. En primer lugar, porque entiende que la jornada ordinaria implica el trabajo a turnos por lo que la concreción debe hacerse sin modificar este extremo. En segundo lugar, considera que esta interpretación es conforme al derecho comunitario⁸⁴; no supone vulneración alguna la normativa española que determina que la reducción de jornada se efectúe dentro de la jornada ordinaria sin que pueda exigirse, salvo mutuo acuerdo, la conversión de la jornada partida en continuada o el cambio de horario o el de turno de trabajo pasando a un sistema de trabajo a turnos a uno de turno fijo.

Finalmente, tengamos en cuenta que la única novedad incluida por el RD-Ley 5/2023 en este ámbito se refiere al campo subjetivo de aplicación de las personas cuyos cuidados generan el derecho de reducción que queda ampliado, comprendiendo, además de a los menores de doce años o personas con discapacidad que no desempeñen una actividad retribuida, al cónyuge o pareja de hecho, o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, incluido los familiares consanguíneos de la pareja de hecho que, por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y que no desempeñen actividad retribuida, que parece sustituir el requisito de la convivencia del artículo 34.8 ET, que ya no se exige.

Tal derecho se acompaña de la facultad de concretar las características específicas de la reducción de suerte que es a la persona trabajadora a quien la norma otorga el derecho de determinar las condiciones de la reducción horaria, con un único límite: el que la reducción se comprenda “dentro de su jornada ordinaria”, es decir, la que efectivamente viene desarrollando el trabajador de manera habitual. Ello determina que la reducción de jornada de la trabajadora recurrida deba producirse sin alterar el régimen de trabajo a turnos que venía realizando y que constituía característica específica de su jornada ordinaria.

⁸³ Sentencia, dictada el 27 de enero de 2020 por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, en el recurso de suplicación nº 1350/2018, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Cartagena, de fecha 31 de mayo de 2018, autos nº 250/2018.

⁸⁴ El Supremo se basa en la STJUE de 18 de septiembre de 2019 (Asunto C366/18), que señaló expresamente que ni la, entonces vigente, Directiva 2010/18 ni el Acuerdo marco sobre el permiso parental contenían disposición alguna que permita obligar a los Estados Miembros a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es el de turnos.

3.2.2 El teletrabajo, ¿herramienta para la corresponsabilidad?: el papel de los tribunales de justicia.

Dentro de las que hemos denominado fórmulas flexibles en pro de la conciliación -y de la corresponsabilidad- debemos referirnos al conocido popularmente como “teletrabajo”, que para muchos se erige como instrumento de conciliación de segunda generación⁸⁵ mientras que, para otros, es claramente un arma de doble filo⁸⁶. En cualquier caso, la propia Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, en su redacción, trata de evitar que esta forma de prestación de servicios, se conviertan en una práctica marginal, estereotipada y reducida a fines conciliatorios que puedan conllevar sesgos de género⁸⁷. Creemos que, con tal fin, el artículo 4.5 de la Ley, aclara que las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada⁸⁸.

Recordemos que, a raíz de la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, el trabajo a distancia se reconoce como un derecho conciliatorio de adaptación de la forma de prestación del trabajo, siempre que esa opción sea considerada como razonable y proporcionada tanto a las necesidades de conciliación del trabajador/a como de organización y producción de la empresa. Del mismo modo que sucede con respecto al derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, los términos de su ejercicio deben ser pactados en la negociación colectiva y en ausencia de la misma, habrá que actuar conforme al propio tenor del art. 34.8 ET, que, como sabemos, prevé la apertura, durante un periodo máximo de quince días, de un proceso de negociación entre la persona solicitante y la empresa, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa por parte de esta última en el referido plazo.

Actualmente existen demasiadas lagunas en la aplicación de este derecho. Si bien el legislador impone exigencias a las dos partes (el solicitante deberá motivar suficientemente la petición y la empresa tendrá la obligación de analizar exhaustivamente la situación, estar predispuesta a la negociación y, en el caso de negativa, deberá razonar y motivar las causas de denegación - nada dice la norma sobre la necesidad de prueba-), todas estas obligaciones parten de conceptos imprecisos, vagos, con alto grado de subjetivismo.

⁸⁵ Así lo define López Álvarez, M^a J., “El teletrabajo como instrumento para la conciliación familiar” en AA. VV. (López Álvarez – coord.- *Los desafíos de la conciliación, la igualdad y la diversidad en la post-pandemia*. Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 174.

⁸⁶ Maneiro Vázquez, Y., *op. cit.*, pp. 154 y 155 nos recuerda que el Proyecto de Ley de Trabajo a distancia incluía referencias a la conciliación que, sin embargo, desaparecieron tras la negociación con los agentes sociales; para la autora, el objetivo no era sino evitar la identificación entre los teletrabajadores y las necesidades de cuidado, “particularmente en el caso de las mujeres con responsabilidades familiares, para quienes el teletrabajo podría convertirse, así, en un arma de doble filo”. En sentido similar, Fernández Collados, M^a B.: “¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?” en Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo, Volumen 10, número 1/ 2022, p. 206, que considera que corremos el riesgo de que el teletrabajo como herramienta de conciliación de la vida personal, familiar y laboral termine perpetuando aún más los roles de género y segregando a las mujeres fuera de los centros de trabajo. También, véase Gala Durán, C., “La relación entre el teletrabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar. El papel de la normativa y la negociación colectiva”, en Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 7/2021 que, en sus conclusiones, pp. 183 y 184, advierte de que, si bien tanto a nivel europeo como estatal, así como en la negociación colectiva, se tiene una visión muy favorable del teletrabajo como una modalidad de prestación de los servicios que fomenta la conciliación, la visión no puede deslumbrarnos, por cuanto el teletrabajo también puede ser una vía para consolidar e, incluso, intensificar los roles y los estereotipos de género.

⁸⁷ Fernández Collados, M^a B., *op. cit.*, p. 156.

⁸⁸ No obstante, el contexto es distinto y la aplicación de algunas de ellas puede ponerse en entredicho; en este sentido, y como ejemplo de una postura generalizada entre la doctrina, Gala Durán, C., *op. cit.*, p.184, que, con un ilustrativo ejemplo, alude a la posible incompreensión por parte de la empresa ante la solicitud de ejercicio de estos derechos de sus trabajadores, al entender ésta que, al estar en casa y tener flexibilidad horaria, las medidas conciliatorias carecen de sentido

La inseguridad jurídica que ocasiona este derecho de solicitud y el poco hábito de negociar está provocando una gran litigiosidad al respecto. El derecho a solicitar el teletrabajo, como ocurre con el resto de fórmulas flexibles del 34. 8 ET, tiene una escasa regulación legal con objeto de que sean los convenios colectivos los que llenen estos vacíos. No cabe duda de que es la negociación colectiva la que debe concretar este derecho, tanto los requisitos de la solicitud como las posibilidades de rechazo y efectos de las alternativas propuestas por la empresa, e incluso de las posibles indemnizaciones. Ahora bien, ante la falta de regulación colectiva que dé seguridad jurídica son los tribunales los que están fijando el alcance y los límites a este derecho⁸⁹. Atendiendo a la normativa vigente, es evidente que el margen de actuación judicial es muy amplio. De ahí el interés de conocer cómo nuestros tribunales resuelven las controversias surgidas.

Así, por ejemplo, la STSJ de Galicia 541/2022, de 3 de febrero⁹⁰ confirma la condena de indemnización por daños morales a favor de una trabajadora porque la empresa rechazó sin justificación suficiente su solicitud de adaptación de su jornada en régimen de teletrabajo. Según el Tribunal, la trabajadora aportó indicios respecto a que la decisión empresarial de negarle el teletrabajo dificultaba o entorpecía su derecho a conciliación de la vida familiar y laboral derivado de la existencia de hijas menores necesitadas de atención y ausencia del esposo del hogar familiar ; ello junto al contenido y reiteración de las decisiones negativas (tres rechazos), llevan al juzgador a considerar que se debe aplicar la inversión de la carga de la prueba, debiendo la empresa demostrar lo justificado de su negativa. Al rechazar la solicitud con razones genéricas “por tanto carentes de cualquier objetividad y justificación, pues no concreta el eventual perjuicio que pudiera seguirse de acceder al interés de la trabajadora”, el Tribunal condena a la empresa, reconociendo la discriminación por razón de circunstancias familiares, conforme al artículo 14 CE, reconociendo el derecho de la trabajadora no sólo al teletrabajo conforme a lo solicitado sino a una indemnización por los daños causados.

Otra duda surgida versa sobre los efectos jurídicos que debe desplegar la existencia de una contraoferta realizada por la empresa⁹¹. No olvidemos que la normativa establece que, tras la solicitud por parte del trabajador, si no hay previsión al respecto en el convenio colectivo, se abrirá un proceso de negociación y en caso de que no se llegue a un acuerdo, la empresa deberá responder aceptando la solicitud, rechazando la misma o estableciendo una propuesta alternativa. Nos preguntamos si los tribunales, ante una propuesta alternativa de la empresa deben valorarla, aceptándola si es razonable y sólo en caso de que no lo sea valorar la solicitud del trabajador, o bien hacer el proceso contrario, esto es, valorar primero la solicitud realizada por la persona trabajadora y solamente en caso de no ser razonable o proporcionada pasar a valorar la propuesta alternativa. Nos surge la duda de que en caso de que ambas propuestas sean válidas para cumplir con las concretas necesidades de conciliación de la persona trabajadora, cuál de las dos -la solicitud de la persona trabajadora o la propuesta empresarial- debe prevalecer.

En este sentido, la STSJ de Oviedo 850/2022, de 19 de abril⁹² acepta una solicitud de adaptación al teletrabajo, rechazando una negativa empresarial genérica⁹³. El Tribunal no

⁸⁹ Véanse los comentarios de Todolí, A., en su blog, ya referido, “Argumentos en Derecho Laboral”; en particular ¿El rechazo injustificado del teletrabajo da derecho a daños morales? La STSJ Galicia 03/02/2022 dice que sí. – Argumentos en Derecho Laboral (adriantodoli.com)

⁹⁰ Nº rec. 5108/2021.

⁹¹ De nuevo, siguiendo a TODOLÍ, A., en “Argumentos de Derecho Laboral”, que hace crítica <https://adriantodoli.com/2022/07/06/derechos-de-conciliacion-se-acepta-una-solicitud-generica-al-teletrabajo-y-se-rechaza-una-negativa-empresarial-generica-stsj-oviedo-19-04-2022/>

⁹² Nº rec. 318/2022.

⁹³ En el caso enjuiciado, la sentencia de instancia estima la pretensión de adaptación de jornada realizada por la actora, madre de dos hijos menores de doce años, razonando que está justificada su situación familiar y que la

entra a valorar la propuesta de la empresa, al entender que, dado que ésta no ha probado razones objetivas para el rechazo de la solicitud, no cabe tampoco propuesta alternativa⁹⁴.

Si bien la norma expresamente establece que las adaptaciones “deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora”, por lo que la solicitud no podría venir justificada por una genérica responsabilidad como tutor o progenitor, sino que parece necesario describir cuáles son las necesidades concretas de conciliación y explicar cómo las adaptaciones solicitadas permiten cubrir esas necesidades, el criterio de la sentencia, por el contrario, da validez a una solicitud que no contempla ninguno de estos dos extremos⁹⁵, considerando suficiente la mera existencia de la responsabilidad de cuidados. Sin embargo, la falta de concreción en los argumentos de la empresa determina que no hay una razón objetiva que justifique no acceder a lo solicitado por la trabajadora, por lo que procede a la desestimación del recurso interpuesto por la citada empresa y la confirmación de la sentencia de instancia⁹⁶.

3.3. El RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo y el permiso por cuidado del lactante

La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 2/2024, de 21 de mayo, nos recuerda que el esquema de permisos o de ausencias en el trabajo por motivos familiares debe atender a dos fines claves y estrechamente relacionados. El primero de ellos, la promoción de manera efectiva de la participación de las mujeres y el mantenimiento de sus carreras profesionales y, en relación directa, el establecimiento de una garantía del ejercicio corresponsable de las tareas de cuidado que evite la perpetuación de roles. Una tercera circunstancia, que no es baladí, es que, para la consecución de estas metas, se debe atender al coste económico asociado a los permisos de cuidado. En base a estos objetivos, el RD 2/2024 modifica el régimen del permiso de lactancia para mejorar los términos en los que se ejerce dicho derecho y flexibiliza su ejercicio.

No olvidemos que el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, cambió la denominación del “permiso por lactancia” a “permiso

solicitud es proporcionada y razonable, por cuanto se constriñe únicamente a tres días laborales a la semana, sin que la empresa acredite razones objetivas de carácter organizativo o productivo que le impidan ahora acceder a ese régimen de trabajo. En respuesta a esa solicitud, la demandada se limitó a afirmar que las circunstancias en las que se desarrolla el teletrabajo “no son idóneas para la buena marcha de la empresa, habida cuenta de que dificulta aspectos tan esenciales para el trabajo en equipo como la interacción directa y hasta las relaciones informales que resultan esenciales en el trabajo creativo que está en la base de nuestra misión como investigadores”, lo que, a juicio del Tribunal, no constituye una razón objetiva que justifique no acceder a lo solicitado por la trabajadora.

⁹⁴ La empresa proponía como alternativa para la conciliación que la trabajadora pudiera realizar un total de 15 días al trimestre de teletrabajo entendiendo esto suficiente, frente a la solicitud de la trabajadora que pide 3 días de teletrabajo a la semana y dos de trabajo presencial.

⁹⁵ Esto es, no se expone necesidades concretas de conciliación más allá de la situación de la patria potestad, ni se explica cómo la solicitud cubre esas necesidades de conciliación. Circunstancias puestas de manifiesto por Todolí, A., “Argumentos...” cit., que, en desacuerdo con el fallo, considera que la información es clave para poder cumplir los requisitos de negociación del art 34.8 ET y la posterior valoración judicial en su caso; “una información que en este caso no se proporcionó de forma suficiente para poder valorar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 34.8 ET, lo que, (...) debería haber conducido a una sentencia que rechazara la solicitud realizada”.

⁹⁶ Ello en congruencia con la doctrina constitucional que, en palabras del Tribunal, establece que, “en materia de conciliación, han de ponderarse los intereses en juego, lo que obliga a valorar las circunstancias personales y familiares de la persona trabajadora y las eventuales dificultades que la empresa pueda tener para acceder a la medida solicitada, pues la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de circunstancias personales (Art. 14 de la CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (Art. 38 de la CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación en un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar”.

por cuidado del lactante⁹⁷, pasando a ser un derecho para la corresponsabilidad⁹⁷, de ambos progenitores⁹⁸, complementado con la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante cuando -con reducción proporcional del salario- se amplíe de los nueve a los doce meses del lactante; prestación que sustituye la pérdida de ingresos correspondientes a esos tres meses de reducción de jornada⁹⁹, si bien, aunque el derecho a la misma se reconoce cuando ambos progenitores reduzcan su jornada por este motivo, con la misma duración y régimen, únicamente podrá beneficiarse uno de ellos¹⁰⁰.

Hasta la entrada en vigor de este nuevo RD-Ley, las modalidades de disfrute alternativas a la ausencia de una hora diaria quedaban supeditadas a su previsión expresa en el convenio colectivo de aplicación o a los términos acordados entre la empresa y la persona trabajadora. La modificación del artículo 37.4 elimina estas restricciones, convirtiendo todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, en un derecho de todas las personas trabajadoras. Tengamos en cuenta que, de forma mayoritaria, un importante número de trabajadores han optado por ejercitar de esta forma el permiso de lactancia. Pensemos que la ausencia del trabajo, en dos fracciones de media hora, se convierte un derecho prácticamente inejecutable para el fin previsto, ya que en la mayor parte de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral. A su vez, la asistencia que se puede dar al hijo durante la media hora de disminución de la jornada es sensiblemente menor a la que reconoce la posibilidad

⁹⁷ En este punto, tiene especial interés la STS 224/2020 de 10 marzo (rec. 224/2020), que examina la validez de una práctica empresarial que no permitía disfrutar del permiso hasta que transcurriesen 16 semanas desde el nacimiento, lo que impedía que los trabajadores varones pudiesen acogerse a tal posibilidad al finalizar su baja por paternidad. Aunque el conflicto se suscita con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 6/2019, el desglose de su fundamentación jurídica establece unos elementos claves a tener en cuenta: 1) el permiso está desconectado de la suspensión por maternidad; 2) los requisitos para su disfrute están legalmente tasados, sin que proceda su interpretación expansiva, siendo contraria a Derecho la exigencia de cualquier requisito adicional a los previstos en la Ley; 3) el objetivo general de corresponsabilidad en las tareas familiares aconseja una interpretación favorable al ejercicio indistinto del derecho. La sentencia deja claro que, "precisamente, para cumplir con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, la utilización de las medidas de corresponsabilidad debe hacerse facilitando que los hombres hagan uso de los derechos de conciliación de la vida familiar y, por ello, el retraso en el inicio del ejercicio del permiso que postula la empresa resulta lesivo para la efectividad del derecho constitucional (art. 14.1 y 8 LO 3/2007, de 22 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres".

⁹⁸ No podemos obviar los conflictos que se suscitaron ante la cuestión de la concesión o no del permiso en los casos en los que uno de los progenitores no desempeñaba trabajo remunerado por cuenta ajena; desde los tribunales se alcanzaron soluciones contrapuestas. Véase, por ser altamente didáctica, la STS (Sala de lo Social) de 11 de julio de 2023, dictada en recurso para la unificación de doctrina, - que se pronuncia sobre reclamación del permiso de lactancia por una trabajadora al que le fue denegado por la empresa por estar el otro progenitor desempleado-; invocando sentencia del mismo Tribunal de 12 de julio de 2022 (recud. 1367/2019), recopila las diversas versiones que ha tenido el art. 37.4 del ET, pudiéndose apreciar la evolución normativa, haciendo, además, acopio de la jurisprudencia eurocomunitaria y constitucional. Si bien el caso a dilucidar se desarrolla bajo la vigencia del artículo 37.4 derivado de la Ley 3/2012, que dispone que el permiso por lactancia "sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen", se hace una interpretación teleológica e histórica, concluyendo en que la corresponsabilidad en las tareas familiares aconseja una interpretación favorable al ejercicio indistinto del derecho, pues lo contrario comportaría el peligro de perpetuación de roles tradicionales, sexistas y opuestos a los objetivos "equiparadores" de la LOI.

⁹⁹ El artículo 183 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS) considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses. Los progenitores deberán acreditar el ejercicio corresponsable del lactante mediante una certificación de la reducción de jornada que deberán solicitar a sus empresas. La prestación económica es equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal, en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. (Art. 192bis LGSS).

¹⁰⁰ Véase, Barcelón Cobedo, S., "Adaptación de jornadas, reducciones y permisos...", *op. cit.*, p.129, que expone como este hecho da origen a una situación, objeto de críticas, en la que, durante esos tres meses de reducción de jornada, uno de los progenitores percibirá esta prestación social sustitutoria, mientras que el otro seguirá ejerciendo su derecho de conciliación, pero con la merma, aunque sea pequeña, de su salario.

de acumulación. La modalidad clásica de pausa por lactancia persiste en sus propios términos para quien lo desee; No obstante, la evolución histórica de esta figura apunta en esta dirección de consolidación de la técnica acumulativa.

Así pues, y como principal novedad, el disfrute del permiso de lactancia a través de una reducción de la jornada en media hora diaria o por acumulación por jornadas completas dependerá de la mera voluntad de las personas trabajadoras y no será necesario que el convenio colectivo prevea expresamente esa modalidad de disfrute ni que la empresa y la persona trabajadora alcancen acuerdo alguno al respecto, correspondiendo, en todos los casos, a esta última decidir la modalidad y el momento del disfrute del permiso, posibilidad que también se contemplaba en la redacción anterior.

En consecuencia, tras la supresión de la prevalencia de lo pactado en la negociación colectiva (o en el acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa, pero siempre respetando lo regulado en aquella), se universaliza el derecho a acumular en jornadas completas las horas de lactancia, con independencia de que lo recoja o no el convenio colectivo, ajustándose, de este modo, a las necesidades de las personas trabajadoras. Las nuevas previsiones eliminan los límites que hasta ahora existían y convierten todas las opciones de disfrute en un derecho, de tal forma que, si el convenio no contempla la posibilidad de acumular estas horas, el mismo podrá ejercerse igualmente, sin que la empresa pueda negarse ni establecer condiciones. No son pocos los casos en los que la empresa rechazaba aceptar la acumulación y otros en los que la permitía pero obligaba a la persona trabajadora a disfrutar de su período vacacional, con la consiguiente disminución del número de horas de lactancia a las que se tendría derecho, ya que éstas empiezan a contar a partir de la reincorporación tras el permiso de maternidad/paternidad. Podemos decir que, con la nueva regulación, “queda subsanada” la modificación que en este sentido pretendió llevar a cabo el RD-Ley 7/2023, de 19 de diciembre, y que no pudo materializarse debido a que la falta de apoyo parlamentario impidió su aprobación. Pueden surgir ahora dudas sobre cómo proceder a la acumulación de esas horas, en el caso de que no se haya previsto en convenio¹⁰¹ ni exista acuerdo al respecto que, en muchos casos, ante las discrepancias, tendrán que resolver los tribunales.

Es especialmente interesante la STS 986/2023, de 21 de noviembre de 2023, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina¹⁰², en la que se dilucida sobre cómo debe calcularse la acumulación de jornadas por lactancia de los trabajadores a tiempo parcial, en un caso en que la empresa reconoce el derecho a tal acumulación pese a que el convenio colectivo no lo regula. Señala la Sala que el derecho de ausentarse una hora del puesto de trabajo debe aplicarse exactamente por igual a todos los trabajadores que solicitan el permiso de lactancia, sin que quepa una reducción proporcional a la menor duración de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial.¹⁰³ Efectivamente, el Estatuto

¹⁰¹ Hasta la fecha, un elevado porcentaje de convenios suelen concretar un número de días - entre 14 y 16-hábiles, aunque en algún caso se prevén naturales, como es el caso del Convenio colectivo del Grupo Supermercados Carrefour (Resolución de 5 de junio de 2023, de la Dirección General de Trabajo); también los prevé naturales el Convenio colectivo de la empresa Mercadona, SA (Resolución de 16 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Mercadona, SA.), que fija el tiempo de acumulación en 30 días en su artículo 20 k), uniéndolo al período de permiso de nacimiento. Véanse, al respecto, los comentarios de Barcelón Cobedo, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰² N^o rec. 2978/2022.

¹⁰³ En cuanto a la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso, es la de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que pueda fijar el convenio-, por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada de la persona trabajadora. Esto es así, porque si el permiso consiste en el derecho a una hora de ausencia diaria del puesto de trabajo, ello supone que el número total de horas que deben acumularse son tantas como días laborables queden para que el menor alcance la edad hasta la que se extienda la duración máxima del permiso. Ese es el número de horas que el trabajador puede acumular en jornadas completas de trabajo, lo que determina que el trabajador a tiempo parcial necesite más días

de los Trabajadores no indica que corresponda una hora cada ocho horas trabajadas, sino una hora por jornada laboral, independientemente del número de horas que se trabaje cada día.

Por otra parte, el RD- Ley 2/2024 modifica el art. 47 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público para incluir, de manera expresa, las fórmulas flexibles de empleo como ejercicio efectivo del derecho a la conciliación respecto de los cuidadores, a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158. De este modo, las medidas garantizarán la conciliación de la vida familiar y laboral de los empleados públicos que tengan a su cargo a hijos e hijas menores de 12 años; también de los empleados públicos que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de 12 años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, así como de otras personas que convivan en el mismo domicilio y que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismas.

4. APUNTE FINAL

En la Declaración de Filadelfia de la OIT se afirma con rotundidad que el trabajo no es una mercancía (art. I, a)). Aunque este principio pueda parecer un tanto idealista, simplemente reconoce el hecho evidente de que, a diferencia de las mercancías, los/as trabajadores/as son personas que albergan esperanzas, sueños y aspiraciones para sí mismos y sus familias. En la Declaración de Filadelfia se afirma asimismo que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” (art. II, a)). El trabajo remunerado no se limita a satisfacer las necesidades materiales de los trabajadores, sino que les brinda la oportunidad de aspirar a su realización personal en la vida o, al menos, así debería ser.

El camino que queda por recorrer es largo y no sin escollos; la necesidad de conciliar de manera corresponsable la vida laboral y privada sigue siendo un reto a medio y largo plazo. No son pocos los desafíos pendientes.

Las políticas de países de nuestro entorno nos confirman que aún tenemos mucho que aprender. Siendo conscientes de las diferentes realidades e idiosincrasias, pensemos, por ejemplo, en las generosas medidas de conciliación de Suecia que tras la reforma del permiso parental aprobada por el Parlamento sueco en diciembre de 2023, que entraron en vigor el pasado 1 de julio de 2024, las familias pueden transferir los subsidios que le corresponden por natalidad a otra persona, sea o no familiar. En Suecia ya había un permiso parental de los más amplios y flexibles del mundo, junto con los de otros países nórdicos, sin embargo, la circunstancia de que, a pesar de que desde que el hijo cumple un año hasta que comienza la enseñanza obligatoria a los 6, los padres tienen derecho a llevarlo a una guardería o escuela infantil subvencionada, muchas familias recurren a familiares para que les ayuden en el cuidado de los hijos, ha impulsado esta reforma y la ha llevado a buen puerto. Naturalmente, no es gratis, sino a costa de una fuerte presión fiscal, por la que tiene fama los países nórdicos¹⁰⁴.

para alcanzar el mismo resultado. Véanse, al respecto, los comentarios de Cavas Martínez, F., “Disfrute acumulado del permiso por lactancia, trabajo a tiempo parcial y no discriminación”. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 1/2024.

¹⁰⁴ En Suecia, el impuesto sobre la renta y las cotizaciones sociales suponen el 42,1% de los costes laborales (salario bruto más cotizaciones a cargo de la empresa).

En España, dos de cada tres familias en España, las monoparentales más del 70%, necesitan recurrir a alguien para que les ayude en el cuidado de los hijos. Y debido a la precariedad de no poder pagar, la tarea recae en un familiar, normalmente en los abuelos, que se convierten en el sostén del Estado del Bienestar. Partiendo de la base de que el fomento de unos servicios públicos adecuados de atención a dependientes en general debería ser un reto prioritario para el Estado y las CC. AA. a corto plazo, las cuestiones pendientes en nuestro entorno pivotan sobre varios ejes.

Por una parte, nuestro recientemente aprobado permiso parental está pendiente de desarrollo reglamentario; ansiamos la aprobación del mismo, lo que- esperamos y deseamos- nos aclarará, entre otros aspectos, la cuestión retributiva. Si en un primer momento el Gobierno no contempló su retribución y posteriormente se anunció que sería completamente retribuido, hace unos meses se avanzó que se iba a negociar que lo fuera **parcialmente**. La Directiva 2019/1158 deja margen a los Estados miembros para que el permiso parental pueda ser cubierto mediante retribución o mediante prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental. Parece que el Gobierno quiere mantener su compromiso de avanzar en esta parcela, retribuyendo, al menos, cuatro semanas, la mitad de dicho permiso, en línea con la normativa comunitaria y respondiendo también al acuerdo de Gobierno entre el PSOE y Sumar, que recoge exactamente esa intención, sin perjuicio de mejoras que se puedan adoptar en el sector público. No obstante, no ha precisado quién deberá retribuir este permiso, si el sistema público o las propias empresas, ni en qué futura norma se incluirá la obligatoriedad de esta retribución o cuándo podría entrar en vigor. Lo que es incuestionable es que, en todo caso, necesitamos permisos universales, accesibles y garantizados.

Por otra parte, se ha reiterado el compromiso del Ejecutivo para ampliar a 20 semanas los permisos de maternidad y paternidad pero, a la fecha de hoy, tampoco se ha concretado cuándo se aprobará dicha extensión. Recordemos que en el pacto del Gobierno de coalición, PSOE y Sumar acordaron aprobar una serie de medidas a lo largo de la legislatura. En origen, para su aprobación se contemplaron dos vías: los Presupuestos Generales del Estado (PGE) de 2024 o la tramitación parlamentaria de la Ley de Familias (a través de una enmienda). Y la cuestión es que, en el caso de los presupuestos, no llegaron a producirse (se prorrogaron los del año pasado) ni tampoco en la malograda Ley de Familias. Sumar le ha puesto fecha a la extensión de estos permisos al pedir al PSOE que apruebe la medida en los PGE de 2025. La implementación de esta importante herramienta para la conciliación requerirá una inversión inicial y ajustes por parte de las empresas y de la Administración Pública.

En otro orden, el papel de la negociación colectiva en la adopción de medidas que den respuesta a las necesidades familiares de cuidados es primordial. Resulta básico investigar cuáles de las medidas negociadas y recogidas en los convenios colectivos son efectivas y cuáles deberían ser objeto de cambio, para indagar en la eficacia de las ya implantadas y aportar ideas y futuras soluciones.

Las empresas, por su parte, deben tomar conciencia de la imperiosa necesidad de avanzar en este ámbito. Existen realidades evidente en el entorno empresarial que exigen el planteamiento de políticas de conciliación y corresponsabilidad más adecuadas y acordes con los tiempos actuales. Está comprobado que, por ejemplo, los padres no utilizan la totalidad de su derecho al permiso de nacimiento o cuidado de menor o no pueden utilizarlo en función de sus necesidades familiares de cuidado. Asimismo, las mujeres trabajadoras abandonan o cambian de puesto tras regresar del permiso de nacimiento o de una excedencia por cuidado de menor, razón por la que las empresas pierden a mujeres

comprometidas. Y por supuesto, no es una razón menor, porque estamos hablando de que las mujeres trabajadoras pierden sus empleos y con ello su autonomía económica.

No se puede apostar por una cultura de empresa en la que se acepten las horas extraordinarias y el exceso de trabajo sin control, la alta rotación o los altos niveles de absentismo como consecuencia de las prácticas rígidas e inflexibles en la gestión del tiempo de trabajo. La empresa tiene que redefinir sus objetivos y valores sobre cómo dirigirse hacia un modelo de empresa socialmente responsable, comprometida con la igualdad y la corresponsabilidad. Se debe abogar por el equilibrio entre lo laboral y lo personal, entre la esfera pública y privada; para ello es necesario la implementación de medidas que pivoten sobre cuatro elementos: dedicación, disponibilidad/desconexión, descanso.

Pautas para seguir en tono a la organización del tiempo de trabajo, la ampliación de licencias más allá de las legales, la promoción de la movilidad geográfica y, en su caso, el trabajo en remoto, el establecimiento de mejoras y beneficios sociales y el fomento de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres serían acciones esenciales. Como ejemplos tangibles, reuniones en horarios consensuados, la facilitación de medios telemáticos, la utilización de plataformas de formación online accesibles desde cualquier punto, la eliminación de la “cultura de la presencialidad”, el fomento del uso de prácticas de tiempos flexibles (jornadas adaptables, horario flexible de entrada y bolsas de horas) son herramientas cruciales que puede utilizar la empresa¹⁰⁵. Existen también ejemplos de entidades¹⁰⁶ que vienen implantando otras medidas más novedosas basadas en la formación de líderes y mandos intermedios.

Y ello, sin duda, no sólo para lograr la conciliación de los intereses familiares y laborales de las personas trabajadoras sino para la consecución de un entorno laboral saludable, accesible y funcional que, sin la menor duda, redundará en beneficio de todas las partes implicadas.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN GÓMEZ, C.: La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español: análisis de los nuevos permisos por razón de cuidado del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (480), 2024; pp. 85–110. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21507>

105 A nivel nacional, podemos hablar de empresas referentes en conciliación laboral y familiar. Como ejemplos, Mercadona figura como una de las compañías líderes. La cadena de distribución permite la flexibilidad y adaptación horaria de sus empleadas y empleados en función de sus necesidades específicas. La empresa, cuenta con una baja maternal ampliada – más allá de lo establecido por la normativa vigente – y ofrecer servicios de guardería en algunos de sus centros de trabajo que facilita la conciliación familiar. Por otro lado, la petrolera Repsol, es reconocida por su flexibilidad horaria, la cual se fundamenta en la gestión eficiente del tiempo de trabajo y la promoción del teletrabajo, así como en la posibilidad de reducción de jornada o el derecho a desconexión. Además, dispone de beneficios asistenciales de carácter gratuito. Del mismo modo, Vodafone permite una mayor flexibilidad horaria de entrada y salida para las personas empleadas con jornada partida, además de contar con importantes medidas de conciliación familiar y laboral para las mujeres que deciden ser madres. Entre estas medidas se encuentran: la ampliación del horario de lactancia, la posibilidad de aumentar el periodo de lactancia hasta que el bebé cumpla los 12 meses y la posibilidad de reducir la jornada de las madres después del parto y la lactancia a las 30 horas sin que suponga una reducción salarial. Otros ejemplos, los encontramos en L’Oreal, con flexibilidad horaria, servicios asistenciales para familiares de empleados, jornada laboral establecida, permisos retribuidos para atención de familiares; y en la empresa IBM, que contempla medidas sobre flexibilidad horaria de entrada y salida, teletrabajo, servicios asistenciales para los familiares de empleados, trabajo por objetivos.

106 Como ejemplo, las empresas Telefónica S.A. y Nae Global; esta última ha creado un equipo transdisciplinar de género de hombres y mujeres para hablar, escuchar y conseguir propuestas de mejora.

BALLESTER PASTOR, M^a 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, pp. 1109-1132.

BALLESTER PASTOR, I.: “Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 8/2022.

BARCELÓN COBEDO, S.: “Adaptación de jornadas, reducciones y permisos en el RD-Ley5/2023”. *Temas Laborales*, 171/2024, pp. 103-136.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Disfrute acumulado del permiso por lactancia, trabajo a tiempo parcial y no discriminación”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 1/2024.

CORDERO GORDILLO, V.: “El nuevo permiso parental del artículo 48 bis del ET”. *Lan Harremanak– Revista de Relaciones Laborales*, n^o 51, 2024. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25838>

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, ML.: “La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España”. *Temas Laborales*, 168/2023, pp. 37 a 66.

DOMÍNGUEZ-OLABIDE, P.: “Prestaciones para la conciliación de la vida laboral y familiar: una revisión de su diseño e impacto en los países de la OCDE”. *SIIS Servicio de Información e Investigación Social*. Maiatza-mayo, 2021, pp. 33 a 54. <https://doi.org/10.5569/1134-7147.74.02>

FERNÁNDEZ COLLADOS, M B.: “¿Es el teletrabajo una fórmula de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?” en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, Volumen 10, número 1, enero-marzo de 2022.

GALA DURÁN, C.: “La relación entre el teletrabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar. El papel de la normativa y la negociación colectiva”, en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2021, vol. 7.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la unión europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, en *Femeris*, Vol. 7, n.º 2, 2022, pp. 24 y ss.

IGARTÚA MIRÓ, M.T.: Promoción de la igualdad de género a través de “fórmulas de trabajo flexible”. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158. *Femeris*, Vol. 7, No. 2, 2022, pp. 86-114. <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6944> 86

JURADO SEGOVIA, A.: “Preguntas y respuestas acerca del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación”, en *DE LOS COBOS (Dir.)*, Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación: preguntas y respuestas, *La Ley*, 2020, pp. 207-209

LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a J.: “El teletrabajo como instrumento para la conciliación familiar” en *AA.VV. (López Álvarez (coord), Los desafíos de la conciliación, la igualdad y la diversidad en la post-pandemia*”. Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a J.: “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español” *Femeris*, Vol. 7, N^o 2, pp. 64-85. <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6943> 64

LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial”, en *Trabajo y Derecho*, n.º 70,2020, pp. 1-2.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, en *DRL*, n.º 8, 2019.

LOUSADA AROCHENA, F. y RON LATAS, R.: “El permiso para el cuidado del lactante y la nueva prestación por su ejercicio corresponsable”, *Revista de Derecho Social y de Empresa* 12, p. 35.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r) evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158”. Bomarzo, 2023.

NAVARRO NIETO, F.: “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 262/2023.

NIETO ROJAS, P.: “La transposición de la directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, (7), 2023 Págs.75–102. <https://doi.org/10.24310/rejlls7202316909>

NIETO ROJAS, P.: “Políticas de las comunidades autónomas para la conciliación de la vida laboral y familiar. el papel de las administraciones públicas en el fomento de la corresponsabilidad”, en *Revista Derecho Social y Empresa. Políticas públicas de empleo y cuidados*, nº 20, enero de 2024.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en el cuidado del lactante y la adaptación de la jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 55, 2020.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: “Conciliación vida familiar y laboral (modificación de jornada). Discriminación por razón de género”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 7/2021.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Derecho de una abuela a la adaptación del horario de trabajo por motivos de conciliación: necesidad de acreditar la situación de necesidad familiar”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 9/2021.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Adscripción a un turno de trabajo fijo por motivos de conciliación: presunción de necesidad adaptativa”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 9/2023.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)”. *Labos*, Vol. 2, No. 2, pp. 12-21 / <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6214>

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 40-78 <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5470>

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La *soberanía sobre el tiempo*. Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”. *Cuad. relac. labor.* 40(1) 2022.

ROJO TORRECILLA, E.: Interpretación integradora. del art. 34.8 LET: adaptación de la jornada de trabajo a la conciliación de la vida laboral y familiar”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 6/2021.

ROJO TORRECILLA, E.: “¿Miedo escénico o precaución jurídica en el TS? A propósito de la sentencia de 2 de marzo de 2023 sobre la duración de los periodos de descanso en los permisos por nacimiento para familias monomarentales”, en su Blog “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/03/miedo-escenico-o-precaucion-juridica-en.html>.

ROJO TORRECILLA, E.: “El TSJ de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre la duración del permiso por nacimiento de menor para familias monoparentales. Notas al auto de 10 de octubre de 2023 (y recordatorio de sus orígenes)” en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/10/el-tsj-de-cataluna-plantea-cuestion-de.html>

RIVAS VALLEJO, P.: “El cómputo del *dies a quo* en los permisos retribuidos en la jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo”. STS-SOC núm. 257/2020, de 12 de mayo. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 6/2020.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “La dimensión constitucional de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización por daños morales”. *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 427/2023, de 14 de junio*. Temas Laborales n°169/2023, pp.189-203.

TODOLI, A: El Supremo confirma que la negativa empresarial a la concreción horaria por razón de conciliación implica daños y perjuicios (STS 26 de abril 2023) – Argumentos en Derecho Laboral (adriantodoli.com)

VICENTE VICENTE, M.J.: “Las políticas de empleo y de conciliación laboral y familiar en el paradigma sueco”. Cuadernos de Gobierno y Administración Pública.

<https://dx.doi.org/10.5209/cgap.76195>

VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)” en Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 4/2021.

DOCUMENTOS

Resolución de 10 de mayo de 2024, de la Secretaría de Estado de Igualdad y para la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de 29 de abril de 2024, por el que se fijan los criterios de distribución a las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, así como la distribución resultante, del crédito destinado en el año 2024 al desarrollo del Plan Corresponsables. BOE» núm. 120, de 17 de mayo de 2024. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2024-10002>

Buenas prácticas de conciliación y corresponsabilidad en las empresas con distintivo “Igualdad en la empresa” (Red DIE) Análisis sectorial y por tamaño de empresa. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades <https://cpage.mpr.gob.es/producto/buenas-practicas-de-conciliacion-y-corresponsabilidad-en-las-empresas-con-distintivo-igualdad-en-la-empresa-red-die/>

PONENCIA GENERAL TERCERA:
CONCILIACIÓN Y TIEMPO DE TRABAJO

D^a NATALIA TOMAS JIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: EL NECESARIO FOMENTO DE LA SOBERANÍA DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA CONCILIAR MÁS Y MEJOR
2. EL REAL DECRETO-LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO: ¿DE LA CONCILIACIÓN FORMAL HACIA UNA CORRESPONSABILIDAD EFECTIVA?
3. LA NECESARIA APUESTA POR FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE
4. SELECCIÓN DE NOVEDADES EN PERMISOS TRAS EL REAL DECRETO-LEY 5/2023
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN: EL NECESARIO FOMENTO DE LA SOBERANÍA DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA CONCILIAR MÁS Y MEJOR

Las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar son imprescindibles para ejercer el derecho a cuidar y al cuidado, resultando esencial que las personas trabajadoras gocen para ello de fórmulas de trabajo flexibles, y muy especialmente en cuanto al tiempo de trabajo, promoviéndose normativamente una mayor “soberanía” de los trabajadores al respecto¹. Así lo viene reclamando la OIT al considerar que la capacidad de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo mejorará su salud y su bienestar, así como el desempeño personal y empresarial². Desde la perspectiva de que las personas nos organizamos en “tiempos sociales”, como el tiempo para el trabajo, para la educación, para la familia, para el descanso, etc., es importantísimo realizar una adecuada articulación de los mismos, configurándose el concepto de soberanía del tiempo como un concepto integrador de una nueva sociedad mucho más cercana a la idea del ser humano como centro³.

1.1. La “realidad estadística”: los cuidados y la conciliación tienen rostro femenino

Se prevé un aumento significativo de las tareas de cuidados, en parte por el proceso de envejecimiento demográfico que tenemos, y en consecuencia también crecerá el trabajo de cuidados, remunerado o no remunerado⁴. Los cuidados no tienen género, pero son principalmente atendidos por mujeres⁵. Las estadísticas arrojan una conclusión clara y constante en este sentido. A medida que se incrementa el número de hijos menores de 12 años, disminuye la tasa de empleo femenino; mientras que en el caso de los hombres ocurre precisamente a la inversa⁶. La Encuesta de Población Activa (EPA) del

¹ VEGA RUIZ, M^a. L.: “La soberanía del tiempo de trabajo: un nuevo enfoque para un concepto tradicional”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 13, 2020, pp. 7 y ss., explicando que el término “soberanía del tiempo de trabajo” es definido por el diccionario Collins de la lengua inglesa como el control ejercido por un empleado del uso de su tiempo, que implica la flexibilidad de las horas de trabajo. El término es usado desde hace casi veinte años en inglés de forma equivalente a la idea de gestión de tiempo de trabajo en español.

Desde la perspectiva de la soberanía del tiempo puede verse, entre otros, CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, pp. 227-244; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España”. *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, p. 39; MOLINA NAVARRETE, C.: “Autodeterminación» (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 441, 2019, pp. 5-24; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La “soberanía sobre el tiempo”: Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”. *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 40, núm. 1, 2022, pp. 37-55.

² OIT: *Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor*. Ginebra, 2019, p. 42.

³ VEGA RUIZ, M^a. L.: “La soberanía del tiempo...”, op. cit., pp. 4 y ss.

⁴ En este sentido, CAMAS RODA, F.: “La estrategia europea de cuidados desde una aproximación jurídico-laboral”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 20, 2024, pp. 20-43, advirtiendo que el cuidado a las personas está pasando a ser una de las políticas a la que más atención empieza a prestarse por parte de las instituciones de la Unión Europea, en particular, el trabajo de cuidados remunerado o no remunerado; debiéndose observar sus efectos en el mercado de trabajo, especialmente para las mujeres que son la mayoría de las personas que lo realizan.

⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, núm. 11(1), 2021, pp. 40 y ss., advirtiendo que, si bien las labores de cuidado no tienen género, su tradicional vinculación al femenino ha supuesto un lastre para la plena integración de las mujeres en el mundo laboral.

⁶ Según fuentes del INE la tasa de empleo en España en 2023 de los hombres de 25 a 49 años sin hijos menores de 12 años fue de 85,8%, y con hijos en ese grupo de edad es más alta (90,3%), con un hijo el valor de la tasa ascendió al 91,1%, el valor más alto, con dos 90,5%, y con 3 hijos o más es del 83,3%. la tasa para las mujeres sin hijos de esa edad es de 77,9% y de 71,5% en el caso de tener hijos de esa edad (74,3% las que tienen un hijo, 70,4% en el caso de dos hijos y de 52,2% el de las mujeres con tres o más hijos). Así se recoge en MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL; INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Mujeres y hombres en España*. Madrid, 2024, pp. 37 y ss.

Instituto Nacional de Estadística, correspondiente al último trimestre de 2023, muestra una mayoría de mujeres (2.121.000) frente a hombres (748.300) que están ocupados a tiempo parcial, esto supone que el 73,9% de los ocupados a tiempo parcial son mujeres, representando el cuidado de niños o adultos enfermos, incapacitados o mayores y otras obligaciones familiares o personales como causa motivadora de este trabajo a tiempo parcial el 92,6% en el caso de las mujeres y el 79,2% en el caso de los hombres⁷. En 2022, las mujeres fueron quienes mayoritariamente tomaron excedencias por cuidado de hijas/os, con un 88,0%, frente a un 12% de los hombres⁸. En cuanto a la solicitud de excedencias por cuidado de familiares, el porcentaje para las mujeres también es superior al de los hombres, con un 78,6% en el año 2022. Sobre la causa de la inactividad, las cifras van en la misma dirección, siendo 58.800 mujeres las que dejaron su trabajo para cuidar a niños, adultos, enfermos, incapacitados o mayores, (un 87,0% del total), mientras que solo lo hicieron 8.800 hombres.

1.2. Tiempo de trabajo y conciliación: medidas de ausencia y medidas de presencia

Como puede observarse, no cabe duda de que el tiempo de trabajo y la conciliación están estrechamente vinculados ya que para llevar a cabo medidas efectivas de conciliación se requiere un impacto en esta condición laboral. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el tiempo de trabajo es la condición de trabajo que más afecta a la conciliación de la vida familiar y laboral⁹, y que esta conciliación en la práctica todavía sigue teniendo a la mujer como sujeto ejerciente de forma clara y predominante.

En nuestro ordenamiento laboral se han articulado medidas de conciliación que se denominan “de presencia”, consistentes en alterar la distribución del tiempo de trabajo ya sea afectando al sistema de turnos, flexibilizar las horas de entrada y salida permitiendo un umbral horario más amplio para la prestación de servicios, etc. Es lo que se conoce como dimensión cualitativa del tiempo de trabajo. Asimismo, también puede optarse por medidas de ausencia (parcial) como una reducción del número de horas de trabajo (también puede ser considerada como una medida de presencia parcial), lo que afecta a la dimensión cuantitativa del tiempo de trabajo, o por medidas en las que hay una suspensión del contrato de trabajo o situación similar, caracterizadas por una ausencia (total) de prestación de servicios, como serían las prestaciones por cuidado del menor o las excedencias por cuidados. Teniendo en cuenta los datos estadísticos indicados puede concluirse que las medidas de conciliación consideradas de ausencia tienen claramente una protagonista femenina. En cuanto a las medidas de carácter cualitativo, no hay muchos datos estadísticos oficiales y actualizados al respecto, si bien puede señalarse que la flexibilidad horaria es la medida mejor valorada entre la población ocupada según un informe reciente de InfoJobs, estimándose así por el 65% de los encuestados y considerando que deben incentivarse este tipo de medidas¹⁰.

⁷ MINISTERIO DE IGUALDAD: *Principales indicadores estadísticos igualdad (Febrero 2024)*. Madrid. Ministerio de Igualdad, 2024, pp. 12 y ss.

⁸ Concretamente en Andalucía, en 2023, el 86,41% de las excedencias por cuidado de hijos las solicitaron mujeres. Véase INSTITUTO DE LAS MUJERES: *Mujeres en Cifras: Conciliación - Excedencias, permisos y reducciones de jornadas*. Madrid, Ministerio de Igualdad, 2024, Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>

⁹ Rotundamente se afirma así en GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal”. En VV. AA. González Ortega, S. (Coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pp. 131-132.

¹⁰ Según este estudio, la medida mejor valorada entre la población ocupada es la flexibilidad horaria ya que casi dos tercios de los trabajadores españoles da importancia a tener unos horarios flexibles, representando el 65% de los encuestados. Así, la incorporación de incentivos a las empresas para poder ofrecer flexibilidad a los empleados consigue la media más alta de todas las medidas valoradas, concretamente una valoración de 8 sobre 10. Repárese

Respecto a los sujetos que suelen solicitar medidas de adaptación, un estudio de Cuatrecasas.com revela que su ejercicio es también mayoritariamente femenino. Concretamente, el 74% de las solicitudes de adaptación de jornada se efectúa por mujeres trabajadoras, frente a un 26% de solicitudes realizadas por hombres. Además, el 94% de los casos se funda en necesidades de conciliación relacionadas con el cuidado de un hijo menor¹¹.

Teniendo en cuenta que la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, afirma que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres y en permitir a las mujeres que dispongan de más tiempo para el empleo remunerado, resulta esencial implementar medidas de presencia, trabajándose en ese cambio de paradigma que transita de la conciliación a la corresponsabilidad y en derechos de conciliación individuales, intransferibles y neutros¹². Sin embargo, el ordenamiento jurídico español tradicionalmente ha venido favoreciendo los tiempos de ausencia en aras de la conciliación, lo que tiene importantes efectos negativos cuando supone ausencia salarial, y muy especialmente por la desconexión profesional que ello implica. Sin duda, en determinados períodos y en concretas circunstancias pueden resultar imprescindible utilizar medidas de ausencia, siendo importante poder disponer de ellas y facilitar más intensamente una concreción de la jornada por parte de la persona trabajadora, fomentándose que estas medidas sean compensadas económicamente al menos parcialmente como ocurre en algunas Comunidades Autónomas. Por tanto, las medidas de presencia basadas en la adaptación y redistribución del tiempo de trabajo constituyen las mejores medidas para la corresponsabilidad¹³, y si bien el legislador español ha avanzado en esta dirección, continúa manteniéndose en una posición tibia al respecto al plantear más bien un derecho a solicitarlas y delegar en la negociación colectiva su regulación más concreta, no estando respondiendo ésta, generalmente, de una forma comprometida y corresponsable.

1.3. Delimitación del estudio

Realizadas estas consideraciones previas para contextualizar esta ponencia, es importante delimitar el estudio que se expondrá, de tal modo que se pretende ofrecer un estudio centrado en las cuestiones referidas estrictamente al tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar, y por tanto, abordará sólo aspectos vinculados a la adaptación de la jornada, la reducción o los permisos articulados en aras de la conciliación, quedando excluidos, aun siendo muy interesantes, los aspectos relacionados con el modo de la prestación de servicios como puede ser el hecho de favorecer el trabajo a distancia en aras de la conciliación. Asimismo, también se ha decidido excluir las vicisitudes del contrato de trabajo que implican el cese de la prestación como pueden ser la suspensión

en INFOJOBS.COM: *Casi dos tercios de los trabajadores españoles da importancia a la flexibilidad horaria*. 15 enero 2024. Disponible en: <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/casi-dos-tercios-de-los-trabajadores-espanoles-da-importancia-a-la-flexibilidad-horaria>

¹¹ RODRÍGUEZ, C.; TRAVÉ, D.: “Gestión de la adaptación de jornada: Claves tras dos años del nuevo Art. 34.8 ET y retos”. *Cuatrecasas.com*, 2021. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/laboral/art/gestion-adaptacion-jornada-claves-tras-dos-anos-nuevo-art-34-8-retos-pospandemia>

¹² Se utilizan estas expresiones, entre otros, en DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “La Directiva sobre conciliación...”, op. cit., pp. 38 y ss.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, núm. 11(1), 2021, pp. 40-78, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5470>

¹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Tiempo de trabajo y conciliación...”, op. cit., p. 140.

por cuidado del menor o las excedencias por conciliación ya que en estos casos, desde una perspectiva estricta, no se está ante medidas que afecten al tiempo de trabajo como condición del mismo, sino que realmente supone un cese total temporal (y a veces muy extenso) de la prestación, por tanto no existe una alteración del tiempo de trabajo como tal al no existir prestación de trabajo¹⁴. Téngase en cuenta que la suspensión total del trabajo o la excedencia por conciliación son mecanismos tradicionales pero muy extremistas que suponen apartar del trabajo a la persona trabajadora, normalmente a la mujer, y que, si bien son necesarios en algunos casos o circunstancias concretas, deben impulsarse otras medidas que permitan trabajar y atender las necesidades familiares¹⁵. Igualmente, también quedarían fuera de este análisis las posibles adaptaciones, reducciones o permisos que se establezcan, pero por otros motivos que no sean de conciliación de la vida personal y familiar, amparadas en la negociación colectivas.

Resulta evidente que no es un tema nuevo como lo demuestra la extensa bibliografía existente al respecto¹⁶. En este caso, se trata de ofrecer principalmente un estudio actualizado de las cuestiones referidas al tiempo de trabajo que pueden fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, especialmente tras las reformas del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Esta norma ha traspuesto la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y es importante tener en cuenta su impacto en el ordenamiento jurídico y en la práctica habiéndose generado ya algunas cuestiones conflictivas.

2. EL REAL DECRETO-LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO: ¿DE LA CONCILIACIÓN FORMAL HACIA UNA CORRESPONSABILIDAD EFECTIVA?

Realizando un breve repaso de los antecedentes normativos en el ordenamiento jurídico español hasta la normativa vigente, nos encontramos en primer lugar con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esta fue la primera norma que introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, afirmando en su Preámbulo que es necesario articular “un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso

¹⁴ Acogiendo así el criterio de GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Tiempo de trabajo y conciliación...”, op. cit., p. 132, exceptuándose los casos de suspensiones que se disfrutan a tiempo parcial ya que funcionan más bien como reducciones de jornada y por tanto sí existe un impacto en el tiempo de trabajo.

¹⁵ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Granada, Comares, 2009, p. 68.

¹⁶ Como, por ejemplo, la clarificadora ponencia del profesor Gorelli a las XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Véase GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal”. En VV. AA. González Ortega, S. (Coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, págs. 125-160.

entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada¹⁷.

No obstante, será la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, la que suponga un avance muy importante en esta materia al establecer la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de las personas trabajadoras como un valor y objetivo a alcanzar, configurándose por ello como un derecho que requiere de medidas laborales en materia de tiempo de trabajo, insistiéndose muy especialmente en la corresponsabilidad en las obligaciones de cuidado, y reforzando la garantía de indemnidad por estos motivos al establecer la nulidad de los actos empresariales que vulneran estos derechos. Ahora bien, es preciso advertir, que lejos de medidas reales hacia la corresponsabilidad, primaba una regulación de titularidad aparentemente neutra que suponía perpetuar los roles sociales impuestos a la mujer, por lo que un esquema normativo “neutro” no es efectivo en esta situación¹⁸.

En esa misma línea, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que recogiendo la normativa comunitaria y la doctrina del TJUE refuerza la perspectiva de la corresponsabilidad¹⁹. Efectivamente, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio²⁰, si bien anteriores normas ya habían establecido aspectos contemplados en la norma comunitaria incluso de una forma mucho más favorable, como por ejemplo, la prestación de cuidado del menor establecida en dieciséis semanas para cada progenitor que supera muy ampliamente lo previsto en el art. 4 Directiva (UE) 2019/1158 en cuanto al permiso de paternidad que prevé diez días laborables. No obstante, el legislador español en el 2019 no introdujo medidas directas para potenciar la corresponsabilidad ya que en ese ámbito han sido más bien llamadas (ineficaces desde un balance global) a la negociación colectiva. Es decir, se introducen, pero sin favorecer que sean los varones directamente los que las soliciten; habiéndose incorporado este aspecto tímidamente en el Real Decreto-ley 5/2023²¹.

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que consta de cinco libros, es una norma peculiar al recoger materias muy dispares entre sí²². Dedicar el Libro Segundo a

¹⁷ También es conveniente observar la evolución normativa comunitaria en esta materia. Puede verse, entre otros, CRISTÓBAL RONCERO, M^a. R.: “La conciliación de la vida familiar y profesional en la Unión Europea”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm 8, 2024, pp. 73-97.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op. cit., p. 69.

¹⁹ CRISTÓBAL RONCERO, M^a. R.: “La conciliación de la vida familiar y profesional...”, op. cit., p. 95, señalando cómo han evolucionado las políticas de la UE, “desde aquellas normas cuya razón de ser estribaba, únicamente, en la protección de la maternidad —y, por supuesto, en el cuidado del menor— como única razón de ser se transita, a día de hoy, hacia un reconocimiento expreso de los derechos de corresponsabilidad familiar de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, de forma neutra, individualizada e indeterminada”.

²⁰ Entre otros estudios al respecto, puede verse DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “La Directiva sobre conciliación...”, op. cit., pp. 37-63; NIETO ROJAS, P.: “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, pp. 75-102.

²¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Tiempo de trabajo y conciliación...”, op. cit., p. 140.

²² Esta norma es una expresión de lo que se ha denominado “legislación motorizada”, aglutinando materias ante la necesidad de dar respuesta a ciertas situaciones de vulnerabilidad social, la imperativa transposición de las Directivas comunitarias, y razones de extraordinaria y urgente necesidad. Lo manifiestan de este modo, MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto- Ley 5/2023: Panorámica general”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 9, 2023, p. 12

la trasposición de la citada Directiva comunitaria relativa a la conciliación, e incluyendo en este Libro tres títulos con modificaciones del Estatuto de los Trabajadores (Título I), modificación de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Título II), y modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (Título III). La trasposición de esta Directiva ha sido complicada ya que inicialmente iba a realizarse a través de la Ley de Familias, pero el adelanto electoral truncó esta vía y finalmente se realizó a través del RD-Ley 5/2023²³.

El art. 4. 2 c) ET ha sido modificado por el RD-Ley 5/2023, estableciéndose el derecho de los trabajadores “a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”.

3. LA NECESARIA APUESTA POR FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE

Para lograr el objetivo plasmado en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, aludiendo a la Directiva (UE) 2019/1158, consistente en eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes, es preciso que los puestos de trabajo se adapten a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores, y que se establezcan unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable. Se trata de responder adecuadamente a la situación de doble atención a las responsabilidades familiares y a las de trabajo en el marco y conforme a unas exigencias concretas como son relaciones laborales más igualitarias y la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de sexo.

El art. 3. 1 f) Directiva (UE) 2019/1158 define como «fórmulas de trabajo flexible» 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, regulándolas posteriormente en el art. 9 de citada norma si bien no concreta nada más en cuanto al contenido objetivo de estas fórmulas de trabajo flexible. Se incluyen medidas que se encuadran más bien en la dimensión cualitativa del tiempo de trabajo y que pretenden reforzar la presencia ya sea a tiempo completo o con horario reducido de la persona trabajadora en la empresa (éstas serían dimensión cuantitativa), y muy especialmente de las mujeres al ser las principales cuidadoras. Por tanto, a continuación se expondrán algunas medidas de este tipo como son los horarios flexibles, la adaptación de la jornada y la reducción de jornada. No obstante, se advierte que están excluidas de este estudio la posibilidad de adaptar el aspecto locativo de la prestación de servicios, es decir, el lugar de trabajo lo que implicar acudir a fórmulas de trabajo a distancia o adaptaciones referidas al cambio del centro de trabajo para estar más cerca del domicilio del solicitante, ya que ello no está directamente relacionado con el tiempo de trabajo, y a pesar de ser también muy interesantes, exceden del objeto del estudio.

²³ Consúltense al respecto, DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “La Directiva sobre conciliación...”, op. cit., pp. 41 y ss.

3.1. El fomento de horarios flexibles en aras de la conciliación

La flexibilidad del tiempo de trabajo ha sido tradicionalmente un instrumento puesto al servicio de los intereses empresariales, reclamado por y para la empresa. A ello se suman las políticas de mucha “flexi” y escasa “seguridad”, que van a colisionar con las medidas de conciliación. En ese sentido, con la introducción de la conciliación de la vida familiar y laboral es preciso ponderar esa flexibilidad y conjugarla por un lado con límites para que no alteren de forma sustancial a la vida personal de la persona trabajadora y, asimismo, incluir mecanismos de flexibilidad también en pro de la conciliación como pueden ser umbrales horarios más amplios, etc. Es preciso reparar en que algunas medidas, en principio lícitas, que utilizan las empresas pueden dificultar gravemente la conciliación, como por ejemplo, la relativización de los topes máximos sobre jornada, superables a través de la negociación colectiva o permitida por la regulación sobre jornadas especiales, la fijación de máximos de jornadas semanales en base a promedios anuales, la distribución irregular de la jornada, las horas extraordinarias y su flexibilización jurisprudencial, las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, etc. Por tanto, se va a convertir en un aspecto fuertemente tensionado ante el rechazo de la parte empresarial de “perder” este instrumento, tratándose de un problema estructural al haber estado dotado nuestro sistema de ese grado de flexibilidad tan elevado y que ahora debe ser ponderado, debiéndose también introducir medidas de flexibilidad a favor del trabajador (“individual flexitime”)²⁴, lo que, por otro lado, viene haciéndose paulatinamente a través de las últimas reformas normativas.

El horario flexible se caracteriza por permitir al trabajador un margen de actuación para que pueda determinar el inicio y el final de la jornada de trabajo, siempre y cuando determinadas horas coincida con el resto de los trabajadores en la empresa, pudiéndose distinguir, no obstante, diferentes modalidades de horario flexible, que, por otro lado, hay que diferenciarlo de la flexibilidad horaria (se permite la impuntualidad del trabajador, pero debe recuperarla al final de la jornada)²⁵. El horario flexible, a excepción de las Administraciones Públicas, no ha sido muy implementado en las empresas, si bien comienzan a apreciarse cambios en ese sentido, permitiéndose también que se deba trabajar como mínimo unas determinadas horas diarias pudiendo completarse esa jornada en otras jornadas de la semana o incluso del propio mes (esta es una opción que debería impulsarse). En ese sentido, es importante reforzar las prácticas de gestión autónoma del tiempo de trabajo por el propio trabajador, lo que, sin duda, facilitará la conciliación de su vida familiar y laboral. Ciertamente, la regulación legal al respecto es muy escasa, localizándose en el empleo público, pero la negociación colectiva sí que comienza a tratarla de una forma más seria y coherente con los intereses de los trabajadores, no sólo teniendo en cuenta los del empresario. Son prácticas en las que priman la individualización en la determinación de la jornada pero que deben estar previamente establecidas en el convenio colectivo para evitar conflictos y que deben ser controladas por la parte empresarial²⁶, pudiendo advertirse no obstante que esto facilita que los propios trabajadores a menudo incumplan lo previsto para los descansos entre jornadas, lo que no debería ocurrir al ser el ET una norma mínima imperativa que debe ser observada también por los propios trabajadores.

²⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Tiempo de trabajo y conciliación...”, op. cit., p. 132; MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op. cit., pp. 69-71.

²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op. cit., pp. 173-174.

²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op. cit., pp. 174-175, planteando las posibles dificultades que tienen los empresarios para controlar en estos casos el cumplimiento de las obligaciones que tienen los trabajadores y los inconvenientes que pueden generarse en la propia organización empresarial. Obstáculos que no son insalvables si con eso se logra una mejor conciliación de la vida familiar y laboral.

La efectiva conciliación requiere que el trabajador pueda organizarse su tiempo de trabajo. Es una cuestión especialmente de adaptación y de flexibilidad para poder acomodarse a sus necesidades familiares que no tienen por qué ser idénticas cada día. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español se ha caracterizado por priorizar el carácter subordinado y dependiente que implica el trabajo asalariado, planteando más bien que la organización familiar girase en torno al tiempo de trabajo, quedando subordinada también a éste²⁷.

3.2. La solicitud de adaptación de jornada prevista en el actual art. 34. 8 ET: su carácter debilitado al no ser un derecho automático

Las últimas reformas han incidido muy especialmente en facilitar la adaptación del tiempo de trabajo por parte del trabajador. Concretamente, el art. 34.8 ET establece que las “personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, en la línea de lo exigido por el art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158. Ya el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, recogiendo la normativa comunitaria y la doctrina del TJUE²⁸, reforzó la perspectiva de la corresponsabilidad y la solicitud de las medidas laborales que correspondan, exigiéndose una respuesta motivada y ponderada de la empresa en caso de negativa, pero sin llegar, por ejemplo, a configurarse de forma contundente un derecho subjetivo de adaptación de jornada²⁹, sino más bien un derecho a la solicitud, cabiendo, no obstante, la posibilidad de que aun cuando el convenio colectivo no haya regulado esta adaptación pueda solicitarse e impugnarse judicialmente la negativa empresarial³⁰. Esa continúa siendo la posibilidad regulada en el actual art. 34. 8 ET, que no reconoce un derecho absoluto o automático para la adaptación de jornada sino subordinado a lo establecido en la negociación colectiva o al acuerdo individual entre el trabajador y el empresario.

3.2.1. Contenido objetivo de la adaptación de jornada

El art. 34. 8 ET indica la posibilidad de realizar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, pero no especifica cuáles pueden ser esas adaptaciones, igual que tampoco lo indicaba en las anteriores reformas del mismo. Tampoco el art. 9 Directiva (UE) 2019/1158 concreta el posible contenido objetivo de este derecho de adaptación de jornada.

Por otro lado, el art. 9 Directiva (UE) 2019/1158, fija que la duración de estas fórmulas de trabajo flexible podrá estar supeditada a un límite razonable, por lo que el art. 34. 8 ET añade que dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en

²⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op. cit., p. 229.

²⁸ CRISTÓBAL RONCERO, M^a, R.: “La conciliación de la vida familiar y profesional...”, op. cit., p. 95, señalando cómo han evolucionado las políticas de la UE, “desde aquellas normas cuya razón de ser estribaba, únicamente, en la protección de la maternidad —y, por supuesto, en el cuidado del menor— como única razón de ser se transita, a día de hoy, hacia un reconocimiento expreso de los derechos de corresponsabilidad familiar de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, de forma neutra, individualizada e indeterminada”.

²⁹ Antes de la publicación del RD-Ley 6/2019, la jurisprudencia ya venía interpretando que el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada estaba condicionado en el art. 34.8 ET a lo dispuesto en la negociación colectiva o en el acuerdo entre empresario y trabajador pues lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador (STS 13 junio 2008; STS 20 mayo 2009).

³⁰ En este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Tiempo de trabajo y conciliación...”, op. cit., p. 147, entendiéndose que corresponde realizar una interpretación razonable, ya que una interpretación meramente literal dejaría sin sentido el art. 34. 8 ET y la obligación empresarial de tener que justificar la negativa a conceder la solicitud del trabajador.

relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Por tanto, pueden articularse las siguientes posibilidades de adaptación del aspecto temporal³¹:

- es posible la asignación de un horario distinto al que venía disfrutando (reducido, ampliado o, simplemente, diferente);
- jornada continuada en vez de jornada partida;
- 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); semana comprimida; acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año; o realizando varias jornadas continuadas de forma encadenada;
- la posibilidad de emplear una jornada flexible, contando con amplios espacios de entrada y salida;
- 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 deberes³².

Por otro lado, también podrían incluirse otras fórmulas como la eliminación o reducción de viajes y desplazamientos, limitación en las franjas horarias para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, etc³³.

3.2.2. *Supuesto de hecho: situaciones de necesidad protegidas y un ámbito subjetivo ampliado tras la última reforma*

La Directiva (UE) 2019/1158 en su art. 9 prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado. El ordenamiento jurídico español ha mejorado ese umbral de edad, indicando que en el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años (art. 34. 8 ET). Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición. Por un lado, es de valorar positivamente la ampliación que realiza el precepto estatutario al incluir a las parejas de hecho y a las personas dependientes que requieran cuidados, si bien, es cuestionable el requisito de convivencia ya que puede plantearse perfectamente la necesidad de esta adaptación del tiempo de trabajo a pesar de que no concurra la convivencia mientras que sí exista la situación de necesidad que requiere del cuidado y atención de la persona trabajadora³⁴. Este aspecto sería importante que la negociación colectiva lo regulara en este sentido

³¹ 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*, núm. 3, 2022, p. 72.

³² STSJ Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2021 (Rec. 577/2020).

³³ MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores...”, op. cit., p. 23.

³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores...”, op. cit., p. 24.

más flexible atendiendo a las circunstancias concretas del caso que puede no existir esa convivencia, pero sí la situación de necesidad y cuidado tipificada.

3.2.3. La solicitud de adaptación: ¿qué datos es preciso consignar?

Es una cuestión debatida si en la solicitud la persona trabajadora debe consignar datos o circunstancias del otro progenitor (en caso de hijos menores) o del resto de familiares (en el caso de personas dependientes) que dificulten la conciliación³⁵. Por un lado, se mantiene que el derecho de adaptación es de titularidad individual por lo que sólo se debería incluir datos como horarios del colegio del menor, o de la necesidad de cuidados médicos, etc, pero no los referidos al resto de familiares³⁶. Debe afirmarse que como el derecho es individual debe realizarse una valoración también individual³⁷, si bien hay jurisprudencia que sí ha tenido en cuenta estos elementos para denegar la solicitud al considerar por ejemplo que el otro progenitor puede atender al menor o no ha pedido adaptación³⁸. No obstante, también resulta interesante la postura mostrada en la SJS Bilbao, núm. 11, de 19 noviembre 2019, núm. 927/2019, que si bien desestima la solicitud de adaptación, argumenta que lo relevante será la necesidad del menor, aludiendo al art. 18.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, que dispone que “ambos padres tienen responsabilidades comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, y que su preocupación fundamental debe ser el interés superior del niño”, lo que supone que la necesidad no ha de ser vista desde la perspectiva del trabajador sino desde la perspectiva del menor, necesidad esta última que no se ve satisfecha con el ejercicio de dichas funciones por uno sólo de los progenitores sino que exige su ejercicio por los dos ya que cada uno va a aportar al desarrollo del mismo perspectivas vitales y sensibilidades y enseñanzas diferentes.

De forma más reciente, se observan claras discrepancias entre los propios Tribunales Superiores de Justicia. Por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha, núm. 878/2023, de 25 mayo, que considera procedente la negación empresarial al concurrir razones objetivas de la empresa (restaurante), siendo la demandante cocinera, y dada la alternativa horaria realista propuesta por la empresa; teniendo, por otra parte, en consideración el trabajo a turnos de su esposo, debiéndose aplicar al efecto el principio de corresponsabilidad familiar. A modo de contraste, debe verse la STSJ Madrid, núm. 758/2023, de 15 de septiembre, que recuerda que se está ante “el ejercicio de un derecho de conciliación que

³⁵ Recogiendo las diferentes posturas jurisprudenciales más recientes al respecto, BARCELÓN COBEDO, S.: “Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el RDL- 5/2023”. *Temas laborales*, núm. 171, 2024, pp. 115 y ss.

³⁶ Véase al respecto, HANS GONZÁLEZ, C.: *El derecho de adaptación de la jornada por motivos conciliatorios y el derecho fundamental a la intimidad*. Forelab.com, 2020.

³⁷ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Escenarios modernos de los tiempos de trabajo (y vida): actualidad (social y judicial) de un clásico en busca de su (¿imposible?) «soberanía»”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 456, 2021, p. 39; GARCÍA TESTAL, E.: “Conciliación entre la vida laboral y la vida familiar: un análisis de la no discriminación, la corresponsabilidad y la flexibilidad como elementos para la igualdad laboral de las mujeres en la Directiva (UE) 2019/1158 y en su trasposición al ordenamiento”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 51, 2024, p. 173.

³⁸ De forma contradictoria, la STSJ Galicia, núm. 4846/2022, de 25 octubre, que recoge párrafos de otras sentencias en las que se afirma el carácter individual del derecho y por ende la consignación restringida de datos referidos a la persona trabajadora solicitante y necesidades concretas del menor; pero sin embargo, confirma la sentencia de instancia (SJS Santiago de Compostela, núm. 1, 5 abril 2022), recogiendo asimismo los párrafos referidos a la exigencia de que la persona trabajadora acredite respecto “al horario de trabajo del otro progenitor, carga que asimismo le incumbe y que le es posible y disponible - mediante la aportación de certificado de la empresa de su cónyuge-. Se desconoce si el otro progenitor presta servicios en régimen de jornada continuada o partida, en régimen de turnos, y con qué horarios, y si trabaja o no los fines de semana, pues lo único que se puede inferir con la prueba que se ha aportado es que trabaja a jornada completa como administrativo en una empresa conservera”. Otra sentencia en este sentido, SJS Gijón, núm. 3, de 27 junio de 2019, núm. 294/2019.

tiene una dimensión constitucional (STC 3/2007, de 15 de enero). Ello implica que “tanto el derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) deben prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar” (...) impidiéndose a la empresa “la intromisión en la vida privada de matrimonios y parejas, convirtiéndola en una suerte de guardián de la corresponsabilidad (ni, por derivación, ello se debe permitir a los Juzgados de lo Social)”³⁹.

3.2.4. Procedimiento: la exigencia de negociar de buena fe y silencio positivo

En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en el art. 34. 8 ET, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. Se ha modificado por el RD-Ley 5/2023 la redacción anterior establecida por el RD-Ley 6/2019, que disponía que “en la negociación colectiva se pactarán los términos...”. De este modo se aclara que la remisión a la negociación colectiva es potestativa y que en caso de que no exista disposición convencional en esta materia, no hay obstáculo a que por acuerdo individual se establezca la adaptación.

Si la negociación colectiva no prevé nada al respecto (que será muy habitual), la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un período máximo de quince días, habiéndose reducido este período tras la última reforma ya que antes se ampliaba a treinta días. Se presume la concesión de la solicitud si no concurre oposición motivada expresa en este plazo, por lo que la redacción normativa es favorable al trabajador al establecer un silencio positivo.

Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

Se entiende que tiene que ser una negociación de buena fe y con un intercambio de ofertas y contraofertas (STSJ Islas Canarias, núm. 52/2024, 18 enero), lo que rige en general para los procesos de negociación en el ámbito laboral. En ese sentido, se ha considerado que limitarse a ofrecer permuta de turnos no es negociar⁴⁰, no cumpliéndose el proceso de negociación que establece el art. 34.8 del ET (STSJ de Canarias de 27 de junio de 2024).

3.2.5. Discrepancias

El último párrafo del art. 34. 8 ET prevé que las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el art. 139 LJS.

³⁹ Puede verse un comentario a esta sentencia en GARCÍA ROMERO, B.: “La utilización de la corresponsabilidad como criterio modulador de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar por parte de la empresa”. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 9, 2023.

⁴⁰ MARTÍN, E. *Adaptación de jornada por conciliación: limitarse a ofrecer permuta de turnos no es negociar*. 13 septiembre 2024. Disponible en: <https://sincrogo.com/blog/tribunales/adaptacion-de-jornada-por-conciliacion-limitarse-a-ofrecer-permuta-de-turnos-no-es-negociar/>

Una cuestión muy controvertida está siendo que la Disposición Final Novena de la LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, ha derogado por error la nulidad de los despidos de personas que “hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8”, al suprimir esta posibilidad de los arts. 53. 4 b) y 55. 5 b) ET. De igual modo ha desaparecido la referencia a los permisos retribuidos del art. 37. 3 b) ET. Sin perjuicio de que se repare tal “error”, siendo lo deseable que expresamente se prevea esta protección en la norma para mayor seguridad jurídica, y a pesar de que han surgido voces muy críticas al respecto, especialmente del sector judicial, puede defenderse, siguiendo al Prof. Molina Navarrete, que la aplicación de la teoría de las lagunas secundarias jurídicas y la técnica de la analogía podría solventar esta situación. Por otro lado, esta desaparición del listado de las causas de nulidad objetiva del despido supone sin duda debilitar aun más este derecho ya que otra posibilidad sería acudir a los procesos de tutela de derechos fundamentales pero son más raramente exitosos en estos casos, siendo necesario aportar indicios por la persona trabajadora, pudiendo el empleador fácilmente demostrar que su decisión no está motivada por estas circunstancias sino por otro tipo de razones necesarias para la empresa (más fácil aun teniendo en cuenta la doctrina judicial tan facilitadora en este sentido).

Muchas solicitudes de adaptación versan sobre la adscripción a un turno fijo, normalmente en el turno de mañana para poder coincidir la jornada de trabajo con el horario escolar, convirtiéndose en una cuestión especialmente litigiosa⁴¹, apreciándose algunas resoluciones jurisdiccionales estimatorias de la adaptación solicitada (recientemente, la STSJ Islas Canarias, núm. 52/2024, 18 enero, condenando además a la empresa a una indemnización de 5000 euros en concepto de daños y perjuicios (daño moral)). Repárese, como se analizará posteriormente, que si se solicita reducción de jornada con concreción horaria fuera de la jornada ordinaria es preciso recurrir también al art. 34. 8 ET, tal y como ha establecido recientemente el Tribunal Supremo.

Muchas de las solicitudes de adaptación o redistribución de jornada son denegadas por las empresas básicamente por razones organizativas, algunos trabajadores reclaman ante los Tribunales y éstos suelen desestimar sus pretensiones en aras de estas mismas razones. Entre los argumentos que utiliza la empresa para denegar la adaptación, y que la jurisprudencia ha aceptado, está “el número de trabajadores del centro y la organización de los turnos originándose necesariamente la descompensación en el sistema organizativo, lo que perjudica de forma evidente a la empresa” (SJS Gijón, núm. 3, de 27 junio de 2019, núm. 294/2019, en un supuesto de reducción con adaptación); el agravio comparativo con otros trabajadores; el mayor volumen de actividad en los horarios en los que la persona trabajadora pretende la adaptación; etc.⁴². Parecen olvidar que obviamente una adaptación de jornada puede generar un desajuste en la organización y aun así concederse tal redistribución ya que debe realizarse el correspondiente juicio de proporcionalidad y ser sacrificada la pretensión de la parte trabajadora cuando se concluya que esto implica un grave desajuste en la organización, pérdidas, etc. Curiosamente, de este juicio de proporcionalidad tiende a concluirse por los Tribunales que deben primar las razones organizativas en vez de la conciliación de la persona trabajadora.

⁴¹ BARCELÓN COBEDO, S.: “Adscripción a un turno de trabajo fijo por motivos de conciliación: presunción de necesidad adaptativa”. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 9, 2023.

⁴² Puede verse un análisis pormenorizado en BARCELÓN COBEDO, S.: “Adaptación de jornada...”, op.cit., p. 117.

3.2.6. *Reversión automática de la adaptación*

El RD-Ley 5/2023 modificó la redacción del precepto estatutario de tal modo que en el actual art. 34. 8 ET se establece que la persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el periodo acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

Se aprecia así una mayor protección para la persona trabajadora que solicita la adaptación ya que su reversión es automática si ha concluido el periodo acordado o desaparecen las causas motivadoras, y en el caso de una reversión anticipada sí será preciso una solicitud que sólo podrá denegarse por razones objetivas motivadas. Sin embargo, en la redacción del RD-Ley 6/2019 se requería en ambos supuestos, tanto en la finalización del plazo convenido como en el anticipado, la solicitud del reingreso “a su jornada o modalidad contractual anterior”, por lo que no era un reingreso automático, lo que podría desincentivar las solicitudes de adaptación⁴³.

3.3. **La reducción del tiempo de trabajo del art. 37. 6 ET y su problemática concreción**

3.3.1. *Su configuración legal como un derecho automático dentro de “la jornada de trabajo diaria”*

El art. 37 ET, en sus apartados 4, 5 y 6, establece varias reducciones de jornada: por lactancia, por parto prematuro de un hijo/a que requiera hospitalización posterior y por cuidados de menores y familiares. Nos centraremos especialmente en ésta última. Dispone el art. 37.6 ET que quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. El trabajador también puede decidir retornar a la jornada ordinaria de trabajo, debiendo preavisar con 15 días (art. 37. 6 ET), tratándose de un derecho automático.

La concreción de la reducción del tiempo de trabajo, cuándo y cómo va a disfrutar el trabajador de este derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, es una cuestión especialmente litigiosa⁴⁴. La reducción en sí es un derecho absoluto que el trabajador puede oponer cuando se encuentre en el supuesto de hecho, y tal como establece el art. 37. 7 ET, la concreción horaria corresponderá a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria. Cuando tal concreción sea fuera de este parámetro, su ejercicio debe ser concretado y acordado con el empresario, pudiendo en caso de desacuerdo, acudir a la jurisdicción social.

La doctrina jurisprudencial reconoce que no se puede establecer soluciones generales aplicables de forma indistinta a todos los casos, sino que ha de estarse necesariamente al caso concreto, ponderándose los distintos intereses en juego, predominando una amplia casuística que obstaculiza establecer criterios claros al respecto. No obstante, se reconoce que cuando se trata reducción de jornada, con concreción horaria dentro de la jornada ordinaria, sin que implique un cambio de turnos o de días de prestación de servicio,

⁴³ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “La Directiva sobre conciliación...”, op. cit., p. 49.

⁴⁴ Ya se avisaba de ello en MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op. cit., p. 69, señalando cómo el ordenamiento jurídico no había sido capaz de ofrecer una regulación satisfactoria para ambas partes.

estamos ante un derecho personalísimo del trabajador correspondiéndole a éste fijar la concreción horaria. Por tanto, se configura como un derecho casi automático y absoluto mientras que concurra el supuesto de hecho tipificado en la norma.

3.3.2. *La problemática concreción de la reducción fuera de la jornada diaria ordinaria: su encuadramiento en la adaptación de jornada*

Las situaciones más problemáticas estriban cuando se trata de una reducción de jornada, que implique una modificación, bien en el sistema de turnos o en el del número de días de prestación de servicios, no correspondiéndole automáticamente a la persona trabajadora tal concreción, sino que han de ponderarse las circunstancias concurrentes, ya que no hacerlo, y directamente negar la reducción de jornada propuesta por la persona trabajadora por no ser conforme a la legalidad ordinaria, sin entrar a ponderar y valorar los derechos en juego, supone una vulneración al derecho a la no discriminación por razón de sexo (STSJ Galicia, núm. 4846/2022, de 25 octubre).

La reducción de jornada con adscripción del trabajador a un determinado turno de trabajo ha sido uno de los supuestos más controvertidos, siendo mayoritaria la postura jurisprudencial que rechaza la solicitud (STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2150/2022, de 14 septiembre; STSJ Castilla-La Mancha, núm. 878/2023, de 25 mayo); si bien también hay sentencias que la conceden (SJS de Logroño de 27 de enero de 2021, núm. 20/2020; STSJ Galicia, núm. 4497/2020, de 6 noviembre; STSJ Galicia 16 junio 2021, rec. núm. 1724/2021)⁴⁵.

Clarificadora ha sido la STS de 21 de noviembre de 2023, (rec. 3576/2020), afirmando que el derecho a la reducción de jornada no comprende el cambio del sistema de trabajo a turnos⁴⁶. La persona trabajadora podía concretar el horario que pretendía realizar solicitada la reducción de jornada por guarda legal, pero, esa concreción solo podía ser dentro de los límites de su jornada ordinaria, es decir, sin alterar el régimen de trabajo a turnos que venía realizando y que constituía la característica de su jornada ordinaria, ya que el art. 37.6 del ET no comprende la posibilidad de variar el régimen de la jornada de trabajo, ni la modificación unilateral del sistema de turnos. Concluye el Supremo que el cambio de sistema de trabajo a turnos y su sustitución por un sistema de turno único de mañana no implica una simple reducción de jornada, sino una alteración de la jornada ordinaria, y ello solo puede tener acogida en el artículo 34.8 del ET relativo a la adaptación de su jornada de trabajo, cosa que no hizo, buscando únicamente la fijación de un solo turno junto con una reducción de jornada por guarda legal.

Se invita por el legislador a que en caso de discrepancias se acuda a la jurisdicción social, pero se obvia que en la mayoría de los casos no se está ante un conflicto jurídico, sino de intereses, no pudiendo siempre ser resuelto por el juez. El ordenamiento jurídico debería establecer un derecho absoluto al trabajador para concretar la reducción ya que es el que mejor conoce sus necesidades, debiendo ser el empresario el que litigase si discrepa al concurrir necesidades organizativas relevantes para ello⁴⁷.

⁴⁵ Igualmente, por ejemplo, la SJS de León de 3 de marzo de 2020; o la SJS Valladolid de 14 de febrero de 2020, núm. 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 hora. Así se recoge en MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Cuidados para quienes cuidan...”, op. cit., p. 72.

⁴⁶ Puede verse un comentario a esta sentencia en COTERILLO LASO, R.: “El derecho a la reducción de jornada no comprende el cambio del sistema de trabajo a turnos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, núm. 10, 2024, pp. 213-230.

⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op. cit., p. 231, señalando que por un lado está el interés del trabajador y sus responsabilidades familiares y por otro lado, el empresario que rehúsa alterar su organización productiva.

3.3.3. Las medidas de fomento de la reducción de jornada por corresponsabilidad de algunas Comunidades Autónomas

Por otro lado, es muy reseñable que algunas Comunidades Autónomas se han implicado articulando ayudas para fomentar medidas de presencia o ausencia parcial estableciendo, por ejemplo, subvenciones autonómicas destinadas a compensar la disminución salarial que implica la reducción de jornada por guarda legal⁴⁸. Entre las ayudas convocadas en el 2024, desde una perspectiva clara de la corresponsabilidad, puede destacarse Galicia⁴⁹, que a través de la Orden de 2 de julio de 2024 por la que se establecen las bases reguladoras que regirán las ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral por reducción de la jornada de trabajo, como medida de fomento de la conciliación y corresponsabilidad, cofinanciadas por la Unión Europea en el marco del programa FSE+ Galicia 2021-2027, para el año 2024 (DOG 8 de agosto de 2024), ha dispuesto un programa con ayudas que van desde los 1700 a los 3700 euros, destacando que serán beneficiarios en el caso de unidades familiares no monoparentales de personas progenitoras de distinto sexo, con el objetivo de fomentar la corresponsabilidad, los hombres que se acojan a la reducción de jornada laboral para el cuidado de hijas e hijos según lo establecido en el artículo 6 de esta orden y sean trabajadores por cuenta ajena, públicos o privados (art. 5. 1 a)). Estas ayudas también van dirigidas a las familias monoparentales, hombres o mujeres, que precisan de un apoyo específico para compaginar la vida laboral, personal y familiar. Galicia conjuga estos programas con otras ayudas económicas a las familias para la conciliación en situaciones puntuales y periodos de vacaciones escolares a través del Bono Concilia Familia⁵⁰.

En La Rioja también se ha publicado la Resolución 1/2024, de 7 de junio, de la Dirección General de Empleo, de aprobación del gasto y convocatoria para el año 2024, de ayudas destinadas a la contratación laboral de cuidadores cualificados y empleados del hogar y a la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de hijos y de personas con discapacidad o con dependencia (BO La Rioja 20 de junio de 2024). Se establece que la persona solicitante debe tener a cargo un hijo/a menor de catorce años (es destacable que se establece una edad ampliada), o hasta dieciocho años en caso de diversidad funcional; persona con discapacidad reconocida igual o superior al 50%; persona con dependencia⁵¹. Sin embargo, la acción subvencionable prevista para la reducción de la jornada laboral sólo es en el caso de personas con contrato laboral por cuenta ajena en una empresa privada, excluyéndose así a los empleados públicos.

El País Vasco también recoge un elenco muy amplio de líneas de ayudas, regidas principalmente por el Decreto 164/2019, de 22 de octubre, sobre ayudas para la

⁴⁸ Puede verse un estudio al respecto en ARETA MARTÍNEZ, M.: “El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en la retribución, en las prestaciones de Seguridad Social y en la economía familiar”. *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, núm. 10, 2024, pp. 84 y ss.; NIETO ROJAS, P.: “Políticas de las comunidades autónomas para la conciliación de la vida laboral y familiar. El papel de las administraciones públicas en el fomento de la corresponsabilidad”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 20, 2024, pp. 44-67.

⁴⁹ Galicia es una de las Comunidades Autónomas de referencia en esta materia, habiendo promulgado la Ley 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de Galicia, aprobando de forma periódica convocatorias de este tipo de ayudas, y estando vigente el II Plan Gallego de Bienestar Laboral, Conciliación y Corresponsabilidad de 2022-2025 (<https://igualdade.xunta.gal/es/programas/ii-plan-gallego-de-bienestar-laboral-conciliacion-y-corresponsabilidad-2022-2025>).

⁵⁰ https://sede.xunta.gal/detalle-procedemento?langId=es_ES&codtram=BS412A

Este Bono consiste en ayudas a las familias con niños y niñas residentes en Galicia de hasta doce años de edad, estos incluidos, para la atención de necesidades de conciliación de carácter puntual o durante los periodos de vacaciones escolares, que tengan lugar entre el 1 de enero y el 10 de septiembre de 2024.

⁵¹ <https://web.larioja.org/oficina-electronica/tramite?n=24665>

conciliación de la vida familiar y laboral⁵². Entre otras, para la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijas e hijos menores de 14 años (Decreto 102/2022, de 7 de septiembre); para personas trabajadoras que se encuentren en situación de excedencia o reducción de jornada de trabajo para el cuidado de hijos o hijas; para personas trabajadoras que se encuentren en situación de excedencia o reducción de jornada de trabajo para el cuidado de familiares en situación de dependencia o en extrema gravedad sanitaria, etc. Para las empresas, se prevén ayudas para sustituir a personas trabajadoras acogidas a una excedencia o reducción de jornada de trabajo para el cuidado de hijos, hijas, de familiares en situación de dependencia o en extrema gravedad sanitaria (Lanbide). Como aspecto reseñable, en las ayudas para reducción de jornada por cuidado de hijos/as y se favorece la corresponsabilidad al disponer de ayudas más amplias en lo que a duración se refiere en el caso de que el solicitante sea un hombre (el doble de extensas), en una cuantía que oscila entre 151 y 233 euros/ mensuales. También se prevé de forma similar en el caso de excedencias por cuidado de hijos/as, atendiéndose así a un fomento de la corresponsabilidad.

Sin ánimo de exhaustividad, citar también el caso en Castilla- León que, para el 2024, ha regido la Orden FAM/1454/2023, de 18 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Castilla y León: líneas de reducción de jornada laboral y excedencia (BOCyL 27 de diciembre de 2023).

En cuanto a Andalucía, no están previstas ayudas para la reducción de jornada ni para excedencias ya que la Orden de Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, de 5 octubre 2020 (BOJA 9 octubre 2020, en su versión consolidada publicada en BOJA 5 junio 2023), que aprueba las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía, no contempla estas posibilidades entre las líneas de ayudas, aunque sí hay algunas dirigidas a la contratación de cuidadores⁵³.

Las acciones implementadas por las distintas Comunidades Autónomas son diversas, consistiendo desde deducciones fiscales a las personas físicas por la contratación de personas para el cuidado de familiares (Extremadura, Madrid, Castilla-La Mancha), ayuda para compensar la disminución de ingresos derivada de haberse acogido a excedencias por cuidado de hijos o familiares o reducciones de jornada (País Vasco, Castilla y León, la Rioja), la concesión directa de subvenciones a Ayuntamientos para la prestación de servicios de conciliación de la vida laboral (Aragón, Andalucía), etc. Todas ellas son bien recibidas y son valoradas positivamente, aunque se caracterizan, a excepción de Galicia y el País Vasco (por ejemplo, prevén medidas más amplias para los hombres en aras de la efectiva corresponsabilidad), por una perspectiva muy conservadora orientada a paliar puntualmente la situación de necesidad y con una titularidad neutra⁵⁴.

⁵² https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/banner_ayudas/es_banayuda/adjuntos/Ayudas-conciliacion-decreto2023.pdf

⁵³ En este ámbito se ha aprobado recientemente la Resolución de 23 de mayo de 2024, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, por la que se convoca, para el año 2024, la concesión de subvenciones de las líneas 4 y 5 reguladas en la Orden de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía (BOJA 3 junio 2024). La línea 4 está destinada para la contratación realizada por personas trabajadoras autónomas con hijos o hijas menores de tres años a su cargo para que trabajen en su actividad económica o profesional; y la línea 5, destinada para la contratación realizada por personas trabajadoras autónomas para su sustitución en los supuestos de riesgo durante el embarazo, y en los periodos de descanso por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento familiar.

⁵⁴ Véase NIETO ROJAS, P.: “Políticas de las comunidades autónomas...”, op. cit., p. 23.

3.4. El escaso tratamiento convencional

La negociación colectiva se ha caracterizado hasta ahora por regular de forma parca la adaptación de la jornada o su posible redistribución, ello a pesar de la importancia que tiene⁵⁵. Debe reforzarse el papel de la negociación colectiva asumiendo los sujetos colectivos los retos que la norma les invita a que asuman y que prefieren rehusar.

Hay convenios que guardan silencio al respecto, otros sí prevén por ejemplo medidas de flexibilidad horaria, pero lo hacen sin aludir a la conciliación. De forma inversa, algunos convenios establecen expresamente en aras de la conciliación la exoneración de prestar los servicios con una distribución irregular de la jornada ya que ello afecta negativamente a la planificación familiar. Por ejemplo, el art. 30 in fine Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024), exonera a quienes hayan disfrutado de maternidad/paternidad durante el primer año del menor y a quienes hayan solicitado el permiso del artículo 33 b) del convenio por el periodo de un mes desde la solicitud de dicho permiso. Este mismo convenio colectivo también impone restricciones en cuanto a las bolsas horarias a favor de la empresa, disponiendo que es mejor cuanto antes se establezcan, y ser posible por mutuo acuerdo, en aras de atender la conciliación de la vida familiar⁵⁶. Como adaptación de jornada durante el período de lactancia también indica la posibilidad de realizar la jornada de forma continua (art. 33. 5: Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU.).

Por otro lado, hay prácticas convencionales intermedias al estar condicionadas a la competitividad empresarial; a que no afecten al “desarrollo normal del trabajo”; restringidas a un determinado grupo profesional o a centros de trabajo específicos. Excepcionalmente, algún convenio recoge derechos de adaptación de jornada por conciliación, de forma muy limitada si bien interesantes, como por ejemplo, durante el período de adaptación a centros escolares de hijos/as con edades de tres años o menos que se incorporen por primera vez a un centro escolar y que precisen seguir un horario de adaptación de los menores al centro, durante el mes de septiembre de cada curso, pudiendo flexibilizar su jornada con el fin de adaptar sus horarios a los que se determinen por el centro escolar de entrada y salida de los menores derivados del citado periodo de adaptación, debiéndose recuperar las horas empleadas a este efecto por el trabajador dentro del último trimestre del año (art. 15 Convenio Colectivos de Oficinas y Despachos para la Comunidad Autónoma de Extremadura (DO Extremadura 24 septiembre 2024)⁵⁷.

En cuanto a la reducción de jornada, es habitual que los convenios colectivos especifiquen que se lleve a cabo en la jornada ordinaria del solicitante, lo que supone mantener el importante y dificultoso límite temporal establecido en el art. 37.6 ET que recoge el derecho a la reducción de la “jornada de trabajo diaria”. Sería muy interesante que los convenios colectivos incluyeran reducciones de jornada en cómputo anual o mensual, facilitando así una adecuación más flexible del tiempo de trabajo a la vida

⁵⁵ Puede verse un amplio estudio al respecto en ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; LOZANO LARES, F., et al.: “Tiempo de trabajo y conciliación laboral: permisos, licencias y redistribuciones de jornada para conciliar trabajo y familia”. En VV. AA., *Regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, Lefebvre-El Derecho, 2020, pp. 253 y ss.

⁵⁶ Concretamente, indica el art. 27. 5 Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024), que Generali SAU determinará los momentos de la distribución de las horas debolsa pendientes para todos los colectivos afectados deberá preavisarse su realización con 10 días naturales de antelación y establecida en el primer cuatrimestre del año, al igual que las vacaciones. Una vez establecido de mutuo acuerdo con la persona afectada, no podrán anularse, ni modificarse sin previo consentimiento de las partes, en aras de atender la conciliación de la vida familiar.

⁵⁷ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.; VAQUERO GARCÍA, A.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (Coord.): *Estudio de los convenios colectivos en materia de conciliación y corresponsabilidad*. Madrid, CCOO, 2024, pp. 40 y ss.

personal. No obstante, también pueden reseñarse algunas prácticas convencionales recomendables como son la previsión expresa de que en caso de reducción de jornada la persona trabajadora pueda pedir la asignación de un turno fijo, aunque supeditado a las necesidades organizativas del Departamento en el que presta sus servicios (art. 34 Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024), dispone esta posibilidad de adscripción a un turno fijo, estableciendo una lista de espera en el caso de que no pueda ser atendida la solicitud en ese momento, tramitándose en el caso de vacante por riguroso orden de antigüedad en el disfrute del derecho de reducción de jornada). Como puede observarse, la alusión a “las necesidades organizativas de la empresa” como requisito habilitador para conceder la concreción horaria solicitada es una constante en los convenios que al menos prevén tal posibilidad de concreción a favor del trabajador⁵⁸.

Entre las cuestiones que a veces mejoran los convenios está elevar la edad del menor que necesita de cuidado, ampliando así el ámbito subjetivo del derecho de reducción de jornada (por ejemplo, el art. 36 Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU., que la establece en trece años.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el permiso de lactancia está configurado en el ET como una reducción de jornada, permitiéndose a través de los convenios colectivos la acumulación en días completos⁵⁹, si bien el cambio normativo que estaba previsto en este sentido para que decidiera el trabajador sin requerir esta previsión convencional ha quedado descartada por el momento.

4. SELECCIÓN DE NOVEDADES EN PERMISOS TRAS EL REAL DECRETO-LEY 5/2023

Hay muchos permisos importantes en relación a la conciliación de la vida familiar y laboral, pero resultaría imposible abordar en un estudio de estas características un análisis completo y riguroso al respecto. También sería necesario hacer alusión a otros permisos incorporados ex novo vía negociación colectiva, pero que también pueden mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral como permisos para ir a tutorías de los hijos, el día del cumpleaños de la persona trabajadora o de celebraciones importantes (bodas, comuniones, etc.) de los parientes más cercanos⁶⁰. Igualmente, puede resultar útil observar las licencias no retribuidas establecidas en los convenios por ser una buena medida para facilitar la conciliación laboral de los trabajadores con aspectos personales en determinadas circunstancias⁶¹, siendo valorado muy positivamente que el trabajador goce

⁵⁸ Por ejemplo, el art. 69. 12 Convenio colectivo de Serveo Servicios, SAU, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (BOE 13 septiembre 2024), estableciendo que “en los casos en que esta reducción lleve aparejada una concreción horaria solicitada por la persona trabajadora, se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: Se concederá, siempre y cuando las necesidades organizativas de la Compañía lo permitan y, siempre que RENFE mantenga los trenes y horarios que permitan hacer efectiva la concreción, debiendo ser revisadas las condiciones de la reducción, en caso de modificación de cualquiera de estas dos variables, y en dicho supuesto, la persona trabajadora deberá completar el porcentaje de la jornada con respecto a la prevista en el convenio colectivo, de acuerdo a las necesidades de la Compañía”.

⁵⁹ Por ejemplo, se establece la acumulación en días por lactancia en el art. 36.5 Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024), cuantificándolo en 22 días laborales.

⁶⁰ Art. 33 Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024); art. 19 Convenio colectivo de Acteco Productos y Servicios, SL. (BOE 30 agosto 2024).

⁶¹ Deberían incluirse habitualmente en los convenios colectivos, estableciendo un procedimiento claro y normado en cuanto a las causas y plazos para su concesión en aras de una mayor automaticidad del mismo y más alejado del carácter discrecional que a veces acompaña a este tipo de solicitudes. En muchas ocasiones se condiciona su concesión a que lo permitan las necesidades productivas u organizativas de la empresa lo que supone un margen amplio de

durante del mismo de la protección correspondiente a estar dado de alta en la Seguridad Social⁶² y que compute a efectos de antigüedad⁶³. No obstante, estas cuestiones exceden los límites de este análisis, por lo que nos vamos a detener en algunas novedades introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que ha realizado varias modificaciones interesantes en materia de permisos, siendo especialmente relevante la incorporación al ordenamiento jurídico interno de dos nuevos permisos por mandato de la Directiva (UE) 2019/1158. Atendiendo al orden en el que aparecen en la norma estatutaria, podemos distinguir los siguientes permisos modificados o novedosos.

4.1. Permiso para cuidadores: mejoras notables de la normativa española en cuanto a la Directiva (UE) 2019/1158

La nueva regulación de los permisos para cuidadores efectuada por el RD-Ley 5/2023 deslinda dos permisos que aparecían unidos en el precepto estatutario, incorporando algunas variaciones. De tal modo, que el art. 37. 3 b) ET ahora prevé dos supuestos de hecho distintos, dos permisos retribuidos diferenciados que llegado el caso podrían acumularse si concurren las circunstancias tipificadas:

- Por un lado, permiso retribuido de cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella (art. 37. 3 b) ET).
- Por otro lado, el art. 37. 3 b bis) ET contempla un permiso de dos días por el fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; ampliado a dos días más cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, sin que se haya establecido qué se entiende a estos efectos por desplazamiento. Si bien puede parecer una cuestión menor, puede generar dudas, inseguridad y conflictos al no concretarse si basta con que el desplazamiento sea fuera del municipio, tenga al menos un carácter interprovincial, o requiera más estrictamente que sea fuera de la Comunidad Autónoma, con el problema de la extensión dispar de las diferentes CCAA. Son los convenios colectivos los que a veces concretan este aspecto (muy especialmente al hilo de la movilidad geográfica), introduciendo también la posibilidad frecuente de exigir un determinado número de kilómetros, que suele oscilar entre 75 kms. y 200 kms⁶⁴. No obstante, se insiste, el precepto estatutario

discrecionalidad (entre otros, art. 27.2 Convenio colectivo de Toledo de Comercio General; art. 53 Convenio colectivo estatal de centros y servicios de atención a personas con discapacidad); art. 40 Convenio colectivo Nacional del Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas; art. 52 Convenio colectivo Estatal de Industrias Cármicas.

Más próximo al carácter cuasi automático se encuentra el art. 31 Convenio colectivo Estatal de Gestorías Administrativas, al establecer que “las empresas habrán de otorgar dicho permiso, salvo que no resulte posible por necesidades perentorias del servicio”, lo que implica que la empresa habrá de aportar justificación relevante de la imposibilidad de otorgar el permiso.

⁶² Especificando justamente lo contrario, en el sentido de que la empresa podrá extender la baja del trabajador afectado en la Seguridad Social, el art. 22 Convenio colectivo Nacional para las Industrias de Turrónes y Mazapanes (BOE 28 diciembre 2022), o el art. 52 Convenio colectivo Estatal de Industrias Cármicas (BOE 16 julio 2022).

⁶³ TOMÁS JIMÉNEZ, N., *et al.*: “La igualdad en el empleo...”, op. cit., p. 204.

⁶⁴ En cuanto a la fijación de un umbral kilométrico como referencia, los convenios suelen oscilar entre 75 kms. y 200 kms. Por ejemplo, el art. 18 Convenio colectivo de Navarra de Comercio del Metal, que asciende hasta 150 kms.; el art. 24 Convenio colectivo de Navarra de Almacenistas de Alimentación fija este umbral en 200 kms. de desplazamiento; o el art. 18.3 Convenio colectivo de Teruel de Comercio que amplía el permiso a cinco días si concurre un desplazamiento superior a 100 kilómetros, o que deba realizarse en medio de transporte colectivo. Algunos convenios

podría haberlo detallado y evitar así posibles controversias, habiendo sido ésta una buena oportunidad para unificar criterios en ese aspecto.

En la negociación colectiva se incluyen en ocasiones mejoras respecto al permiso de fallecimiento, generalmente en el sentido de ampliar el número de días. Por ejemplo, el art. 33 d) in fine Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024), los amplía a cuatro días haya o no desplazamiento, siendo posible su disfrute fraccionado⁶⁵.

De forma común a ambos permisos, debe reseñarse la ampliación del círculo de personas que pueden generar este permiso, de tal modo que se corresponde con el concepto de “familia” enunciado en el art. 3 e) Directiva (UE) 2019/1158, incluyéndose así a las parejas de hecho⁶⁶, inclusión que la negociación colectiva comenzaba a realizar cada vez más frecuentemente haciéndose eco de la realidad social. Ahora bien, indica la Directiva pareja de hecho “cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional”, por lo que puede ocurrir que haya países comunitarios en los que aún no esté reconocida esta posibilidad⁶⁷, o incluso en el caso de que sí lo esté haya muchas diferencias en el status jurídico dispuesto por cada legislación nacional, tendiéndose, no obstante, a una paulatina equiparación. En este sentido, el debate en cuanto a si debe ser una unión de hecho registrada y oficial para tener acceso a este permiso en España debe ser respondido afirmativamente, salvo que los convenios colectivos dispongan un trato más favorable. Ciertamente no es una cuestión pacífica ya que puedes demostrar ser una pareja de hecho a través de la aportación de otro tipo de documentos (certificado de empadronamiento conjunto, titularidad de la vivienda familiar, existencia de hijos, etc.), como se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia ante otros supuestos y que podrían ser tenidos en cuenta en estos permisos. No obstante, en cuanto al permiso para cuidadores debe advertirse que también se ha introducido la figura de la persona conviviente que necesita cuidados por lo que esto también posibilita que uniones de hecho no registradas dieran lugar al permiso de cuidados, aunque no al previsto en caso de fallecimiento⁶⁸.

El art. 37. 3 b) ET está vinculado al art. 6 Directiva (UE) 2019/1158 que contempla el permiso para cuidadores, configurado como la ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro; siendo «cuidador» el trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro (art. 3 Directiva (UE) 2019/1158). El permiso para cuidadores previsto en el art. 37. 3 b) ET coincide con la duración prevista en la Directiva

colectivos optan por una ampliación del permiso de forma gradual, atendiendo al número de kilómetros que supone el desplazamiento e incrementándose de forma progresiva el permiso atendiendo a ello. Este tipo de cláusulas representan una buena práctica convencional, si bien es preciso advertir que algunos convenios prevén que los días adicionales no sean retribuidos parcial o totalmente. Puede verse un estudio más amplio en TOMÁS JIMÉNEZ, N., *et al.*: “La igualdad en el empleo para colectivos vulnerables”. En VV. AA., *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*. Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, Cinca, Madrid, 2022, pp. 198-199.

⁶⁵ También es destacable cuando son ampliados a tres días (art. 19 Convenio colectivo de Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE 30 agosto 2024); art. 69. 5 Convenio colectivo de Serveo Servicios, SAU, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (BOE 13 septiembre 2024)).

⁶⁶ Literalmente, el art. 3 e) Directiva (UE) 2019/1158 establece por «familiar»: 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.

⁶⁷ Según fuentes de la UE, los países comunitarios que no tienen uniones registradas son Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía y Eslovaquia. Véase: https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_es.htm

⁶⁸ En contra, considerando que sí procede,

(cinco días), pero es más generoso en la normativa española ya que puede entenderse que se genera este derecho cada vez que concurre la situación descrita (“accidente”; “enfermedad”; etc.), mientras que la Directiva establece un permiso anual⁶⁹. También mejora la normativa nacional el carácter retribuido que atribuye al permiso, algo que no hace la Directiva si se atiende a su art. 8. Asimismo, puede considerarse más amplio en cuanto a las situaciones tipificadas porque la norma comunitaria alude a “un motivo médico grave”, aunque añade, “conforme a lo definido por cada Estado miembro”, por lo que el art. 37. 3 b) recoge un listado de situaciones más amplio que además cada una de ellas podría generar un permiso distinto⁷⁰.

Por otro lado, como se ha indicado anteriormente, se incluye el parámetro de la convivencia para dar entrada a nuevos sujetos o situaciones cubiertas por el permiso para cuidados, siendo el art. 37. 3 b) ET bastante impreciso al respecto, si bien totalmente respetuoso con la Directiva. Al no especificarse nada, debería realizarse una interpretación amplia al respecto no pudiéndose exigir una convivencia mínima previa⁷¹, por ejemplo. No obstante, pueden surgir dudas de cómo acreditar tal convivencia en el caso de que sea requerida. Por otro lado, no tiene por qué ser personas dependientes o que no puedan valerse por sí mismos sino requerir ese cuidado efectivo en este período de forma temporal y ocasional, pudiendo incluso valerse por sí mismos.

Asimismo, surgen dudas respecto a si es necesario ese cuidado efectivo si se trata de un familiar del círculo reducido tipificado por el art. 37. 3 b) ET. La STSJ de Galicia de 27 de junio de 2024, rec. 17/2024, ha considerado que en el caso de familiares incluidos hasta el segundo grado no hace falta acreditar la exigencia de cuidado efectivo, pero sí en el caso de convivientes no incluidos en ese círculo familiar estricto. Esta sentencia estima la demanda de conflicto colectivo presentada por Confederación Intersindical Galega, con la adhesión a su postura de los otros sindicatos demandados, CCOO y UGT, de manera que, “en los casos en los que exista el vínculo familiar (conyugal o more uxorio, consanguíneo o por afinidad) la mera existencia de ese vínculo confiere el derecho al disfrute de cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. No es preciso, en tales supuestos, ni que se acredite la convivencia de la persona trabajadora con el enfermo, accidentado o paciente, ni que éste requiera el cuidado efectivo de aquélla. Tales circunstancias solo resultan exigibles y han de acreditarse en los supuestos en que la persona conviviente con el trabajador en el mismo domicilio y necesitada de sus cuidados no se encuentre unida a éste por ninguno de los vínculos antes señalados. La distinción entre ambos supuestos es clara y nos lleva a alcanzar la conclusión de que solo para los supuestos en los que se trate de cuidado de personas sin vínculo familiar de los señalados en la primera parte del precepto será exigible, para el disfrute del permiso, que se acredite la convivencia y la necesidad de cuidado por parte de quien solicita el permiso, por lo que procede la estimación de la demanda (F. J^o. 2^o)”. Por tanto, siguiendo esta sentencia, es preciso distinguir el permiso de cinco días por causas sanitarias de familiares, sin que para ello sea preciso más requisito que la concurrencia de las citadas causas y el vínculo de parentesco; y, por el otro, el permiso de cinco días para la atención de causas sanitarias que no tengan ese vínculo familiar ya contemplado en la parte anterior, siempre que se acredite la necesidad de este cuidado y la convivencia con dichas personas. Sin duda es una interpretación amplia del precepto si bien hay empresas que sí están exigiendo en

⁶⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores...”, op. cit., p. 30.

⁷⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.Á.: “Conciliación de la vida familiar y...”, op. cit.

⁷¹ MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores...”, op. cit., p. 30.

ambos casos que en el parte médico se incluya esa necesidad de cuidados para otorgar el permiso, o al menos para obstaculizar su concesión. Habrá que ver la evolución jurisprudencial al respecto, pero sin duda la STSJ de Galicia de 27 de junio de 2024, rec. 17/2024, ha realizado una interpretación coherente y funcional del precepto.

Por otro lado, la SAN 24 julio 2024 (rec. 157/2024), basándose en doctrina de la STS 12 julio 2018 (182/2017), ha dictaminado que el alta hospitalaria no extingue per se el permiso ya que si subsiste la necesidad de reposo domiciliario cabe seguir disfrutando el permiso, siendo equiparables los conceptos de asistencia continuada y el reposo domiciliario. Concretamente, y citando a la STS 12 julio 2018, recuerda que “el alta hospitalaria no va acompañada el alta médica ni siquiera en los supuestos de cirugía «menor», sino que casi siempre es dada con la recomendación facultativa -expresada o no documentalmente- de que la atención sanitaria recibida vaya seguida de un periodo de reposo, que si es domiciliario de por sí constituye causa independiente del permiso retribuido de que tratamos (...) Ello nos lleva a entender, de acuerdo con la referida doctrina, que el “reposo domiciliario” está relacionado directamente con la intervención quirúrgica sufrida por el familiar y su finalidad no está referida únicamente a eximir de trabajo al paciente, sino también a la necesidad de que repose en casa, lo cual deduce la referida sentencia incluso del Diccionario de la RAE, que comporta descansar, interrumpir la actividad para recuperarse, lo que se predica lógicamente del trabajo y también de las actividades que se realicen en el domicilio o fuera de él, como limpiar, hacer la compra, cocinar, así como cualquiera otra que pudiera ser incompatible con la recuperación. Consiguientemente, el presupuesto, para que el reposo domiciliario sea efectivo, es que el paciente cuente con la atención de terceros, en este caso del trabajador, siendo esa la razón de ser del permiso retribuido” (F. J. 4º). A esto debe sumarse el carácter sociológico, afirmándose en la SAN 24 julio 2024 que la interpretación que postula la empresa según la cual el permiso habrá de extenderse únicamente hasta que finalice la hospitalización, con independencia de la prescripción de reposo domiciliario, resulta contraria al referido principio de igualdad real, pues no hace sino perpetuar la denominada “brecha laboral de género”, ya que implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vea mermados sus derechos por esta causa, a la par, que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares.

No obstante, la STSJ Cataluña 6 junio 2024, rec. 15/2024, también recuerda que la causalidad o carácter finalista de este permiso se ha mantenido y reiterado por la doctrina jurisprudencial, tal como evidencia la STS de 14 de enero de 2021, rec. 3962/2018, entre otras, y, por tanto, el tiempo de prolongación del permiso ex art.37.3, b) ET está vinculado a la concurrencia de causa legal que lo justifique, sin necesidad de justificante diario cuando se acredite ex post la concurrencia de causa durante los días en que se ha disfrutado de dicho permiso laboral. La causa que da razón de ser al permiso retribuido debe ser entendida en sentido expansivo y flexible, de forma que su prolongación no se ciñe única y exclusivamente a la estricta hospitalización, pues la simple alta hospitalaria no tiene porqué conllevar de forma automática la extinción o finalización del permiso, máxime cuando el propio precepto reconoce ese mismo beneficio en los supuestos en los que, tras una intervención quirúrgica sin hospitalización, el familiar del trabajador únicamente precise reposo domiciliario.

Por otro lado, la SAN 11 de julio 2024 (rec. 146/2024) ha rechazado que deba ser calificado como una modificación sustancial de condiciones de trabajo la decisión empresarial de dejar de conceder los días adicionales de convenio por desplazamiento ya que se ha mejorado esta cuestión por el RD-ley 5/2023, y por aplicación el principio de jerarquía normativa es imperativa la adecuación del permiso a la nueva normativa, de modo que, si a resultas de ello, se introducen alteraciones en los derechos de los

trabajadores no es este el caso de una modificación sustancial acordada unilateralmente por el empresario (siguiéndose así el criterio de la STS 25 de junio 2024, rec. 161/2022)⁷².

En cuanto al cómputo de los días, la jurisprudencia se ha mostrado contundente en considerar que sólo cuentan los días laborables (SAN 25 de enero 2024 (rec. 275/2023); STSJ Castilla y León (Valladolid) 19 de abril 2024, rec. 3/2024; STSJ Asturias 23 de abril 2024, rec. 11/2024). La SAN 102/2024, de 12 de septiembre 2024, consolida que el permiso comienza a partir del siguiente día laborable y además reconoce el derecho del trabajador a disfrutarlo como mejor le convenga para cuidar a los familiares enfermos, mientras que persista el hecho causante⁷³.

Como se ha comentado anteriormente en relación a la adaptación de jornada, la Disposición Final Novena de la LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres ha derogado, posiblemente también por error, la nulidad de los despidos “de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37, apartados 3.b) ET”, al desaparecer esta posibilidad de los arts. 53. 4 b) y 55. 5 b) ET. Por tanto, actualmente no se prevé expresamente entre las causas de nulidad objetiva del despido las que se realicen en un contexto de permiso retribuido del art. 37. 3 b) ET, aunque sí alude a otros como el permiso parental, etc.⁷⁴.

En otro orden de ideas, es importante señalar que en la negociación colectiva se incluyen mejoras de diferente índole. Por ejemplo, el art. 33 c) Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024) prevé que en el supuesto de ingreso hospitalario en la UVI/UCI del cónyuge, hijos/as o padres de la persona trabajadora tendrán derecho, a 2 horas diarias de permiso retribuido durante los primeros 15 días naturales del ingreso hospitalario, una vez concluido el número de días de permiso retribuido que se haya disfrutado. También se han incorporado permisos no retribuidos para cuidados de diferente duración (art. 69. 4 Convenio colectivo de Serveo Servicios, SAU, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (BOE 13 septiembre 2024); art. 33 b) in fine Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024) prevé un permiso ampliable como máximo a dos meses sin sueldo a partir del quinto día, siendo el facultativo que atienda a la persona enferma quien determine la concurrencia o no de la gravedad en la enfermedad o accidente.

También dentro del permiso de cuidados desde una perspectiva amplia podría incluirse los permisos que contemplan la asistencia a visitas médicas acompañando a familiares (art. 33. 3 Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024), por un máximo de 40 horas anuales de permiso retribuido).

⁷² BELTRÁN, I.: “Permiso de 5 días por accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica (art. 37.3.b ET ex RD Ley 5/2023): primeras reacciones jurisdiccionales”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 10 septiembre 2024. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2024/09/10/permiso-de-5-dias-por-accidente-y-enfermedad-grave-art-37-3-b-et-ex-rdley-5-2023-primeras-reacciones-jurisdiccionales/>

⁷³ Se comenta esta sentencia en: [https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/la-an-reconoce-el-derecho-del-trabajador-a-disfrutar-como-mejor-le-convenga-de-los-cinco-dias-retribuidos-para-cuidar-familiares-enfermos/#:~:text=Los%20trabajadores%20tienen%20derecho%20a,AN\)%20en%20una%20reciente%20sentencia](https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/la-an-reconoce-el-derecho-del-trabajador-a-disfrutar-como-mejor-le-convenga-de-los-cinco-dias-retribuidos-para-cuidar-familiares-enfermos/#:~:text=Los%20trabajadores%20tienen%20derecho%20a,AN)%20en%20una%20reciente%20sentencia)

⁷⁴ Siendo noticia el despido declarado como procedente por una reciente SJS de Málaga de una trabajadora doméstica tras solicitar un permiso retribuido para atender a su madre enferma. Véase en: <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/jurisprudencia/despida-una-empleada-del-hogar-tras-solicitar-un-permiso-retribuido-para-atender-a-su-madre-enferma/>

4.2. Permiso para ausencias por fuerza mayor, necesarias y urgentes

El art. 37. 9 ET establece que la persona trabajadora tendrá derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Es un permiso retribuido de cuatro días al año que debe realizarse conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, aportando las personas trabajadoras, en su caso, acreditación del motivo de ausencia.

Este permiso, que es el resultado de la transposición del art. 7 Directiva (UE) 2019/1158, está parcamente regulado, advirtiéndose que la situación generadora no tiene por qué ser grave y que además entra en juego la valoración subjetiva que se realice de la misma, pudiendo dar lugar a situaciones dudosas. No obstante, es posible que funcione a modo de bolsa de horas para asuntos de estas características y que se consuman sólo algunas horas en cada caso, de forma intermitente y no siempre, debiendo acreditarse al menos la circunstancia generadora del permiso, admitiéndose siempre que conste tal justificación y no discutiéndose si corresponde o no⁷⁵.

La finalidad principal de este permiso es atender circunstancias imprevistas de descendientes de corta edad y ascendientes en edad avanzadas, muy importantes cuando éstos padecen enfermedades crónicas.

Entre los aspectos reseñables está el carácter amplio en cuanto al sujeto causante del permiso, pudiendo ser un familiar, pero sin tener que entrar en el círculo de hasta segundo grado, más amplio, por tanto, y también los convivientes. En este sentido, subrayar de nuevo que no se exige un mínimo de convivencia y que no tiene por qué ser personas dependientes o que no puedan valerse por sí mismos sino concurrir la situación que haga necesaria la presencia urgente de la persona trabajadora, y por tanto deba ausentarse del trabajo sin previo aviso.

Curiosamente, no se ha previsto un permiso similar para los empleados públicos.

En la misma línea de la norma: art. 33 e) Convenio colectivo de Generali Seguros y Reaseguros, SAU. (BOE 11 septiembre 2024), aunque permitiendo que se ausente más de cuatro días de forma no retribuida.

4.3. Permiso parental: vigente pero todavía sin compensación económica

La Directiva (UE) 2019/1158 define el «permiso parental» como ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este (art. 3, b)), configurándolo en unos términos amplios en cuanto a su duración, determinando que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos (art. 5).

En cumplimiento de esta estipulación, el nuevo art. 48 bis ET establece que las personas trabajadoras tendrán derecho a un permiso parental, para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. Este permiso, que tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas

⁷⁵ Defendiendo este “uso pacífico” del permiso, BARCELÓN COBEDO, S.: “Adaptación de jornada...”, op. cit., pp. 127-128.

o discontinuas, podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente, por lo se permite su disfrute de una forma flexible, tal y como exige el art. 5.6 Directiva (UE) 2019/1158.

Su encuadramiento en el art. 48 ET implica que está configurado como una suspensión del contrato de trabajo, constituyendo un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio. Atendiendo a lo establecido en la Directiva (UE) 2019/1158 que alude a la necesidad de preaviso para el disfrute de este permiso, el precepto estatutario establece que su concreción temporal corresponde a la persona trabajadora, especificando ésta la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa. Ahora bien, ha rehusado la normativa española de incluir algún requisito referido a una antigüedad mínima que deba reunir el trabajador para solicitarlo (la Directiva prevé la posibilidad de una antigüedad de un año como máximo), o el establecimiento de un período de trabajo.

Solamente prevé el art. 48 bis ET que podrían establecerse restricciones en el supuesto de que dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, pudiendo ésta aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute igual de flexible, en la línea por lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1158 (art. 5.5).

Sin duda, está vinculado al permiso por cuidado del menor (art. 48. 4 ET) pero la regulación efectuada en nuestro ordenamiento ha decidido diferenciarlo claramente del mismo, así como también del permiso de lactancia (art. 37. 4 ET) y de la excedencia por cuidado (art. 46. 3 ET), por lo que no se ha acogido a la posibilidad prevista en la propia Directiva (UE) 2019/1158, en su art. 21. 6, de integrar en este permiso parental, a efectos de considerar cumplida la obligación impuesta por la normativa comunitaria, cualquier período de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros por permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en la presente Directiva o en la Directiva 92/85/CEE, siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas. Esta opción habría obligado a modificar igualmente el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, aspectos de la excedencia para cuidados, prevista ahora hasta los tres años de los hijos cuando la Directiva establece ocho años, pero parece que sido descartada esta posibilidad, al menos por ahora.

Quizás el aspecto más controvertido de este permiso parental en nuestro país se centra en el cumplimiento de la obligación impuesta por el art. 8.3 Directiva (UE) 2019/1158, exigiendo que el Estado miembro o los interlocutores sociales definan la remuneración o prestación económica, y que lo hagan de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental. Precisamente el elevado coste que se entiende que puede suponer este permiso propició que se planteara acogerse al art. 21. 6 Directiva (UE) 2019/1158, ahora descartado. El art. 48 bis ET no establece nada al respecto, debiendo los Estados miembros poner en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la Directiva (UE) 2019/1158 en cuanto a la remuneración o la prestación económica de las ocho semanas del permiso parental a más tardar el 2 de agosto de 2024 (en base a la Disposición Final Octava del RDLey 5/2023 que reconoce que

este aspecto ha quedado pendiente de regulación; art. 20. 2 Directiva (UE) 2019/1158). Sumar y el PSOE se comprometieron a retribuir al menos cuatro de las ocho semanas, pero aún no se ha realizado el correspondiente desarrollo normativo a pesar de haberse cumplido ya el plazo previsto. Se ha tenido noticia a finales de septiembre de que la Comisión Europea ha dado el primer paso para iniciar un procedimiento de infracción contra España otorgando al Gobierno dos meses para acomodar la legislación española a la Directiva europea en este aspecto, estimando el Ministerio de Trabajo que la multa puede ascender a siete millones de euros, por lo que todavía resulta más cuestionable que aún no se haya regulado este aspecto alegando razones de financiación, ya que la opción planteada es que se reconduzca como prestación económica de Seguridad Social. Parece que se ha descartado que sea un permiso retribuido por el empresario, ya que el propio art. 45.1 o) ET configura al disfrute del permiso parental como suspensión del contrato de trabajo con la exoneración recíprocas de trabajar y remuneración⁷⁶.

Otra cuestión importante que también queda pendiente de resolver es la referida a su cotización, existiendo tal obligación teniendo en cuenta la normativa ahora vigente (arts. 13.2 y 69 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social)⁷⁷. Concretamente, según el Informe de la TGSS de 22 enero 2024 (núm. 2/2024), durante el disfrute del permiso parental a tiempo completo deberá mantenerse el alta y la cotización respecto de la persona trabajadora⁷⁸, mientras que en este caso el permiso parental disfrutado a tiempo parcial se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

Por otro lado, resulta criticable que el art. 48bis ET establezca la duración en semanas (ocho), mientras que la Directiva (UE) 2019/1158 indicaba dos meses, por lo que es ligeramente más restrictiva la normativa española, si bien continúa así la tendencia del resto de permisos parentales que suelen venir expresados en semanas (por ejemplo, el permiso para cuidado del menor)⁷⁹, y además debe tenerse en cuenta que una valoración de conjunto del ordenamiento jurídico español en materia de permisos parentales arroja un balance muy positivo en relación a la normativa comunitaria, mejorando ampliamente casi todos los permisos previstos en la misma⁸⁰.

En lo que al empleo público se refiere, el art. 49 g) EBEP prevé el permiso parental en términos similares a los descritos, aunque limitando la concreción que puede hacer la persona trabajadora al exigir un preaviso superior ya que lo eleva a quince días (diez en el ET), lo condiciona a que las necesidades del servicio lo permitan y debe ser disfrutado por semanas completas; más restringido aún en el caso de disfrute simultáneo por el mismo sujeto y hecho causante en la misma unidad de administración, siendo ésta la que decida.

⁷⁶ Así se advierte en CASTRO ARGÜELLES, M.Á.: “Conciliación de la vida familiar y...”, op. cit.

⁷⁷ CASTRO ARGÜELLES, M.Á.: “Conciliación de la vida familiar y...”, op. cit.

⁷⁸ Señala el Informe de que de conformidad con el criterio de la DGOSS, pese a ser incluido el permiso parental en el apartado 1.o) del artículo 45 del ET como una causa de suspensión del contrato, por lo que el apartado 2 lo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, no por ello pierde la naturaleza de permiso, resultando, por lo tanto, de aplicación el artículo 69, sobre situaciones de permanencia en alta sin retribución, cumplimiento de deberes de carácter público, permisos y licencias, del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, y, en consecuencia, la obligación de cotizar. Se recuerda que en este artículo se establece que “ para las contingencias comunes se tomará como base de cotización la mínima correspondiente en cada momento al grupo de la categoría profesional del trabajador y para las contingencias profesionales la base de cotización estará sujeta a los topes mínimos establecidos en el apartado 2 del artículo 9 ”.

⁷⁹ Repárese en este sentido en CASTRO ARGÜELLES, M.Á.: “Conciliación de la vida familiar y...”, op. cit.

⁸⁰ En esta línea, MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores...”, op. cit., p. 28, considerando que tal discrepancia puede entenderse compensada con la regulación interna de otras instituciones destinadas al cuidado de hijo.

Por tanto, y a modo de conclusión de este permiso, debe subrayarse que mientras que no se desarrolle la norma correspondiente que garantice la compensación económica que percibirá el trabajador mientras que esté disfrutando este permiso, tendremos un permiso ineficaz o desactivado porque sólo determinadas familias podrán permitirse económicamente disfrutarlo. Es urgente su desarrollo.

5. CONCLUSIONES

Conciliar para cuidar más y mejor. En un momento de poner en valor los cuidados, la importancia de los mismos en los más pequeños y en los más mayores, requerimos de un cambio estructural profundo del sistema. Cuidamos a los lactantes, a los bebés, a los niños, a los adolescentes, a los jóvenes, a nuestros coetáneos, y a nuestros ascendientes mayores, a menudo dependientes y con enfermedades más o menos crónicas pero que desde luego necesitan atención y tiempo. Todo ello asumido generalmente por la mujer, desde el convencimiento de ejercer el rol que le corresponde “de forma natural”. Por eso es tan importante trabajar por, para y en la corresponsabilidad. Para hacer real un cambio en la sociedad y en el seno del trabajo. Un cambio que está empezando a producirse, de forma lenta, pero que requiere todavía de medidas transversales que lo implementen.

El ordenamiento jurídico ha ido transitando desde un modelo con medidas de conciliación de ausencia y especialmente dirigidas a las mujeres que tenía efectos muy negativos para las mismas (por ejemplo, el “efecto boomerang”), hacia medidas de titularidad neutra, personales e intransferibles, que ahora combinan con medidas de corresponsabilidad y presencia desde la creencia de que la clave está en la adaptación del tiempo del trabajo y que la propia persona trabajadora pueda gestionar su tiempo. La realidad, no obstante, es que las mujeres siguen siendo los sujetos claramente mayoritarios en los cuidados y en la adopción de medidas laborales de esta índole, con todo lo que ello conlleva de expulsión del mercado de trabajo o de retención en su promoción profesional y económica. Las solicitudes de adaptación del tiempo de trabajo también provienen principalmente de las trabajadoras, pero son denegadas en un número muy alto atendiendo a las necesidades de la empresa por lo que a pesar de su reforzamiento normativo continúan siendo un derecho debilitado. Son precisos cambios legales que garanticen derechos automáticos o al menos que la negociación colectiva atienda la “invitación” realizada por el legislador y proporcione un contenido concreto, algo por otro lado complicado por la casuística tan relevante que atañe a estas cuestiones. Por tanto, los cambios están llegando en la buena dirección, siendo preciso robustecerlos, y lo que ahora corresponde es que la sociedad también asuma de forma decidida ese cambio de roles porque la corresponsabilidad no es sólo una cuestión legal, sino que es algo global que afecta a multitud de aspectos y que la sociedad tiene que interiorizar y asumir como algo precisamente natural y necesario.

Debe reclamarse el cumplimiento del derecho constitucional del art. 39 CE que impone a los poderes públicos que aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia, por lo que para garantizar un cuidado efectivo de las personas de “nuestro círculo” deben articularse medidas laborales que faciliten una gestión flexible del tiempo de trabajo, pero aunando políticas públicas que subvencionen las posibles reducciones de jornada y las excedencias por cuidados si son necesarias, primando un enfoque corresponsable al incentivar que sean solicitadas por los varones; y asimismo, políticas públicas de atención a la familia que garanticen unos servicios públicos de calidad⁸¹.

⁸¹ GARCÍA TESTAL, E.: “Conciliación entre la vida laboral y la vida familiar...”, op. cit., p. 176.

6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.; LOZANO LARES, F., et al.: “Tiempo de trabajo y conciliación laboral: permisos, licencias, reducciones y redistribuciones de jornada para conciliar trabajo y familia”. En VV. AA., *Regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, Lefebvre-El Derecho, 2020, págs. 291-380.

ARETA MARTÍNEZ, M.: “El impacto de la reducción de jornada por guarda legal en la retribución, en las prestaciones de Seguridad Social y en la economía familiar”. *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, núm. 10, 2024, pp. 65-100.

ARETA MARTÍNEZ, M.: “¿La reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional de los complementos salariales de turnicidad y de exceso de tiempo de relevo? *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 9, 2023.

ASQUERINO LAMPARERO, M^a. J. “Los permisos de corresponsabilidad: el permiso para cuidadores, por fallecimiento y por fuerza mayor”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 273, 2024.

BARCELÓN COBEDO, S.: “Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el RDL-5/2023”. *Temas laborales*, núm. 171, 2024, pp. 103-136.

BARCELÓN COBEDO, S.: “Adscripción a un turno de trabajo fijo por motivos de conciliación: presunción de necesidad adaptativa”. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 9, 2023.

BELTRÁN, I.: “Permiso de 5 días por accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica (art. 37.3.b ET ex RD Ley 5/2023): primeras reacciones jurisdiccionales”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 10 septiembre 2024. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2024/09/10/permiso-de-5-dias-por-accidente-y-enfermedad-grave-art-37-3-b-et-ex-rdley-5-2023-primeras-reacciones-jurisdiccionales/>

CAMAS RODA, F.: “La estrategia europea de cuidados desde una aproximación jurídico- laboral”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 20, 2024, pp. 20-43.

CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, pp. 227-244.

CASTRO ARGÜELLES, M.Á.: “Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por el Real Decreto-Ley 5/2023”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 271, 2024.

COTERILLO LASO, R.: “El derecho a la reducción de jornada no comprende el cambio del sistema de trabajo a turnos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 10, 2024, pp. 213-230.

CRISTÓBAL RONCERO, M^a. R.: “La conciliación de la vida familiar y profesional en la Unión Europea”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 8, 2024, pp. 73-97.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España”. *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, pp. 37-63.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.; RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.; VAQUERO

GARCÍA, A.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (Coord.): *Estudio de los convenios colectivos en materia de conciliación y corresponsabilidad*. Madrid, CCOO, 2024.

GARCÍA ROMERO, B.: “La utilización de la corresponsabilidad como criterio modulador de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar por parte de la empresa”. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 9, 2023.

GARCÍA TESTAL, E.: “Conciliación entre la vida laboral y la vida familiar: un análisis de la no discriminación, la corresponsabilidad y la flexibilidad como elementos para la igualdad laboral de las mujeres en la Directiva (UE) 2019/1158 y en su trasposición al ordenamiento”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 51, 2024, pp. 151-178.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal”. En VV. AA. González Ortega, S. (Coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pp. 125-160.

HANS GONZÁLEZ, C.: *El derecho de adaptación de la jornada por motivos conciliatorios y el derecho fundamental a la intimidad*. Forelab.com, 2020.

INFOJOBS.COM: *Casi dos tercios de los trabajadores españoles da importancia a la flexibilidad horaria*. 15 enero 2024. Disponible en: <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/casi-dos-tercios-de-los-trabajadores-espanoles-da-importancia-a-la-flexibilidad-horaria>

INSTITUTO DE LAS MUJERES: *Mujeres en Cifras: Conciliación - Excedencias, permisos y reducciones de jornadas*. Madrid, Ministerio de Igualdad, 2024, Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>

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*, núm. 3, 2022, pp. 63-86.

MARTÍN, E. *Adaptación de jornada por conciliación: limitarse a ofrecer permuta de turnos no es negociar*. 13 septiembre 2024. Disponible en: <https://sincrogo.com/blog/tribunales/adaptacion-de-jornada-por-conciliacion-limitarse-a-ofrecer-permuta-de-turnos-no-es-negociar/>

MARTÍNEZ TORREGROSA, E.: “La adaptación de la jornada como mecanismo para hacer efectivo el derecho a la conciliación”. En VV. AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo*. Vol. 1, 2022, pp. 647-667.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “El derecho a solicitar la adaptación de jornada: Una aproximación legal y judicial”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, tomo LVI, 2023, pp. 95-120.

MINISTERIO DE IGUALDAD: *Principales indicadores estadísticos igualdad (Febrero 2024)*. Madrid. Ministerio de Igualdad, 2024.

MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL; INSTITUTO

NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Mujeres y hombres en España*. Madrid, 2024.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Escenarios modernos de los tiempos de trabajo (y vida): actualidad (social y judicial) de un clásico en busca de su (¿imposible?) «soberanía»”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, pp. 101-133.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 441, 2019, pp. 5-24.

MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Granada, Comares, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.:

“Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 9, 2023, pp. 11- 33.

NAVARRO NIETO, F.: “Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.262, 2023.

NIETO ROJAS, P.: “Políticas de las comunidades autónomas para la conciliación de la vida laboral y familiar. El papel de las administraciones públicas en el fomento de la corresponsabilidad”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 20, 2024, pp. 44-67.

NIETO ROJAS, P.: “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, pp. 75-102.

OIT: *Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor*. Ginebra, 2019.

RODRÍGUEZ, C.; TRAVÉ, D.: “Gestión de la adaptación de jornada: Claves tras dos años del nuevo Art. 34.8 ET y retos”. *Cuatrecasas.com*, 2021. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/laboral/art/gestion-adaptacion-jornada-claves-tras-dos-anos-nuevo-art-34-8-retos-pospandemia>

RODRÍGUEZ COPÉ, M^a. L.: “El alcance del derecho a adaptar la jornada y a la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: una controversia aún por resolver. Comentario a la STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018”. *Temas Laborales*, núm. 141, 2018, pp. 173-183.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “La “soberanía sobre el tiempo”: Unilateralidad e imposición en la distribución del tiempo de trabajo frente a conciliación corresponsable”. *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 40, núm. 1, 2022, pp. 37-55.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, núm. 11(1), 2021, pp. 40-78, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5470>

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “La dimensión constitucional de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización por daños morales”. *Temas laborales*, núm. 169, 2023, pp. 189-203. Corresponsabilidad, roles de género y derechos de conciliación.

TOMÁS JIMÉNEZ, N., *et al.*: “Tiempo de trabajo y conciliación laboral: permisos, licencias, reducciones y redistribuciones de jornada para conciliar trabajo y familia”. En VV. AA., *Regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, Lefebvre-El Derecho, 2020, págs. 291-380.

TOMÁS JIMÉNEZ, N., *et al.*: “La igualdad en el empleo para colectivos vulnerables”. En VV. AA., *Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*. Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, Cinca, Madrid, 2022, pp. 177-260.

VEGA RUIZ, M^a. L.: “La soberanía del tiempo de trabajo: un nuevo enfoque para un concepto tradicional”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 13, 2020, pp. 19-39.

**LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR,
CON ESPECIAL ATENCIÓN AL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ITALIANO**

PAOLA BOZZAO

Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad Sapienza de Roma

SUMARIO:

1. CONCILIACIÓN Y PATERNIDAD: UN BINOMIO COMPLEJO
2. PATERNIDAD Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
3. LA PRESTACIÓN ÚNICA Y UNIVERSAL (ESQUEMA)
4. EL APOYO A LA PATERNIDAD LABORAL, ENTRE EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 105/2022 Y LA LEY DE FAMILIA

1. CONCILIACIÓN Y PATERNIDAD: UN BINOMIO COMPLEJO

La necesidad de un marco normativo orientado a favorecer un reequilibrio en el acceso, participación y disfrute igualitario de los derechos de las mujeres trabajadoras se viene sintiendo en nuestro país desde hace mucho tiempo. En presencia, todavía hoy, de datos poco halagüeños relativos a los niveles de empleo femenino¹, y de un modelo familiar que ve a las mujeres agobiadas por las actividades prevalentes de cuidado de los hijos y de los miembros de la familia de mayor edad o no autosuficientes, la cuestión de la justa división y reparto de las tareas de cuidado en el seno de la unidad familiar, a través de una mayor implicación del género masculino, sigue estando en el centro del debate político y sociocultural.

No han faltado intentos reguladores en los últimos años.

En particular, en 2022 se produjeron importantes avances hacia un mayor reparto de las responsabilidades familiares en el caso de la paternidad laboral y la protección social de la carga filial. De hecho, la ley de habilitación n.º 32 de 7 de abril de 2022 (la llamada Ley de Familia) rediseñó el marco normativo de los permisos (parental, de paternidad y maternidad), que además fue objeto de innovaciones aún más recientes mediante el Decreto Legislativo n.º 105 de 30 de junio de 2022, por el que se aplica la Directiva de la UE 2019/1158 sobre el equilibrio entre la vida laboral y familiar. El mismo año también se produjo un cambio en el paradigma de las políticas sociales de apoyo a los niños, ahora centradas en un acuerdo universalista de protecciones articuladas en torno a una única medida, la Prestación Única y Universal².

Las reflexiones contenidas en este trabajo se centrarán en estos dos macro-ámbitos³, con el objetivo de entender si, y en qué medida, los recientes cambios legislativos permiten realmente una conciliación más justa entre vida y trabajo, en el ámbito de los deberes de cuidado familiar; deberes a los que corresponden derechos, cuyo disfrute permite el pleno desempeño de esas tareas de cuidado que están en la esencia de la paternidad. Esos derechos encuentran un espacio creciente dentro de las políticas sociales de apoyo a las familias, gracias sobre todo al impulso propulsor ejercido por el ordenamiento comunitario, ahora europeo. Precisamente en las políticas europeas, la parentalidad se sitúa en el centro de una estrategia integrada entre la lucha contra la discriminación, la conciliación de la vida laboral y personal, y el reparto y distribución equitativos de las responsabilidades de cuidado, con el fin de fomentar una mayor participación de las mujeres en el mercado laboral. Esta estrategia se persigue mediante una combinación de

¹ En Italia, en 2023 la tasa de empleo (20-64 años) creció 1,5 puntos, situándose en el 66,3%, pero permaneciendo muy lejos (casi 10 puntos) de la media de la UE (75,4%). La diferencia es aún más significativa en lo que respecta al empleo femenino: entre los 20 y los 64 años, sólo trabaja el 56,5% de las mujeres, frente al 70,2% de la media de la UE. De nuevo, la tasa de empleo masculino es del 76% (80,5% en la UE), con una diferencia respecto a las mujeres de 19,5 puntos, casi el doble de la media de la UE (10,3%): datos de Eurostat, marzo de 2024.

² Decreto Legislativo n.º 230, de 21 de diciembre de 2021, por el que se desarrolla la Ley n.º 46, de 1 de abril de 2021. De hecho, la medida estuvo precedida por una asignación temporal, reconocida del 1 de julio al 31 de diciembre de 2021 (Decreto-Ley n.º 79 de 8 de junio de 2021, convertido por la Ley n.º 112 de 30 de julio de 2021); durante los dos primeros meses de 2022, el Decreto Legislativo n.º 230 garantizó la continuidad de la medida.

³ Todo ello a sabiendas, por supuesto, de que las medidas conciliadoras pueden ser muchas y variadas. La propia Ley de Familia contiene también poderes delegados para introducir incentivos para los empresarios que apliquen las cláusulas de los convenios colectivos nacionales que prevén modalidades de trabajo flexibles, con el fin de conciliar el trabajo y la vida personal; formas de incentivos para las empresas, incluidas también formas de descontribución, para las sustituciones por maternidad, la reincorporación de las mujeres al trabajo y para las actividades de formación dirigidas a ellas; desgravaciones en las cotizaciones para incentivar la negociación de segundo nivel, destinadas a promover la conciliación de la vida laboral y familiar (art. 4). Entre las principales medidas adoptadas por el legislador para promover el empleo femenino destacan: el refuerzo de las desgravaciones contributivas para la contratación de mujeres; y la prioridad en el acceso al trabajo ágil para los padres con hijos de hasta 12 años, o sin límites en el caso de hijos discapacitados (art. 3, párr. 4, n.º 4, Decreto Legislativo n.º 105/2022).

instrumentos *de hard law* y *soft law*, que afectan también al conjunto de protecciones sociales establecidas especialmente para apoyar a los trabajadores, partiendo de la base de que el equilibrio entre la vida familiar y la actividad profesional es un elemento clave para la recuperación económica y el bienestar personal y social.

Junto a las Directivas que, en los ámbitos de la igualdad de género y de las condiciones de trabajo, abordan cuestiones relevantes para la conciliación de la vida laboral y familiar, se encuentran también el artículo 33 de la Carta de Niza y, más recientemente, el artículo 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que reconoce la igualdad de acceso de hombres y mujeres a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades de cuidado de personas y les anima a disfrutarlos de forma equilibrada. En estrecha conexión con esta última disposición, la Directiva 2019/1158 de la UE, siguiendo un camino iniciado de hecho hace muchos años⁴, marca el último paso para reforzar las medidas de conciliación. Este último objetivo se dirige a lograr la igualdad entre hombres y mujeres en lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (art. 1.1), y se materializa a través del establecimiento de “nuevos y renovados” derechos dirigidos, sobre todo, a favorecer las opciones conciliadoras de los padres, permitiendo una coestión más equilibrada de la paternidad.

Estas prioridades, como decíamos, también se situaron en el centro de la llamada Ley de la Familia. Esta última esbozó el marco normativo de una amplia gama de medidas concebidas específica y orgánicamente para proteger a la familia: combatir la falta de hijos, apoyar la paternidad y la función social y educativa de las familias, fomentar la conciliación de la vida familiar con el trabajo de ambos padres, incentivar el trabajo de la mujer, promover el crecimiento armonioso e integrador de los niños y los jóvenes, y apoyar la independencia y la autonomía financiera de los jóvenes (artículo 1, párrafo 1, Ley Delegada núm. 32/2022).

Con la esperanza de asistir a un giro real, la Directiva 2019/1158 de la UE, dedicada a la *conciliación de la vida laboral y familiar* de padres y cuidadores, y la Ley de Familia, más específicamente dedicada al apoyo y mejora de la familia, deberían haber perfilado un marco legal renovado y reforzado sobre la conciliación del trabajo remunerado y las actividades de cuidado, que situara en el centro la mejora de la paternidad masculina, para fortalecer el vínculo familiar del padre, especialmente en las actividades de cuidado filial.

Sin embargo, este objetivo sólo se alcanzó en parte.

La situación de emergencia impuesta por la fase pandémica ralentizó inevitablemente la transposición de la Directiva UE 2019/1158. Si esta última se aplicó “en la Zona Cesarini”, con la adopción del Decreto Legislativo n.º 105/2022⁵, los plazos para la aplicación de las delegaciones contenidas en la Ley n.º 32/2022 -en particular en el artículo 3, relativo a la excedencia, que es objeto de interés específico aquí- expiraron en cambio en mayo de 2024. Es indudable que el alcance operativo de dichas delegaciones parecía muy limitado desde el principio, debido a las graves restricciones económicas impuestas por el artículo 81, apartado 3, de la Constitución. Sin embargo, había margen para su aplicación (aunque parcial). Dos años después de su promulgación, el nuevo Gobierno - a pesar de haber ampliado inicialmente los plazos de su aplicación⁶- sólo ha

⁴ Bozzao P., ‘Empleo e igualdad de género en la UE’, en Aa.Vv. ‘La Política y el Derecho del Empleo en la Nueva Sociedad del Trabajo. Liber Homenaje a la Profesora Rosa Quesada Segura’, Junta de Andalucía, Málaga, 2016, 355 y ss.

⁵ La fecha límite para la aplicación de la Directiva era el 2 de agosto de 2022; el Decreto Legislativo n.º 105 entró en vigor el 13 de agosto.

⁶ Cabe señalar que el artículo 1, apartado 7, de la ley de conversión del Decreto Ley n.º 198/2022 (Ley n.º 14/2023, la denominada ampliación del plazo legislativo) preveía el aplazamiento -de 12 a 24 meses a partir de la entrada en vigor de la Ley de familia (12 de mayo de 2022)- del plazo para dictar los decretos legislativos delegados

dejado en vigor la Prestación Única y Universal, un nuevo apoyo económico concedido, con vistas a una mayor equidad e inclusividad, a todas las familias con carga filial⁷. La medida, además, había sido introducida incluso antes de la puesta en marcha de la Ley de Familia; mientras que las delegaciones contenidas en la misma están destinadas a permanecer en el cajón.

Plenamente consciente de la gravedad de la oportunidad perdida, en esta contribución dedicaré, no obstante, una breve mención a algunas de las delegaciones (destinadas a quedar sin aplicación) contenidas en la Ley de Familia, deteniéndome en el análisis de las principales novedades del nuevo marco normativo que inciden en la protección de la responsabilidad filial, con atención específica a las prestaciones parentales relacionadas con la maternidad y la paternidad.

2. PATERNIDAD Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El principio de protección de la unidad familiar, según el cual debe garantizarse a la familia la protección y asistencia más amplias posibles, especialmente en el momento de su formación y habida cuenta de las responsabilidades que ambos padres tienen en el mantenimiento y la educación de sus hijos, está plenamente reconocido en nuestra Constitución⁸.

El artículo 31 “pone en el centro” el valor social de la infancia y, al asegurar una efectiva reversión de los principios enunciados en los dos artículos inmediatamente anteriores, compromete a la República a facilitar “mediante medidas económicas y otras disposiciones, la formación de la familia y el cumplimiento de sus deberes, con especial atención a las familias numerosas” (párr. 1), protegiendo “la maternidad, la infancia y la juventud” y favoreciendo “las instituciones necesarias para ello” (párr. 2). Estas disposiciones están injertadas en valores constitucionales específicos que impregnan la estructura social del orden republicano; y pueden incluirse legítimamente entre las disposiciones que califican el sistema general de seguridad social: como se ha afirmado efectivamente, “el interés colectivo en la realización del programa establecido en el artículo 31 (y especificado por las demás normas con la misma *ratio legis*) tiene características tales que integran los derechos subjetivos de los ciudadanos, tan coherentes y amplios como las disposiciones de los artículos 2 y 3, párrafo 2”⁹. A estos ciudadanos se les reconoce el derecho a recibir apoyo -mediante la provisión de prestaciones económicas, pero también de bienes o servicios- de la comunidad, en razón de la ocurrencia de un hecho “positivo” -la formación de la familia, así como su desarrollo y sustento- que el ordenamiento jurídico considera digno de protección. Incluso en esta hipótesis, la libertad de necesidad corresponde a un interés referible a toda la comunidad organizada en el Estado, realizándose plenamente el principio de solidaridad cuando el poder público interviene para complementar y apoyar las tareas de la comunidad familiar¹⁰.

sobre la reorganización y el refuerzo de las medidas de apoyo a la crianza de los hijos, así como sobre el apoyo y la promoción de las responsabilidades familiares. La nueva fecha límite para la promulgación de los decretos delegados se ha pospuesto al 12 de mayo de 2024.

⁷ Saraceno C., “L’assegno unico universale: che cosa cambia nel sostegno economico alle famiglie con figli”, en “Politiche Sociali”, 2022, n° 1, 136.

⁸ Para un análisis amplio y profundo de la protección familiar en la legislación laboral y de seguridad social, véanse las contribuciones recogidas en Gaeta L. (ed.), “La famiglia nel prisma giuslavoristico: valori, rapporti, tutele”, Nápoles, ESI, 2022.

⁹ Bessone M., “Sub artt. 29, 30 y 31”, en Branca G. (ed.), “Commentario alla Costituzione”, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, 141.

¹⁰ Bozzao P., “La protezione sociale della famiglia”, en Lavoro e Diritto, 2001, n° 1, 55 y ss.

La función protectora enunciada por el artículo 31.1 de la Constitución es “asexuada”, ya que no se atribuye al cumplimiento de los deberes familiares una caracterización de género; y se distingue correctamente, de forma explícita, de la maternidad, que es objeto de protección específica en el apartado siguiente. Ello atestigua la diferente valoración reservada al dato biológico (inseparablemente ligado a la mujer) y al dato social, referible a los miembros de la familia, sin distinción de género¹¹. La connotación de género del modelo social de familia, por otra parte, surge explícitamente de la lectura del apartado 1 del artículo 37 de la Constitución, que establece que las condiciones de trabajo deben permitir a la “mujer trabajadora” -y no a ambos cónyuges o padres, como prevé, en cambio, el apartado 1 del artículo 31- cumplir “su función familiar esencial”¹². Con un énfasis en la *función materna* -y no en la *maternidad per se*- que, de hecho, ignora el concepto de paternidad, proporcionando una presunción legal del cumplimiento de la función asistencial por parte de la mujer que, aunque con el tiempo frenada -pero no totalmente superada- por la legislación ordinaria, permanece inalterada, y por tanto latente, en dicha disposición constitucional¹³.

En efecto, la interiorización, en nuestro ordenamiento jurídico, del concepto de parentalidad ha sido posible gracias a los injertos normativos impuestos por el ordenamiento jurídico europeo, en el que dicha noción ha recibido, desde hace algún tiempo, la plena ciudadanía. Es precisamente el enfoque multinivel el que ha permitido una lectura evolutiva y sistemática de la norma, colmando, por el lado constitucional, la laguna que, por el lado jurídico, el ordenamiento italiano afronta desde hace tiempo, aunque con resultados todavía muy inciertos.

La protección de la carga familiar, salvo algunos injertos universalistas marginales, ha seguido dominada durante mucho tiempo por el aspecto laboral, con protecciones vinculadas sobre todo a la situación laboral del progenitor beneficiario¹⁴.

Un conjunto compuesto de normas se ha referido -como se verá más adelante - a los permisos de maternidad, paternidad y parentales de los padres trabajadores, institutos instrumentales de la implementación en nuestro ordenamiento jurídico de la “especial y adecuada protección” garantizada por el artículo 37.1 de la Constitución para salvaguardar la salud de la madre y del hijo, y sus necesidades específicas de atención; funciones que se han ido enriqueciendo con el tiempo con ulteriores prerrogativas, en la persecución de fines conciliadores y redistributivos más amplios de las responsabilidades familiares.

3. EL CHEQUE ÚNICO Y UNIVERSAL (ESQUEMA)

En lo que respecta a las protecciones específicas de las cargas familiares, nuestro ordenamiento jurídico se basa desde hace mucho tiempo en la institución de la asignación familiar, introducida por la Ley nº 153 de 1988 para apoyar los ingresos de las familias de los trabajadores por cuenta ajena (o de los pensionistas de los trabajadores por cuenta

¹¹ Así, puntualmente, Ales E., “Il modello sessuato di ruolo sociale e i suoi antidoti: *l’adult worker model* nell’ordinamento italiano”, en *Lavoro e Diritto*, 2008, nº 3, 535-536.

¹² Sobre el debate desarrollado en la Asamblea Constituyente véase Santos Fernández Santos Fernández M. D., “Le madri costituenti e il lavoro femminile”, en Gaeta L. (ed.), “Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all’Assemblea Costituente”, Ediesse, Roma, 2014, 192; Gottardi D., “Maternità lavoro welfare”, en *Fondazione Nilde Iotti* (ed.), “L’Italia delle donne”, Donzelli, Roma, 2018, 277 ss.

¹³ Ales E., “Maternità e congedi”, en *Enciclopedia del Diritto*, Anales IX, 2016, 532, lo señala muy bien.

¹⁴ De la “protección de la seguridad social reflejada” habla Ales E., “Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale”, en *Il Diritto del Lavoro*, 1999, nº 2, 165.

ajena) y de determinados tipos de trabajadores por cuenta propia¹⁵, calculada en función del tamaño del hogar y de su tipo, así como de los ingresos totales producidos en su seno.

Con el fin de estimular la natalidad y contribuir a los gastos de sostenimiento de la carga filial, se han introducido a lo largo del tiempo otras medidas destinadas esencialmente a combatir la pobreza mediante políticas inspiradas en el universalismo selectivo¹⁶. El intento de aplicar el apartado 1 del artículo 31 de la Constitución se ha traducido así en la adopción de un archipiélago de medidas articuladas y no homogéneas, incluidas en su mayoría dentro de maniobras financieras, fruto a menudo de necesidades extemporáneas y descoordinadas. Medidas que sólo han encontrado un orden, y una síntesis, dentro de la nueva Prestación Única y Universal, que cumple la promesa, formalizada en aquella norma constitucional, de que quiere que los poderes públicos desempeñen un papel protagonista en el desarrollo de una sólida red de protección social de la unidad familiar¹⁷. La institución de esta última medida merece ser brevemente analizada aquí: en efecto, con ella se rompe el marco protector anterior, marcando una clara inversión en la protección de la carga filial.

De hecho, la nueva prestación abandona el modelo de protección familiar vigente, reservado al titular de la relación de seguro, e introduce una *renta básica* filial, estructural y continuada en el tiempo, cuya cuantía mínima se garantiza a todas las familias en función de cada hijo a cargo (hasta los 21 años)¹⁸; la cuantía se remodela, según un criterio de progresividad, en función de la situación económica del núcleo familiar percipiente, con valores mínimos y máximos. Una prestación verdaderamente universalista, por tanto, *sometida a una comprobación de recursos no a efectos de la an*, sino sólo de su *cuantía*.

La nueva prestación elimina el antiguo carácter fragmentario y sectorial de las medidas de protección, coordinando y racionalizando todas las medidas que se habían ido acumulando a lo largo de los años¹⁹, fusionándolas en el nuevo instrumento único, centrado en el valor social de los hijos, independientemente de las condiciones económicas y de la situación laboral de sus padres; con una ampliación considerable del número de beneficiarios²⁰. A diferencia de la prestación por unidad familiar²¹, la prestación única tiene por objeto fomentar la natalidad (art. 1, Ley n° 46/2021), apoyando a la familia específica y exclusivamente en presencia de la carga filial: se parte del supuesto de que una hija o un hijo representa un valor y debe considerarse “un enriquecimiento tanto para

¹⁵ Art. 59, párrafo 16, Ley n° 449 de 27 de diciembre de 1997.

¹⁶ Por ejemplo, el subsidio por nacimiento, la prima de guardería, la prima por nacimiento y el subsidio para hogares necesitados con al menos tres hijos menores.

¹⁷ Cassetti L., “Art. 31”, en Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (eds.), “Commentario alla Costituzione”, Utet, Turín, 2006, 641.

¹⁸ Pero sin límite de edad para los niños con discapacidad (art. 2, apdo. 1).

¹⁹ A partir del 1 de marzo de 2022, se suprimirán el subsidio por unidad familiar abonado por los ayuntamientos; las prestaciones familiares en presencia de hijos menores o huérfanos de padre y madre (ANF y subsidios familiares); las deducciones fiscales por hijos a cargo menores de 21 años; la prima por bebé, la prima por nacimiento y la tarjeta familiar. En cambio, se mantienen el bono guardería y la prestación básica por maternidad.

²⁰ Algunas cifras pueden ser útiles para comprender el alcance de la nueva medida. En los siete primeros meses de 2024, se pagaron cheques por valor de 11 500 millones de euros a los hogares (además de 18 200 millones en 2023 y 13 200 millones en 2022). Hay más de 6 millones de hogares que han recibido cheques para 2024, con un total de casi 9 millones de niños. El importe medio por hijo, incluidos los incrementos aplicables, en julio de 2024 era de 171 EUR, un valor medio entre un mínimo de unos 57 EUR para los que no tienen ISEE o superan el umbral máximo (que para 2024 es de 45.574,96 EUR) y 224 EUR para la clase mínima de ISEE (17.090,61 EUR para 2024): Observatorio Estadístico del Inps, 17 de septiembre de 2024, en Portal Inps - Prestación Única y Universal: el Observatorio con datos de julio de 2024.

²¹ Que sigue vigente, para los hogares sin hijos, limitada a los demás miembros del hogar que cumplan los requisitos: Inps Circ. 28 febrero 2022, n° 34.

la familia en la que nace como, sobre todo, para la sociedad que lo acoge y comparte con sus padres la onerosa tarea de cuidarlo y protegerlo desde su nacimiento”²².

La prestación se atribuye al núcleo familiar, sobre la base del indicador Isee²³: adquiere así importancia la noción amplia de familia anagráfica, que refleja el estado “de hecho” de los vínculos familiares, con reconocimiento legal de los lazos afectivos concretos existentes - como alternativa a los formalizados- entre todos sus miembros. Se reservan una serie articulada de incrementos económicos a las familias con hijos discapacitados, a las familias numerosas (pero sólo a partir del tercer hijo), a las madres jóvenes y a las familias en las que ambos padres “perciban rentas del trabajo” (art. 4)²⁴. En este último caso, el incremento (ciertamente pequeño) pretende no desincentivar el aumento de los ingresos familiares derivado de la presencia de un *segundo percceptor de ingresos*, generalmente femenino; dado que las mujeres suelen desempeñar trabajos mal remunerados, incluso fuera de la subordinación, a efectos de su reconocimiento deben tenerse en cuenta todo tipo de ingresos, incluso la posible percepción de prestaciones por desempleo²⁵.

Quedan algunos puntos críticos en la nueva normativa, como la ausencia de disposiciones específicas para las familias monoparentales, a pesar de su evidente mayor fragilidad; además, la reducción de la cuantía para los hijos adultos (reducida a la mitad con respecto a la ordinaria) parece penalizadora, a una edad en la que los gastos están más bien destinados a aumentar. Se trata, por supuesto, de opciones que podrían revisarse, en presencia de recursos adicionales²⁶.

4. APOYO A LOS PADRES QUE TRABAJAN, ENTRE EL DECRETO LEGISLATIVO N° 105/2022 Y LA LEY DE FAMILIA

La Directiva de la UE 2019/1158 (en lo sucesivo, la Directiva) y la Ley de Familia comparten el objetivo de reformar las modalidades de permiso. En el trasfondo existe la conciencia de las persistentes dificultades a las que se enfrentan las mujeres en el mundo laboral y, más en general, dentro de la sociedad; dificultades que acechan sobre estereotipos y preconcepciones erróneas acerca de las funciones y competencias de las mujeres. Estas últimas son, incluso hoy en día, las principales usuarias de permisos y vacaciones, y sobre ellas recae, en fases de emergencia y no emergencia, la carga del cuidado familiar²⁷. Si esto se debe a su menor coste de oportunidad, derivado del hecho de que suelen percibir salarios más bajos, por otra parte, el menor tiempo dedicado al trabajo se traduce en ingresos aún más bajos, y en posibilidades de carrera limitadas²⁸:

²² Informe introductorio al d.d.l C-2561, presentado el 25 de junio de 2020.

²³ El Isee es el indicador utilizado para evaluar y comparar la situación económica de los hogares que desean solicitar prestaciones sociales subvencionadas.

²⁴ Pero sólo si es inferior a 40.000 EUR Véase: Art. 4(8).

²⁵ Sin embargo, para una lectura restrictiva, véase Inps Circ. 9 de febrero de 2022, n° 23.

²⁶ Cabe señalar que, para poder beneficiarse de la medida, el solicitante debe cumplir acumulativamente determinados requisitos de ciudadanía, residencia y domicilio. En primer lugar, se exige la ciudadanía italiana, así como la ciudadanía de un Estado europeo o de un país no perteneciente a la UE, si se está en posesión de un permiso de residencia de la UE para residentes de larga duración o de un permiso de residencia por motivos de trabajo o investigación por un período superior a seis meses. Además, el solicitante debe estar sujeto al impuesto sobre la renta en Italia, ser residente en Italia y haberlo sido durante al menos dos años, aunque no sean continuos, o ser titular de un contrato de trabajo de duración indefinida o de al menos seis meses. Al igual que otras prestaciones sociales, se introduce por tanto un requisito de “residencia cualificada” para demostrar el arraigo territorial en nuestro país.

²⁷ Inps, XXI Informe Anual, disponible en https://www.inps.it/docallegatiNP/Mig/Dati_analisi_bilanci/Rapporti_annuali/XXI_Rapporto_Annuale/XXI_Rapporto_Annuale.pdf, 2022, 372-373.

²⁸ El 33% de las mujeres abandonan la población activa tras su primer hijo, y las tasas aumentan a medida que aumenta el número de hijos: Estrategia Nacional para la Igualdad de Género, 2021, 6.

quedan así atrapadas en un círculo vicioso, del que es difícil salir. Las mujeres también sufren la creciente difusión y vulnerabilidad de las familias monoparentales con hijos menores, que son las que sufren las repercusiones y los efectos negativos más fuertes de la crisis, porque están más expuestas al riesgo de *pobreza laboral*²⁹. Por tanto, estamos también ante una nueva relación entre pobreza y desestructuración familiar; la pobreza, en este sentido, es pobreza de vínculos de pareja, de tamaño familiar, de número de hijo³⁰. Y las consecuencias, en términos de descenso de la natalidad, están a la vista: con 374.000 recién nacidos, 2024 certifica otro récord de baja natalidad jamás registrado en la historia de Italia³¹.

Precisamente con el objetivo de garantizar una mayor eficacia de la perspectiva del reparto de las funciones parentales, en beneficio de una mayor participación de las mujeres en el mercado laboral, la transposición de la Directiva se traduce en una *remodelación* de la compleja disciplina contenida en el Decreto Legislativo n.º 151, de 26 de marzo de 2001 (en lo sucesivo, Ley consolidada), cuyo *cuero* normativo ha sido, en efecto, completado y corregido en varias ocasiones por el legislador, gracias también a la sustancial contribución ofrecida por la jurisprudencia constitucional³². Desde el punto de vista de la técnica jurídica elegida, el decreto legislativo n.º 105/2022 realiza un injerto quirúrgico de numerosas modificaciones legislativas, que enriquecen el Texto Refundido con una ulterior secuencia de adiciones y la adición de algunos artículos nuevos; también se realizan ajustes en la ley n.º 104/1992, en la ley n.º 81/2017 (con respecto a las protecciones dirigidas a los trabajadores autónomos y al uso del trabajo ágil), en el decreto legislativo n.º 81/2015 y en la ley n.º 53/2000.

4.1. Permiso de paternidad

Las innovaciones más importantes introducidas por el Decreto Legislativo n.º 105/2022 se refieren a la regulación del permiso de paternidad obligatorio³³, instituto que se articula dentro del Texto Refundido, mediante la inserción del artículo 27-*bis*; no ocurre lo mismo, sin embargo, con el ahora residual permiso de paternidad facultativo³⁴. Apenas vale la pena mencionar que el primer permiso, que también puede ser tomado por el padre adoptivo o de acogida, se estableció con carácter experimental en 2012³⁵, ampliado y reforzado con el tiempo en función de la disponibilidad presupuestaria anual³⁶, y se convirtió en estructural a partir de 2022³⁷. Para el permiso de paternidad obligatorio -

²⁹ Inps *cit.*, 184.

³⁰ Véase extensamente Saraceno C., “L’equivoco della famiglia”, Laterza, Bari, 2017. El número medio de hijos por mujer está disminuyendo en todo el país; ha pasado de 1,24 en 2022 a 1,20 en 2023, acercándose mucho al mínimo histórico de 1,19 hijos registrado en 1995.

³¹ Istat 2024. El descenso con respecto a 2008, último año en el que se registró un aumento hasta los 577.000 nacimientos en Italia, es de aproximadamente el 34,2%.

³² Para un examen detallado de las instituciones véase, más recientemente, al menos Vallauri M.L., “Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela”, Giappichelli, Turín, 2020, y Militello M. (2020), “Conciliare vita e lavoro”, Turín, Giappichelli, 2020.

³³ Sobre lo cual véase, para todos, Calafà L. (ed.), “Paternità e lavoro”, Il Mulino, Bolonia, 2007; Ead., “Il congedo di paternità”, en Gottardi D. (ed.), “La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro”, Giappichelli, Turín, 2016, 41 ss.

³⁴ La duración de este permiso, que sólo puede tomarse de acuerdo con la madre y en sustitución de ésta, es actualmente de un día.

³⁵ Art. 4(24)(a) de la Ley n.º 92/2012, por la que se aplica la Directiva 2018/10/UE.

³⁶ La duración, fijada inicialmente en un día, se amplió a 2 (para el año 2017), 4 (para 2018), 5 (para 2019), 7 (para 2020) y 10 días (a partir de 2021).

³⁷ Art. 1, ap. 354, l. 11 diciembre 2016, núm. 232, modificado en último lugar por Art. 1, ap. 134, l. 30 diciembre 2021, núm. 234.

cuyo disfrute es compatible con el del permiso de paternidad patológica³⁸ a que se refiere el artículo 28 siguiente, ahora expresamente denominado “alternativo”- el legislador de 2022 confirma la duración anterior de 10 días hábiles (duplicada, no obstante, en caso de parto múltiple) y la cuantía del subsidio, igual al 100% del salario.

En primer lugar, la duración de la medida es de las menos generosas entre los países de la UE³⁹, incluso en comparación con medidas adoptadas por Estados miembros con sistemas de bienestar similares (como España y Grecia)⁴⁰.

En cuanto a la cuantía, se mantiene el diferencial con respecto a la cuantía más limitada reconocida al permiso de maternidad (que es del 80%); se confirma así el carácter promocional de la medida, dirigida a incentivar el uso de la institución por parte de los padres y, con ello, la redistribución de las responsabilidades parentales, al tiempo que se favorecen las oportunidades laborales de las mujeres⁴¹. Si la finalidad de la norma es clara, no puede dejar de subrayarse cómo, en una norma destinada a reforzar la igualdad de género, se “institucionaliza” el desajuste de trato económico con respecto a las madres trabajadoras: una opción que, en un país caracterizado por una de las mayores *diferencias salariales entre hombres y mujeres* de Europa y del mundo, debería reconsiderarse cuidadosamente⁴². Por otra parte, la disposición contenida en la Ley de la familia, destinada a favorecer un aumento de la prestación obligatoria por permiso de maternidad, también con el fin de reducir el coste adicional soportado por las empresas⁴³ que, además, tienen que asumir la sustitución de la mujer trabajadora: una disposición que debería haberse aplicado dentro de los límites de los fondos disponibles, posiblemente previendo “de manera progresiva” (art. 3, párr. 4). Pero, como sabemos, esta oportunidad también se desaprovechó.

Se concede únicamente al padre la posibilidad de añadir el permiso de 10 días al permiso de maternidad (con aplicación del subsidio del 80 %), si la madre no puede utilizarlo⁴⁴. Esta disposición responde a la necesidad de apoyar al padre en el cuidado del hijo, a falta de ayuda de la madre. Sin embargo, no se presta la misma atención a la madre soltera que, en ausencia de la figura paterna, no puede acceder al permiso de paternidad del 100%: sigue siendo titular de un derecho “atenuado”, tanto en términos temporales como económicos.

El Decreto Legislativo n° 105/2022 innova, pues, la duración del período de permiso. A diferencia de la Ley de familia, que reconoce el permiso “en los primeros meses posteriores al nacimiento del hijo” (artículo 3, apartado 3, letra a)), la Directiva utiliza una fórmula más amplia, que permite el uso del permiso “con ocasión del nacimiento de un hijo”, incluso parcialmente antes del propio nacimiento (artículo 4, apartado 1). De este modo, prevé su utilización, incluso de forma no continuada, en un lapso de tiempo más amplio, que va de los dos meses anteriores a los cinco meses posteriores al nacimiento, incluso durante los periodos de permiso de maternidad obligatorio de la madre, tanto

³⁸ Este permiso, subsidiario del permiso de maternidad, se concede en situaciones excepcionales, como el fallecimiento, la enfermedad grave o el abandono del hijo por parte de la madre, así como en caso de custodia exclusiva del hijo por parte del padre.

³⁹ Se prevén márgenes de mejora en la Ley de Familia (no aplicada), donde se estipula que el permiso de paternidad tendrá una duración “significativamente mayor” que la actualmente en vigor; con un recordatorio inmediato, no obstante, de la necesidad de respetar el límite de los recursos disponibles.

⁴⁰ Base de datos Missoc, en Resultados | MISSOC

⁴¹ Para una interpretación de la medida como forma de acción positiva, véase Vallauri M.L., *op. cit.*, 150.

⁴² Schiavetti F., “La parità di genere nei luoghi di lavoro, tra *work-life balance* e nuove tecnologie”, en www.federalismi.it, 8 de febrero de 2023, 264-265.

⁴³ Casi todos los convenios colectivos prevén que la diferencia sea abonada por el empresario, de modo que la mujer percibe el 100% del salario medio diario.

⁴⁴ Véase *supra*, nota 38.

en caso de nacimiento como de fallecimiento perinatal del hijo. También habría sido útil prever que el permiso fuera divisible por horas, para permitir al padre aprovecharlo durante las numerosas visitas previas y posteriores al parto, alternando periodos de trabajo y cuidado del niño en la misma jornada (sin tener que recurrir al menos conveniente permiso parental); la Ley de familia no se pronuncia sobre este aspecto.

Además de los puntos críticos señalados, las innovaciones mencionadas hasta ahora son, en conjunto, poco innovadoras, si se tiene en cuenta que la medida pretende ciertamente permitir un establecimiento precoz del vínculo entre padre e hijo, pero también fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades de cuidado entre hombres y mujeres (considerando 19). Objetivo, este último, aún lejos de alcanzarse: y de hecho, aunque el número de padres que solicitan el permiso no deja de aumentar, la utilización sigue siendo bastante baja⁴⁵.

Razones económicas y, sobre todo, culturales figuran sin duda entre las causas de la escasa utilización de la medida. Pero también falta información sobre la posibilidad de acogerse a la excedencia y las condiciones en que se tiene derecho a ella⁴⁶; y, sobre todo, han faltado hasta ahora sanciones que disuadan seriamente de comportamientos hostiles o recalcitrantes por parte del empresario.

Bajo el primer aspecto, el Decreto Legislativo n° 105/2022 (pero también la Ley de Familia) prevé la activación de campañas de información para aumentar el conocimiento y promover el uso de herramientas de apoyo a la paternidad (art. 7). En cuanto al segundo, con el fin de promover su uso efectivo, el art. 2 introduce en el Texto Refundido el art. 31-bis, dedicado específicamente a las sanciones aplicables en caso de no concesión del permiso de paternidad autónomo y del permiso de paternidad alternativo por parte del empresario. 38 del Texto Refundido para el incumplimiento del permiso parental; en el segundo caso -por su conexión con la peculiar necesidad de proteger la salud y la integridad física de la madre trabajadora- se aplica la sanción penal más severa prevista en el art. 18 del Texto Refundido para el incumplimiento del permiso obligatorio por parte de la madre (arresto de hasta seis meses). Sin embargo, dada la importancia del permiso obligatorio y el perfil polifacético que caracteriza a la medida, para garantizar un impacto disuasorio eficaz habría sido conveniente introducir una sanción más severa para el mismo, incluso similar a la prevista para el incumplimiento de las disposiciones sobre el permiso de maternidad⁴⁷.

La prohibición de despido y suspensión del trabajo ya prevista para el caso de disfrute de un permiso de paternidad alternativo se extiende entonces al permiso de paternidad. Como ya se estableció para este último, la prohibición se aplica durante la duración del propio permiso, hasta que el hijo cumpla un año; para el incumplimiento de la misma prohibición, además de la nulidad del despido anunciado, se prevé la aplicación de una sanción administrativa pecuniaria.

Dentro del nuevo sistema de sanciones, se reserva entonces un papel central a la nueva herramienta de certificación de la igualdad de género, establecida por la Ley n°

⁴⁵ En cuanto a los datos sobre el uso de la medida, el Observatorio Estadístico del INPS competente señala que, según las disposiciones vigentes para los años 2018-2022, en 2022 algo más de 173.000 personas disfrutaron del permiso de paternidad.

⁴⁶ Sólo el 37% de los padres sabe que el permiso de paternidad es obligatorio, y sólo el 22% conoce su duración real: Inps, *cit.*, 350.

⁴⁷ Vallauri M.L., *op. cit.*, 152.

162 de 2021⁴⁸ a partir del 1 de enero de 2022, que aplica las disposiciones del PNR⁴⁹. La herramienta tiene por objeto certificar las medidas adoptadas por las empresas, independientemente del requisito de tamaño, para reducir la brecha de género en relación con las oportunidades de crecimiento en la empresa, la igualdad de remuneración por tareas iguales, las políticas de gestión de la igualdad de género y la protección de la maternidad⁵⁰. Y la protección de la paternidad y la conciliación de la vida laboral y familiar constituye uno de los indicadores de *rendimiento* más relevantes (con un mayor peso porcentual a efectos de medición) que pueden distinguir una organización del trabajo inclusiva e igualitaria desde el punto de vista del género, así como uno de los parámetros mínimos para la consecución de la certificación de igualdad de género para las empresas⁵¹.

La obtención de la certificación de igualdad permite el reconocimiento no sólo de beneficios contributivos a favor del empleador⁵², sino también de una puntuación de bonificación para la evaluación, por parte de las autoridades nacionales y regionales titulares de fondos europeos, de las propuestas de proyectos para la concesión de ayudas estatales destinadas a cofinanciar las inversiones realizadas, así como facilidades especiales en la participación en licitaciones públicas⁵³. Además de estas disposiciones, ahora es imposible que los empresarios que obstaculicen los derechos y facilidades parentales obtengan la certificación de igualdad de género si han incurrido en esa conducta en los dos años anteriores a la solicitud de certificación.

Una novedad significativa se refiere, pues, a la ampliación del abanico de beneficiarios. Por expresa disposición legal, recogida con carácter general en el apartado 2 del artículo 1 del Decreto Legislativo nº 150/2022, todas las instituciones reguladas en el mismo son también directamente aplicables a los empleados de la administración pública. El ámbito de aplicación innovador incide, en particular, precisamente en el acceso al permiso de paternidad, del que los empleados públicos habían estado excluidos hasta ahora de forma injustificada. No ocurre lo mismo, sin embargo, con los trabajadores autónomos y por cuenta propia, para los que sigue existiendo un grave vacío legal, aún por cubrir; quedan espacios en la aplicación de la Ley de Familia, donde -aunque con una fórmula blanda- no se garantiza el derecho al permiso (fórmula utilizada para los funcionarios), sino la adopción de “medidas que favorezcan su extensión” también a los trabajadores autónomos y por cuenta propia (art. 3, párr. 3, lett. g).

El decreto de aplicación sigue sin pronunciarse sobre la posibilidad, reconocida por la Directiva de la UE 2019/1158, de conceder el derecho al permiso de paternidad también al “segundo progenitor equivalente”, cuando la legislación nacional le reconozca derechos y responsabilidades parentales, “independientemente del estado civil o familiar del trabajador” (art. 4, apartados 1 y 3). De hecho, la señal de apertura enviada por el legislador europeo hacia nuevas y renovadas formas familiares, además en rápido crecimiento⁵⁴, ha caído en saco roto, así como - dada la expresión sexualmente neutra

⁴⁸ Art. 4, Ley nº 162 de 5 de diciembre de 2021 (la llamada Ley Gribaudo), que añadió el Art. 46-bis al Código de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres.

⁴⁹ Véase el proyecto “Sistema de certificación de la igualdad de género” (misión 5, componente 1, inversión 1.3).

⁵⁰ Para un primer examen de la disciplina, véase Seminaroti I., “La nuova stagione regolativa della *genderequality* e il sistema nazionale di certificazione della *parità di genere*”, en *federalismi.it*, 2022.

⁵¹ Art. 1, ap. 147, Ley nº 234/2021 y Decreto del Primer Ministro de 29 de abril de 2022.

⁵² Art. 5, l. nº 162/2021.

⁵³ Véase Art. 34, Decreto-Ley nº 36 de 30 de abril de 2022, convertido por la Ley nº 79 de 29 de junio de 2022.

⁵⁴ Istat (2022), Informe anual 2022. El estado del país, disponible en *Rapporto_Annuale_2022.pdf* (istat.it), 160.

utilizada por la Directiva - hacia familias homogéneas⁵⁵ para las que, a falta de adaptación de la normativa vigente a la ley n° 76/2016 de uniones civiles, podría configurarse una discriminación por razón de orientación sexual⁵⁶.

El silencio normativo confirma la resistencia de nuestro ordenamiento jurídico hacia el reconocimiento del papel desempeñado por la denominada parentalidad social. Se trata de una laguna que difícilmente será colmada por el Gobierno; las mismas delegaciones contenidas en la Ley de Familia, a los efectos del derecho al permiso, sólo se refieren a la irrelevancia del estado civil o familiar, además con referencia explícita a la fórmula más restrictiva de “padre trabajador”.

4.2. Permiso parental

El otro ámbito principal en el que se centran las innovaciones legislativas multinivel se refiere al permiso parental, concedido a ambos padres para permitir un desarrollo psicoafectivo adecuado del niño y un reparto más equilibrado del trabajo de cuidado filial.

Partiendo de la base de que “la mayoría de los padres no hacen uso de su derecho al permiso parental o transfieren una parte considerable de ese derecho a sus madres” (considerando 20)⁵⁷, el objetivo del legislador europeo es animar a los padres a acogerse al permiso, promoviendo y facilitando así también la reintegración de las madres en el mundo laboral tras el permiso de maternidad. Y sin embargo, a pesar del valor decisivo atribuido al ejercicio activo de la función familiar paterna, el decreto legislativo n° 105/2022 introduce ajustes en la regulación anterior, en su conjunto de escasa entidad, contextualizados en un marco normativo que sigue siendo desorganizado y fragmentario.

Las novedades se refieren, en primer lugar, a los periodos indemnizables del permiso parental, que se amplían, concediéndose: a la madre y al padre tres meses intransferibles al otro progenitor, hasta los doce (ya no seis) años de edad del hijo; a ambos padres, alternativamente, un periodo adicional de tres meses, para un periodo indemnizable total máximo de nueve meses (en lugar de los seis anteriores). En segundo lugar, por lo que se refiere al tratamiento económico del permiso parental, se prevé un subsidio del 80 % del salario durante el primer mes⁵⁸, y del 30 % durante los meses restantes; este último importe se reconoce también para los periodos de permiso adicionales a los 9 meses indemnizables para ambos padres, o para el progenitor sin pareja, hasta los doce (en lugar de los ocho) años de edad del hijo⁵⁹, sin perjuicio de los límites máximos de permiso para los progenitores.

Por lo que respecta al primer aspecto, la Ley de familia prevé la posibilidad de ampliar el período de excedencia hasta que el hijo cumpla 14 años; una disposición que habría sido totalmente oportuna, ya que amplía aún más el lapso de tiempo dentro del cual es posible elegir el mejor momento para dedicarse al cuidado de los hijos, satisfaciendo así las necesidades de la familia incluso durante el delicado período de la adolescencia⁶⁰. Esta ampliación - sin perjuicio de la garantía de cobertura figurativa - debería completarse

⁵⁵ Izzi D. (2020), “Il *work-life balance* al maschile: a proposito di congedi dei padri”, en *Lavoro e Diritto*, 2020, n° 2, 343.

⁵⁶ Scarponi S., “*Work life balance* fra diritto UE e diritto interno”, en WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT, 2021, 10.

⁵⁷ En Italia, en el periodo 2012-2021, los padres representan alrededor del 19% de los solicitantes: Inps, *cit.*, 326-327.

⁵⁸ El aumento del subsidio del 30% al 80% durante el primer mes estaba previsto en la Ley de Presupuestos para 2023 para quienes finalicen su periodo de permiso obligatorio de maternidad o paternidad después del 31 diciembre de 2022 y lo disfruten antes de que el hijo cumpla 6 años.

⁵⁹ Siempre que los ingresos individuales sean inferiores a 2,5 veces la pensión mínima.

⁶⁰ Bozzao P., ‘Empleo e igualdad...’, *op. cit.*, 248.

a continuación con el reconocimiento de una compensación económica también en la franja de edad del niño comprendida entre los 12 y los 14 años.

En cambio, por lo que respecta a la cobertura económica de los períodos de permiso “intransferibles”, no se ha aplicado el dictado del legislador europeo, que prevé un nivel adecuado, “a fin de facilitar el uso del permiso parental por ambos progenitores” (apartado 3 del artículo 8). Cabe señalar que, más recientemente, la Ley de Presupuestos 2024⁶¹ también ha intervenido en este punto, elevando la prestación para los dos primeros meses de permiso al 80% para el primer mes y al 60% para el segundo, independientemente de cuál de los padres vaya a disfrutarlo⁶². Al margen de estos incrementos, la gran limitación de este instrumento se encuentra en los escasos recursos económicos disponibles; para el resto de meses, de hecho, la asignación prevista para su disfrute es, como ya se ha mencionado, del 30% del salario percibido por el trabajador. Evidentemente, se trata de una indemnización muy limitada, sobre todo para quien dentro de la unidad familiar percibe los ingresos más elevados (normalmente el padre, que, por tanto, será poco proclive a utilizarla). La propia Ley de Familia preveía “formas de bonificación” en caso de que el permiso se repartiera a partes iguales entre ambos progenitores (art. 3, apdo. 2, lett. e); ante su no aplicación, quedan, sin embargo, márgenes temporales de intervención en este punto, por expresa disposición del legislador europeo⁶³.

También con el objetivo de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y fomentar la máxima participación de la mujer en el mercado de trabajo, se ha modificado la estructura del permiso parental para que una parte del mismo sólo pueda ser disfrutada por el padre. A la luz de la enmienda de 2022, un incentivo adicional a la participación paterna reside en el hecho de que los meses de permiso que pueden tomarse alternativamente a la madre se incrementan en un mes de salario si el padre decide abstenerse de trabajar durante un período total o fraccionado no inferior a tres meses: de este modo, el número total de meses de permiso a que se tiene derecho aumenta a siete.

A pesar del silencio de la directiva, el Decreto Legislativo n° 105/2022 refuerza las protecciones dirigidas a las familias monoparentales y a los trabajadores no subordinados, proporcionando así una primera aplicación de algunas disposiciones contenidas en la Ley de familia. En el primer aspecto, se prevé en favor del “progenitor único”, tanto madre como padre, el aumento de 10 a 11 meses de permiso parental, de los cuales 9 meses (en lugar de 6) compensados con el 30% del salario.

Una posibilidad que se ofrece a los padres es la de disfrutar del permiso parental por horas, sin dejar de trabajar parcialmente, sin perjuicio del derecho a la remuneración correspondiente⁶⁴; de este modo, el trabajador podrá encontrar el equilibrio adecuado entre el mantenimiento del nivel de ingresos familiar y la posibilidad de cumplir con sus responsabilidades de cuidado.

En virtud de la segunda, avanzando en continuidad con la lógica tradicional de extender parte de las protecciones propias de los trabajadores por cuenta ajena, se aplican a los trabajadores inscritos en el régimen de gestión separada del INPS algunas de las disposiciones contenidas en la citada Directiva (apartados 1 y 2 del artículo 5). 1 y 2), reconociendo en primer lugar la posibilidad de disfrutar del permiso parental dentro del duodécimo año (y ya no dentro del tercer año) de vida del hijo; ampliando a cada

⁶¹ Ley n° 213 de 30 de diciembre de 2023.

⁶² Sólo para 2024, la elevación del subsidio de permiso parental, para el mes adicional, es del 80 % del salario (en lugar del 60 %). Para 2025, la cuantía para el segundo mes bajará al 60 %.

⁶³ Art. 20(2), que establece un periodo de transposición de cinco años, pero limitado a los subsidios correspondientes a las dos últimas semanas del permiso parental intransferible.

⁶⁴ En este caso, el uso de las vacaciones adopta la forma de reducción del tiempo de trabajo, con compensación parcial por parte de Inps de las horas no trabajadas realmente.

progenitor el derecho a 3 meses de permiso parental compensado, intransferible al otro progenitor; y estableciendo que los padres tienen derecho a otros 3 meses de permiso compensado alternativamente, para un periodo total máximo de permiso compensado entre los progenitores que pasa de 6 a 9 meses. Además, a los padres autónomos del capítulo XI de la Ley de consolidación se les amplía el derecho al permiso parental (aunque todavía embrionario) que ya se concede a las madres trabajadoras, dentro del límite de tres meses para cada progenitor, a disfrutar dentro del primer año de vida del hijo; por último, se garantiza a las trabajadoras autónomas y a las profesionales independientes (afiliadas a una forma obligatoria de seguridad social gestionada por un organismo de derecho privado) el derecho a subsidios diarios también durante los periodos anteriores a los dos meses previos al parto, en caso de complicaciones graves del embarazo. En conjunto, se trata de ajustes de una disciplina compuesta, que sigue caracterizándose por una estructura protectora diversificada y fragmentaria, con una graduación de los derechos en función del tipo de relación laboral⁶⁵. Disciplina en la que, sobre todo para las profesiones liberales, subsisten graves carencias protectoras (como el no reconocimiento del derecho al permiso parental), y disparidades evidentes en las condiciones de acceso al permiso, en una situación laboral caracterizada por una elevada presencia de trabajadores autónomos (de diversa índole)⁶⁶.

5. CONCLUSIONES

El año 2022 marcó un hito significativo en el fortalecimiento del sistema de política familiar, perseguido a través de la adopción de estrategias que condujeron a la revisión y actualización de las medidas económicas de protección a la paternidad y apoyo a la carga filial. La construcción de un sistema de protección familiar lo más justo, solidario e incluso posible ha encontrado un punto de llegada en la introducción de la Prestación Única y Universal, que estableció definitivamente que la protección de la carga filial es la expresión de un derecho de ciudadanía cuya titularidad es referible a cada sujeto como miembro de la comunidad estatal⁶⁷. Y aunque es de esperar que los efectos positivos sobre la población activa sólo puedan apreciarse dentro de muchos años, el camino emprendido va sin duda en la buena dirección, respondiendo la medida a los principios de equidad y solidaridad que impregnan todo el marco constitucional.

Por lo que respecta a la normativa sobre permisos, incluso tras la última serie de cambios legislativos, sigue caracterizándose por numerosas lagunas en materia de protección y, de forma más general, por la ausencia permanente de un diseño global “destinado a dar una respuesta clara y coherente al ya difícil equilibrio teórico que debe establecerse entre la protección del menor, la igualdad de la mujer, la igualdad de los padres -sea cual sea su orientación sexual- y el respeto de la protección social de toda unidad familiar”⁶⁸.

Además de las cuestiones críticas señaladas hasta ahora, que quedaron abiertas tras la aplicación de la Directiva de la UE 2019/1158 y la falta de aplicación de las delegaciones contenidas en la Ley de la familia, también deben señalarse algunos posibles efectos

⁶⁵ Nunin R., “Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi”, en Gottardi D. (ed.), “La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro”, Giappichelli, Turín, 2016, 109 y ss.

⁶⁶ Chierigato E., “Precarietà e conciliazione vita-lavoro: la disparità nelle condizioni di ammissibilità ai congedi parentali”, en “Autonomie locali e servizi sociali”, 2022, n° 1, 17.

⁶⁷ Para los primeros indicios del inicio de este camino, véase Bozzao P., “La protezione sociale della famiglia”, *op. cit.*, 84.

⁶⁸ Alessi C. et al., “Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza”, en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2022, n.° 1, I, 114.

distorsionadores que -de nuevo con miras a buscar el mejor equilibrio posible entre el trabajo y el tiempo de vida- podrían socavar la consecución de políticas eficientes para proteger a las madres trabajadoras. Es el caso de lo que ocurrió con la introducción del Naspi⁶⁹, más generoso, que produjo un aumento considerable de las renunciaciones voluntarias al final del período de maternidad, con una reducción de la utilización del permiso parental y de la vuelta al trabajo⁷⁰. Esto, dadas las dificultades que encuentran las mujeres para reintegrarse en el sistema productivo, produce esas discontinuidades que representan, de hecho, un elemento de fragilidad en la carrera profesional de las mujeres (y, en consecuencia, en la acumulación de una pensión adecuada).

Se trata de opciones que se ven afectadas por la modesta compensación económica concedida durante los períodos de permiso parental; una falta de generosidad que - como ya se ha mencionado - limita su uso incluso por parte de los padres trabajadores. Urge, pues, prever una cuantía adecuada que garantice el mantenimiento de una vida digna, al menos durante los períodos de permiso intransferible.

Sin embargo, esas opciones parecen estar determinadas principalmente por la ausencia de servicios adecuados de cuidado de niños. De hecho, el sistema que protege la carga del cuidado sigue caracterizándose por la clara prevalencia de la prestación a través de transferencias materiales, en lugar de mediante servicios directos.

Aquí nos encontramos con una dificultad importante en la aplicación del proceso. La prestación directa de servicios, si bien garantiza la satisfacción inmediata de una necesidad, requiere de hecho un alto nivel de organización administrativa y operativa para ser eficaz y eficiente. Seguimos registrando una fuerte inadecuación de la oferta del sistema de servicios integrados para satisfacer plenamente las necesidades de conciliación mencionadas hasta ahora.

En un país aquejado por una desnatalidad crónica, con un saldo demográfico negativo y una tasa de fecundidad muy inferior a la media europea, el verdadero banco de pruebas para la construcción de un sistema de protección eficiente y eficaz sigue siendo la predisposición de un conjunto de intervenciones más amplio e integrado, que flaquea la provisión de *prestaciones* con una red estructurada de servicios educativos, especialmente para la primera infancia, que actualmente son especialmente deficitarios y se caracterizan por importantes diferencias territoriales. De hecho, los recursos del PNRR destinados a reforzar los sistemas de educación y atención a la primera infancia han sido sustanciales⁷¹, al igual que la ampliación de la escolarización a tiempo completo y el refuerzo de las instalaciones deportivas en la escuela. Y la propia Ley de Familia, en el marco de una visión estratégica integrada de las políticas familiares, contiene numerosas delegaciones al gobierno, destinadas precisamente a reorganizar y reforzar las medidas de apoyo a la crianza de los hijos, según un enfoque amplio y transversal de las necesidades de la familia, agravadas por los efectos desencadenados por las crisis pandémicas y (más recientemente) bélicas, que inciden en la precariedad laboral, la pobreza y la exclusión social. Acontecimientos, estos últimos, mercedores de una protección aún más cuidadosa e incisiva cuando implican situaciones familiares en las que hay niños, especialmente menores.

La Ley de la Familia, como se ha dicho, no se ha aplicado. Y, a pesar de los importantes recursos del PNRR, las medidas destinadas a reforzar los servicios de atención a la primera

⁶⁹ El Naspi (Nuevo Seguro Social de Empleo) es el tratamiento por desempleo concedido a los trabajadores que han perdido involuntariamente su empleo anterior.

⁷⁰ Inps *cit.*, 365 y ss.

⁷¹ Reforzar los servicios de atención a la infancia es el objetivo de la Misión 4 del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNR).

infancia, o a ampliar la oferta educativa de los centros escolares y hacerlos cada vez más abiertos al territorio más allá del horario lectivo, están todavía muy lejos de hacerse realidad: así lo demuestran, hasta la fecha, las cifras de avance del Plan de Escuelas Infantiles⁷², y de los Planes destinados a reforzar las actividades extraescolares para niños en edad preescolar y escolar⁷³.

⁷² En julio de 2024, la finalización del Plan para guarderías y jardines de infancia y servicios de educación y atención a la primera infancia estaba estancada en el 50% (recursos asignados de aproximadamente 4.500 millones de euros). El objetivo es alcanzar el objetivo europeo del 33% para los servicios a la primera infancia, cerrando la brecha que existe actualmente tanto para el grupo de 0 a 3 años como para el de 3 a 6 años,

⁷³ Especialmente retrasada (20% de ejecución, recursos asignados de aproximadamente 1.000 millones) está la ejecución del Plan de ampliación de la escolarización a tiempo completo, con el fin de ampliar la oferta educativa de los centros escolares y hacerlos cada vez más abiertos al territorio incluso fuera del horario escolar. Aún más retrasada está la ejecución del Plan de ampliación de las instalaciones deportivas escolares, incluso fuera del horario lectivo, que se encuentra paralizada en un 12% (300 millones asignados).

PONENCIAS GENERALES:
PONENCIAS GENERALES DEL SEGUNDO PANEL
RETRIBUCIONES, COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES
(SMI, conceptos retributivos y no retributivos,
indemnizaciones por despido)

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
EL DESARROLLO DEL DERECHO DE LA UNIÓN
EUROPEA EN MATERIA DE RETRIBUCIONES

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla
Senior Counsellor, PWC⁺

SUMARIO:

1. DEL ARCHIPIÉLAGO A LA RÍA: EL DERECHO DEL TRABAJO UNIONEUROPEO EN EL SIGLO XXI
2. UNIÓN EUROPEA Y RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO: UNA RELACIÓN LARGA Y COMPLICADA
3. LAS RETRIBUCIONES COMO OBJETIVO
4. LAS RETRIBUCIONES COMO MEDIO
5. RETRIBUCIONES Y TRANSPARENCIA
6. RETRIBUCIONES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL
7. CONCLUSIONES

* Este trabajo es un resultado científico del Proyecto de Investigación “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España (TRABEXIT), PID2022-141201OB-I00”, de la Convocatoria 2022 - «Proyectos de Generación de Conocimiento», en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

1. DEL ARCHIPIÉLAGO A LA RÍA: EL DERECHO DEL TRABAJO UNIONEUROPEO EN EL SIGLO XXI

Hace ya 25 años que, en un estudio sobre una directiva laboral de la Unión Europea, señalé que su Derecho del Trabajo adoptaba un esquema distinto al nacional de los Estados miembros. Mientras que el segundo era continental, ofreciendo una ordenación completa de todas las instituciones laborales que se consideraban merecedoras de ello, el primero tenía una configuración insular, como un conjunto de intervenciones aisladas sobre materias concretas, sin conexión entre ellas¹. Hoy, estudiando el Derecho del Trabajo de la Unión Europea debo concluir que esta caracterización ya no resulta válida. En las décadas transcurridas se ha incrementado considerablemente tanto el volumen de normas como el número de áreas en las que se ha producido una intervención armonizadora, dando lugar a un sector del ordenamiento eurounitario de gran importancia. Además, se ha actuado en materias que se alejan de las originales, incluyendo tanto a algunas de las tradicionales en el Derecho del Trabajo, como a otras que han surgido como consecuencia de cambios económicos, sociales y tecnológicos².

No sólo esto. El crecimiento del territorio armonizado ha llevado a que algunas de estas islas comiencen a comunicarse entre sí, de tal manera que unas mismas reglas, soluciones y principios que aparecen en directivas terminen incluyéndose en otras, como conceptos de uso general que aportan coherencia a este sector. La definición de las distintas formas de discriminación o el concepto de trabajador asalariado serían una muestra de estos elementos comunes. El Tribunal de Justicia ha contribuido a este efecto, al apoyarse en construcciones elaboradas sobre la base de unas directivas para interpretar otras.

En el siglo XXI el Derecho del Trabajo de la Unión sigue siendo diferente al de sus miembros, pero ya no es un archipiélago. Las islas han crecido, se han establecido puentes, la convivencia entre los territorios armonizados y los que no lo son es más compleja, los canales de comunicación se han intensificado. Más parece ahora el paisaje de un estuario, con rías, bajíos y marismas, donde lo que es tierra y lo que es mar cambia continuamente. En este entorno intrincado y variable el Derecho del Trabajo adquiere una estructura claramente multinivel, donde ya no es común encontrar una regulación que no se apoye o conecte con alguna elaborada en un ámbito superior. Una parte importante de las nuevas medidas adoptadas en el espacio nacional responden a necesidades impuestas por el de la Unión.

En este trabajo, que se incluye con otros trabajos sobre las retribuciones, compensaciones e indemnizaciones en el marco de unas jornadas en torno a las necesidades empresariales y las tutelas laborales, estudiaré la intervención de la Unión Europea en la materia salarial. A primera vista, no es un gran tema, dado que no se corresponde con lo que han sido tradicionalmente sus grandes áreas de actuación. El estudio de su producción en materia laboral, en efecto, se organiza en torno a cuestiones como libertad de circulación, igualdad, trabajo atípico, seguridad y salud en el trabajo o crisis de la empresa, que han producido resultados normativos claramente identificables.

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (1998), "Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario", *Relaciones laborales*: Nº 2, págs. 167-198.

² Para tener una visión completa de la situación del ordenamiento laboral de la Unión Europea me remito a la magna obra, en tres volúmenes, CASAS BAAMONDE, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, GIL ALBURQUERQUE, GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, SEMPERE NAVARRO (dirs.) (2023), "*Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*"; Madrid, BOE.

Un análisis como el que pretendo hacer en estas páginas me lleva a concluir lo contrario, y a afirmar que la intervención en este campo ha sido relevante, con más impacto en los ordenamientos internos de lo que pudiera pensarse. Las retribuciones aparecen en un gran número de normas de la Unión, en muchos casos con un carácter instrumental al ser su ordenación un medio para asegurar el logro de la auténtica finalidad de la armonización. Más aún, en los últimos años se han aprobado normas union europeas cuyo objeto de regulación eran precisamente los salarios.

La hipótesis de partida de este trabajo es, por ello, que la intervención de la Unión Europea en materia de salarios tiene más importancia de lo que generalmente se piensa. El objeto de estudio será el conjunto del Derecho de la Unión, realizando un rastreo de aquellas disposiciones que directa o indirectamente afectan la materia retributiva³.

2. UNIÓN EUROPEA Y RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO: HISTORIA DE UNA PARADOJA

Es lugar común en los estudios de esta manera poner de manifiesto la contradicción que está en la base del ordenamiento comunitario, a partir de un artículo 153.5 TFUE que establece que sus disposiciones “*no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal*”⁴. Teniendo en cuenta que la actuación de la Unión se basa en la atribución de competencias por parte de los Estados miembros, bien podría pensarse que éstos quisieron que la materia retributiva permaneciera competencia exclusiva suya, sin un papel, al menos armonizador, para aquélla⁵. Esto, cuando ya en el propio origen de la armonización comunitaria se preveía una intervención de la Comunidad Económica Europea, a partir de un artículo 119 del Tratado de Roma original que obligaba a los Estados miembros a garantizar “*la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo*”.

Una base para una intervención en esta materia se encuentra en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en la que se reconoce el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas. Años antes, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, a partir del reconocimiento de que “*todo empleo debe ser justamente remunerado*” recogía un verdadero catálogo de actuaciones para garantizarlo, lo que incluía la garantía a los trabajadores de una remuneración equitativa, es decir, suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno; la garantía a los trabajadores sujetos a un régimen de trabajo distinto del contrato de trabajo a tiempo completo y por tiempo indefinido de un salario de referencia equitativo; y la protección de los salarios, de tal modo que éstos sólo podrían ser retenidos, embargados o cedidos con arreglo a las disposiciones nacionales, que debían prever medidas que garantizaran al trabajador la conservación de los medios necesarios para su sustento y el de su familia.

³ No se hará un estudio de su impacto en el ordenamiento laboral español, dado que éste es objeto de atención en otros trabajos de este libro.

⁴ Un análisis de esta aparente contradicción en RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (2021), “Massimo Rocella y la propuesta de Directiva sobre salario mínimo”, en AA.VV., “*Studii Rocella*”, Giuffrè, Milán.

⁵ Esto se interpretó por algunos como una prohibición de armonización de las legislaciones laborales de los Estados miembros, y así lo siguen entendiendo algunos interlocutores sociales europeos, especialmente en los debates previos a la aprobación de la directiva sobre salarios mínimos. La resistencia de las patronales europeas a dicha norma se basó precisamente en esto.

El motor de la legislación unioneuropea en los últimos años, el Pilar Europeo de Derechos Sociales⁶, señala en su punto 6 que “*los trabajadores tienen derecho a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno*”, añadiendo que “*todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales*”.

Si analizamos, como vamos a hacer ahora, el Derecho eurounitario buscando normas sobre retribuciones, encontraremos muchas, muchas más de las que pudiera esperarse, suficientes como para rechazar de plano cualquier interpretación extensiva del artículo 153.3 TFUE. No debe sorprendernos. No podemos olvidar lo que es la Unión, un proceso de integración que supone la creación de un mercado interior unificado, para lo que los salarios, coste de producción por excelencia, juegan un papel fundamental. No podemos ignorar que la Unión Europea ha apostado por la tutela de los derechos de las personas, y para las que trabajan sus ingresos profesionales son un factor fundamental para su bienestar y dignidad.

Dicho de otro modo: un espacio de integración económica armonizado y con derechos no sería pensable sin una intervención decidida en la regulación de las retribuciones de los trabajadores asalariados. Un ejemplo apoya esta afirmación: una de las primeras directivas laborales de la Unión Europea, la 77/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, se aprobó precisamente para armonizar esta materia, ya que era una disposición “*relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*”. Antes de su aprobación, el artículo 7 del Reglamento 38/64/CEE del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, ya decía que “*en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuando se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución*”.

El mismo Tribunal de Justicia, en su sentencia Del Cerro Alonso⁷, rechazó una interpretación amplia de la exclusión del artículo 153.3 TFUE, sobre la base de tres argumentos. El primero es su carácter excepcional y restrictivo: “*dicha excepción no puede extenderse a cualquier cuestión que tenga algún tipo de vínculo con la remuneración, so pena de vaciar de gran parte de su contenido a algunos de los ámbitos mencionados en el artículo 137 CE, apartado 1*”. El segundo es la justificación de la misma exclusión: “*la fijación del nivel de los sueldos entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional y corresponde a la competencia de los Estados miembros en la materia*”. Y tercero, que la exclusión, que “*no puede extenderse a cualquier cuestión que tenga algún tipo de vínculo con la remuneración*”, sino que tan sólo se acordó “*excluir la fijación del nivel de los salarios de una armonización con arreglo a los artículos 136 CE y siguientes*”. Una interpretación amplia, por otra parte, pondría en dificultades todo el conjunto normativo de la UE preexistente en muchos casos a la aprobación del TFUE. Afectando como afecta a derechos fundamentales, es también lógico que se interprete restrictivamente.

No se acaban aquí las paradojas. A partir de determinado momento histórico la Unión Europea comenzó a tener importantes competencias en materia de política económica, primero a partir de determinados procesos, luego con la Unión Económica y Monetaria. El hecho es que, de una u otra manera, la capacidad de intervenir, de diversas maneras, sobre estas políticas en los Estados miembros, además de poder operar las suyas propias,

⁶ Un estudio reciente de éste en CALVO GALLEGOS, F.J. (2024), “El Pilar Social como base para una nueva Carta de Derechos para los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Nº. 158, págs. 67-94

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05.

es una realidad. Y ha sido durante la crisis económica mundial iniciada con la caída de Lehmann Brothers que se ha puesto de manifiesto el alcance que pueden llegar a tener sus actuaciones.

El Memorandum of Understanding cuya firma antecedió la concesión de los paquetes de ayuda a los Estados incorporaba medidas con un gran efecto en los salarios. A veces directamente, como cuando se imponían recortes retributivos a los empleados públicos; a veces indirectamente, presionando para que se garantizara la primacía de los convenios de empresa o incluso el *opting-out* de las empresas. En España lo sabemos, porque la devaluación salarial que se convirtió en la respuesta a la crisis vino dirigida desde las instituciones europeas. Y eso sin haber sido objeto de rescate, bastaron las presiones deudocráticas fruto de la crisis de deuda soberana que afrontamos⁸.

De la misma manera, la prioridad de la lucha contra la inflación se traduce en presiones a los Estados para que procuren evitar incrementos salariales. Y las interpretaciones restrictivas de los derechos sociales cuando se enfrenta con las libertades económicas fundamentales que el Tribunal de Justicia ha ido sembrando en sentencias como Viking o Laval, se dictaron frente a acciones colectivas o actuaciones administrativas que buscaban garantizar las retribuciones de trabajadores desplazados. Los conflictos colectivos y jurídicos planteados en esta saga jurisprudencial eran sobre los derechos retributivos de los trabajadores.

Todo esto pone de manifiesto que la Unión acaba por afectar la situación de los salarios en los Estados miembros, bien como legislador, bien como controlador de políticas económicas. La última paradoja es que cuando se interviene para beneficiar a los trabajadores, como vimos cuando se discutía la Directiva de salarios mínimos, se pone en duda su competencia, pero cuando se hace por consideraciones económicas su capacidad se da por supuesta.

3. LA RETRIBUCIONES COMO OBJETIVO

En este apartado se analizará aquellas disposiciones de la Unión Europea que se ocupan directamente de las retribuciones, que se presentan como objetivos en sí mismos. Las normas que estudiamos tienen como la finalidad la protección del crédito salarial en distintas situaciones, asegurando tanto su percepción efectiva como unos niveles adecuados.

3.1. La tutela del salario

En el origen del Derecho del Trabajo de la Unión está un conjunto de tres directivas de la década de 1970, conocidas como las “directivas de crisis”, en tanto se aprueban en un momento de graves dificultades económicas, y se refieren a situaciones directamente vinculadas con éstas: despidos colectivos, transmisión de empresas (que puede no obedecer a dificultades económicas) e insolvencia del empresario⁹.

Dos de éstas se ocupan de proteger directamente los salarios. En los supuestos de cambio de empleador se consideran una condición a tutelar¹⁰. De este modo, el artículo 3

⁸ Me he ocupado de esta cuestión en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2014), “La negociación colectiva en tiempos de deudocracia”, en GORELLI HERNÁNDEZ (coord.), “El derecho a la negociación colectiva: *“Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*”; Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pg.427.

⁹ COSTA REYES, A. (2011), “Transmisión de empresa, despidos colectivos e insolvencia del empleador”, en GOMEZ MUÑOZ, NAVARRO NIETO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Manual de Derecho Social de la Unión Europea”, Madrid, Tecnos, pg. 295.

¹⁰ Las fechas de las directivas que estudiaré no coinciden con el período de referencia de la década de 1970, porque las tres han sido sustituidas por normas más recientes.

1 de la Directiva 2001/23/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, dispone que “*los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso*”, añadiendo en su apartado 3 que “*después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo*”. Esta conservación de las condiciones laborales se ve acompañada de la posibilidad de establecer un mecanismo adicional de garantía basado en la responsabilidad de las dos empresas involucradas, al modo del artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores: el apartado 2 de este mismo artículo 3 dispone que “*los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso*”.

Otra de las normas de este período, la Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, lo caracteriza como un ingreso que hay que proteger mediante mecanismos especiales¹¹. Esta norma armonizadora impone a los Estados el establecimiento de un sistema de garantía de salarios, que en España cumplimos antes incluso de entrar en la Comunidad Económica Europea de entonces con la creación del Fondo de Garantía Salarial. Es una regulación veterana, que no ha dado lugar a un gran volumen de jurisprudencia, en términos cuantitativos, pero ésta sí ha sido muy relevante. Uno de los grandes principios de aplicación del Derecho de la Unión, el de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos por sus ciudadanos como consecuencia de su incumplimiento del Derecho comunitario, fue enunciado en dos sentencias del Tribunal de Justicia que resolvían cuestiones prejudiciales sobre su interpretación, FRANCOVICH & BONIFACI y WAGNER MIRET¹². Aunque es necesario recordar que la norma no se aplica a los salarios en sentido estricto, sino a una categoría más amplia, la de “*créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales*”, que indudablemente los incluye.

Vamos a encontrar la misma finalidad, en otras normas de otros momentos históricos y distinta finalidad, al calificarse como un aspecto de la relación de trabajo sobre el que hay que informar al trabajador (Directivas 91/533 y 2019/1152, sobre las que luego volveré). Se busca igualmente asegurar su cuantía en caso de desplazamiento de trabajador por su empresa en el ejercicio de su libertad de prestación de servicios transnacionales, formando parte del núcleo duro de las condiciones laborales del Estado de prestación de los servicios cuya aplicación exige la Directiva 96/71/CE¹³.

Y también se procura garantizar su percepción durante el disfrute de los permisos reconocidos en las normas eurounitarias. Así, en el caso de los permisos parentales y de paternidad recogidos en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida

¹¹ Un estudio reciente de esta norma en GARCÍA MURCIA, J. (2023), “Insolvencia empresarial”, en CASAS BAAMONDE et al. (dirs.), op.cit., pg. 1065.

¹² Sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991. Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90; y de 16 de diciembre de 1993, Teodoro Wagner Miret contra Fondo de garantía salarial, asunto C-334/92. Véase GARCÍA MURCIA, J. (2016), “Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, Nº. 2, págs. 1-32.

¹³ También me ocuparé de esta norma en otro apartado posterior.

profesional de los progenitores y los cuidadores. En esta, tras reconocer el derecho de los trabajadores a una serie de permisos, se garantiza la continuidad de las rentas durante su disfrute, que podrá adoptar la forma de una remuneración, manteniéndose su percepción, o bien hacer surgir el derecho a una prestación económica sustitutiva. Los Estados podrá elegir el mecanismo, “*de conformidad con las condiciones nacionales, como la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, y teniendo en cuenta los poderes delegados en los interlocutores sociales*”; aunque deberán seguir las indicaciones que se hacen en los apartados 2 y 3 del artículo 8.

En el caso del permiso de paternidad se impone que se garanticen unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud, supeditado a cualquier límite que establezca la legislación nacional¹⁴. Para el permiso parental el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán esta remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutarlo. Además, se debe garantizar que al finalizar el disfrute de estos permisos los trabajadores tengan derecho a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a la que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso, lo que incluye las económicas.

Respecto de otros permisos, la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, dispone que los miembros del órgano de representación tendrán derecho a un permiso de formación sin pérdida de salario en la medida en que sea necesario para el desempeño o de sus funciones.

La normativa preventiva de la Unión, extraordinariamente desarrollada, protege también a los trabajadores contra la pérdida de ingresos derivada del ejercicio de sus responsabilidades en este campo o de los derechos que la propia norma les reconoce. De esta forma, el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, garantiza que los trabajadores designados trabajadores para ocuparse de actividades de protección y de actividades de prevención de los riesgos profesionales no puedan sufrir un perjuicio derivado de sus actividades de protección y de sus actividades de prevención de los riesgos profesionales. Mientras que el artículo 11 hace lo propio con representantes de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, a los que el empresario deberá conceder una dispensa laboral suficiente sin pérdida de salario.

El artículo 8.4 impide “perjuicio alguno” así como “cualesquiera consecuencias perjudiciales e injustificadas” para el trabajador que, en caso de peligro grave, inminente y que no pueda evitarse, se aleje de su puesto de trabajo y/o de una zona peligrosa. Se prevé igualmente que en caso de peligro grave e inminente para su propia seguridad y/o la de otras personas todo trabajador pueda adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro, sin que esta actuación pueda causar perjuicio alguno¹⁵. Desde la perspectiva que nos ocupa, ello supone garantizar la percepción del salario en los casos de abandono del puesto de trabajo justificado por razones de salud y seguridad.

¹⁴ Los Estados miembros podrán supeditar el derecho a una remuneración o a una prestación económica a periodos de trabajo previos, que no podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de nacimiento del hijo prevista.

¹⁵ A menos que hubiere obrado de forma inconsiderada o cometido una negligencia grave, según indica el apartado 5 del artículo 8 de la Directiva 89/391/CEE

3.2. El salario mínimo

Una norma reciente de la Unión que se ocupa materialmente de los salarios es la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea¹⁶. Esta norma desarrolla el punto 6 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que señala que *“debe garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo”*, añadiendo que *“debe evitarse la pobreza de los ocupados”*.

A pesar de su denominación, no es una Directiva sobre el salario mínimo europeo, sino sobre los salarios mínimos en Europa; respeta por ello, escrupulosamente la reserva del artículo 153.3 TFUE. Para ello evita intervenir en su cuantía, limitándose a actuar sobre los mecanismos nacionales de fijación: como se dice en sus considerandos, la norma *“no establece la cuantía de la remuneración, que entra dentro de la libertad contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional y es competencia de los Estados miembros”*.

La Comisión Europea indica en la memoria que acompaña el texto que *“la finalidad general de la propuesta es garantizar que los trabajadores de la Unión dispongan de la protección de un salario mínimo adecuado”*. Entre sus objetivos figuran el fomento de la negociación colectiva, el apoyo a la participación de los interlocutores sociales y el establecimiento de criterios claros y estables que promuevan la adecuación del salario mínimo legal.

Una norma sobre salarios tiene siempre una vertiente laboral y otra económica. Como norma sobre derechos, la medida se adopta *“con el fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo”*, permitiendo *“el acceso de los trabajadores a la protección del salario mínimo”*, según se dice en su articulado. En los considerandos se señala que éstos *“se consideran adecuados si son justos en relación con la distribución salarial en el país y si proporcionan un nivel de vida digno”*; y se añade que cuando éstos tienen una cuantía adecuada, *“protegen la renta de los trabajadores desfavorecidos, contribuyen a garantizar una vida digna y limitan la caída de los ingresos en épocas difíciles”*.

Desde el primer punto de vista, se busca mejorar las condiciones de vida y de trabajo asegurando ingresos que proporcionen un nivel de vida digno; promocionar la negociación colectiva, en lo salarial; y asegurar la igualdad en el disfrute del salario mínimo. Esto último opera en dos direcciones: hay medidas que aseguran el acceso a éste, evitando fraudes; y otras que limitan las diferencias en la cuantía que los Estados puedan establecer, asegurando que cualquier variación sea no discriminatoria, proporcionada, limitada en el tiempo si procede, y justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima.

Desde el segundo punto de vista se busca regular su efecto en la competencia. En su propuesta la Comisión justificó las medidas en materia de negociación colectiva *“para que las empresas estén protegidas ante la competencia desleal”*. Para ello se impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos o de concesión, los operadores económicos cumplan

¹⁶ Sobre esta norma, CRUZ VILLALÓN, J. (2023), “La garantía de salarios mínimos adecuados por la Unión Europea: una directiva decisiva”, en NOVO CORTI & CRUZ VILLALÓN (dirs.), *“El salario mínimo y el trabajo decente ante la innovación tecnológica en España”*; Pamplona, Aranzadi, pg.15. También GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (202), “La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* n° 6, pg 37-70. Y FERNÁNDEZ PROL, F. (2024), “El derecho a un salario justo. La Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea”, *Labos*, Vol. 5, No. 1, pp. 47-67.

los salarios establecidos en los convenios colectivos para el sector y la zona geográfica de que se trate y, en su caso, los salarios mínimos legales.

Como en todas las normas plenamente laborales de la Unión lo social priva sobre lo económico. Así, se pretende mejorar estos salarios mínimos, en su cuantía final (algo que se hace indirectamente), y en su cobertura y proceso de determinación. Y se incluyen cláusulas de no regresión y de disposiciones más favorables.

4. LAS RETRIBUCIONES COMO MEDIO

El Derecho unioneuropeo no sólo se ha ocupado de las retribuciones como una figura cuyas regulaciones nacionales merecían ser armonizadas para evitar distorsiones en la competencia y progresar en su tutela, como lo ha hecho con las instituciones que acabamos de ver. También lo ha hecho en cuanto ámbito en el que los trabajadores pueden sufrir discriminaciones por distintos motivos, para lo que se han impuesto diversos mandatos de igualdad salarial, en numerosas directivas que se ocupan de la tutela antidiscriminatoria en la Unión. En estos casos la regulación de la retribución se contempla no como un fin, sino como un medio para lograr el verdadero objetivo de la intervención eurounitaria.

4.1. Retribuciones y no discriminación

La no discriminación es uno de los pilares de la construcción de la Unión Europea. Presente en algunas de sus manifestaciones desde los primeros tratados que pusieron en marcha el proceso de integración, en estos momentos. El punto de partida debe ser el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Este mandato se completa con el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres del artículo 23, que de manera muy clara establece que este principio “*deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*”.

Sobre estos mandatos se ha construido un conjunto normativo que, a lo largo de prácticamente toda la historia de la propia Unión, ha logrado imponer un mandato de igualdad y no discriminación de aplicación general, de tal manera que no podrán diferenciarse por razón de género (Directiva 2006/54/CE) u otras causas prohibidas (Directiva 2000/78/CE)

El anclaje constitucional se encuentra en el artículo 157 TFUE, que dispone la obligación de los Estados miembros de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Para facilitar esta aplicación se aporta una definición de retribución, que incluirá “*el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo*”¹⁷.

También se nos proporciona una explicación de lo que debe considerarse igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo: que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una

¹⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2023), “Condiciones de trabajo y discriminación salarial por razón de sexo”, en CASAS BAAMONDE et al. (dirs.), op.cit., pg. 269, BENAVENTE TORRES, I. (2011), “Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo”, en GÓMEZ MUÑOZ, NAVARRO NIETO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “*Manual de Derecho Social de la Unión Europea*”, Madrid, Tecnos, pg. 229.

misma unidad de medida; y que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

El apartado 3 del artículo 157 prevé el desarrollo legislativo de este derecho, mediante medidas para garantizar la aplicación de este principio. Así se hizo con la aprobación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuyo objetivo es garantizar la aplicación de este principio, entre otros aspectos, en las condiciones de trabajo, incluida la retribución (artículo 1), utilizando para ello la misma definición que hace el TFUE (artículo 2).

Su artículo 4 se dedica de manera monográfica a la igualdad de retribución. Afirma en este sentido que *“para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución”*. Añadiendo que *“cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”*.

La Directiva 2006/54/CE, que a su vez es una refundición de normas anteriores, es completada por la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento¹⁸. Así como por la Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE, que no tiene sin embargo interés desde el punto de vista que aquí me ocupa.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, tiene por objeto establecer este marco para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Su ámbito material de aplicación alcanza, según su artículo 3, a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de remuneración. Se excluyen, por el contrario, los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo (Considerando 13).

4.2. Retribuciones y movilidad de los trabajadores

El mercado único, la base económica del proceso de integración europea, es tanto un mercado de trabajo, por el que circulan personas que trabajan, que son retribuidas por ello y que pueden verse afectadas por el hecho de hacerlo en otro país; como uno de bienes y servicios, en cuya producción se incorpora como coste principal los salarios pagados por las empresas que los producen.

¹⁸ Norma ésta de la que me ocuparé en un apartado posterior de este trabajo.

La libertad de circulación de los trabajadores es un derecho de trabajadores y demandantes de empleo que ha sido la base de la construcción de la ciudadanía europea¹⁹. Es un “derecho de movilidad” que fue de los primeros que se garantizaron no en el desarrollo del trabajo asalariado, sino en momentos anteriores a éste. Existe una “ciudadanía en el mercado de trabajo” conformado por los derechos que se reconocen a las personas cuando acuden a éste en búsqueda de ocupación o de otras oportunidades profesionales. La Unión Europea ha sido un verdadero motor para la construcción de estos derechos, primero con la libre circulación, después con la no discriminación en el acceso al empleo, después con otras medidas que incluyen, como veremos, derechos directamente reconocidos a los demandantes de empleo y a los candidatos en los procesos de selección. El Derecho del Empleo tiene su origen en el de la Unión, a partir del cual se ha desarrollado hasta convertirse en un sector del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Pues bien, en la regulación de esta libertad vamos a encontrar un tratamiento de las retribuciones, imprescindible para garantizar que ésta sea efectivamente ejercitada por los trabajadores, y que su ejercicio no suponga un coste económico para éstos cuando lo hacen. De esta manera, se reconoce un derecho fundamental a la no discriminación salarial por motivo de nacionalidad, prohibiéndose expresamente que se trate al trabajador migrante “*de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución*” (artículo 7 del Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión). A lo que se añade que toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente a la retribución será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros (artículo 7.4). La base constitucional la encontramos en el artículo 21.2 de la Carta de Derechos Fundamentales prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados. La importancia de esta garantía de no discriminación por motivo de nacionalidad no puede ignorarse, tanto por sus efectos sobre la creación de un auténtico mercado de trabajo europeo, favoreciendo la movilidad de las personas, como por su inspiración para otras políticas de la unión, en particular las de lucha contra la discriminación por otros motivos.

La movilidad internacional de las personas que trabajan tiene otra regulación importante en las normas del Derecho internacional privado, hoy unificadas en el Reglamento 93/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I). De acuerdo con éste el salario forma parte de las condiciones de trabajo cuya elección se permite por aplicación de los artículos 3 y 8. Pero esta elección se limita con el fin de evitar abusos, en situaciones de trabajo transnacional, de tal modo que se tiende a aplicar, como regla general, el principio de *lex loci laboris*²⁰.

La movilidad de las personas cuando trabajan no se limita a cuando deciden circular libremente por el territorio del Espacio Económico Europeo. También existe una que se produce en la ejecución de los contratos de trabajo, cuando es la empresa la que envía a su plantilla al territorio de otros Estados, en el ejercicio de otra libertad económica fundamental, la de prestación de servicios. En estos casos es muy importante su carácter de mecanismo regulador de la competencia entre empresas, por lo que su regulación

¹⁹ ROJO TORRECILLA, E. (2023), “Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de servicios y de establecimiento”, en CASAS BAAMONDE et al. (dirs.), op.cit., pg. 507.

²⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. (2023), “La regulación comunitaria de la ley aplicable a la relación laboral en el espacio internacional”, CASAS BAAMONDE et al. (dirs.), op.cit., pg. 1253.

resulta fundamental para garantizar esto²¹. Ello se consigue mediante su inclusión dentro del núcleo duro de derechos que debe garantizarse a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional, de tal modo que sus empresas deberán garantizarles “*las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias*” (Directiva 96/71/CE).

La Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que luego veremos, contiene en su artículo 7 unas reglas específicas tanto para los trabajadores desplazados, en el sentido de la Directiva 96/71/CE, como para los trabajadores expatriados, aquellos enviados a trabajar en un Estado miembro o un tercer país distintos del Estado miembro en el que trabaja habitualmente. En el caso de estos últimos se deberá proporcionar, además de la información prevista para los trabajadores ordinarios, la divisa para el pago de la retribución y las prestaciones en metálico o en especie ligadas a las tareas asignadas, en su caso. Si se trata de un trabajador desplazado los Estados miembros velarán por que se comunique al trabajador, como información complementaria a la genérica, la remuneración a la que este tiene derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; y todo complemento específico por desplazamiento, de haberlo.

La regulación de la contratación pública, que puede ser también transnacional, se ocupa igualmente de los efectos de los salarios sobre la competencia. Así, la Directiva 2014/24/UE exige a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar que los agentes económicos cumplan las obligaciones del Derecho laboral aplicable en la ejecución de contratos públicos y de concesión, lo que incluye el respeto a los salarios establecidos en los convenios colectivos pertinentes o los salarios mínimos legales.

4.3. Retribuciones y formas de empleo

Una de las líneas de política del Derecho de la Unión es la de la armonización de las formas de empleo, iniciada ya en los años 70 del siglo pasado, desarrollada trabajosamente hasta llegar a normas aprobadas en los 90, y que hoy vuelve a cobrar fuerza con intervenciones dirigidas a afrontar los problemas generados por las nuevas modalidades, producto de los cambios sociales y tecnológicos²².

Desde un primer momento el Derecho eurounitario buscó garantizar la mayor igualdad de trato posible para este colectivo, de importancia creciente. Porque en momentos anteriores era común que los trabajadores temporales y a tiempo parcial fueran discriminados en sus condiciones laborales, incluyendo los salariales. La Unión ha buscado evitar este efecto, porque, precariedad aparte, un trato desigual condiciona su presencia mayor o menor en el mercado de trabajo. Se pretendía que la decisión de contratar de una manera “típica” o “atípica” dependiera de consideraciones vinculadas con las necesidades de la empresa, no con el coste laboral²³.

²¹ La bibliografía sobre esta cuestión es extensa. Entre otros, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA; PÉREZ GUERRERO & QUINTERO LIMA (dirs.) (2020), “*La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*”, Murcia, Laborum; CALVO GALLEGU, F.J. (2017), “De las migraciones por el empleo a las migraciones en el empleo: las normas como ventaja competitiva entre Estados y el riesgo de dumping social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Nº. 416, págs. 17-51; y GÓMEZ CABALLERO, P. & ZARZALEJO CARBAJO, M. (2011), “La libre circulación de los trabajadores. Los desplazamientos temporales de los trabajadores”, en GÓMEZ MUÑOZ, NAVARRO NIETO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “*Manual de Derecho Social de la Unión Europea*”, Madrid, Tecnos, pg.85.

²² Sobre esta línea de política del Derecho, véase PÉREZ GUERRERO, M.L. & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2011), “La armonización del trabajo atípico”, en GÓMEZ MUÑOZ, NAVARRO NIETO & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “*Manual de derecho social de la Unión Europea*”, Madrid, Tecnos, pg. 335.

²³ En extenso PÉREZ GUERRERO, M.L. & RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2011), “La armonización del trabajo atípico en la Comunidad Europea: de la Directiva 2008/104/CE a la reforma laboral en España”, en SAN-

El punto 5 del Pilar Europeo de Derechos Sociales vincula formas de empleo y salarios, cuanto afirma que “*con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y el acceso a la protección social y a la formación*”. La referencia a las condiciones de trabajo debe entenderse hecha, entre otras, a las condiciones económicas.

Tras muchos proyectos y alguna norma particular efectivamente aprobada, aunque de contenido limitado a la prevención de riesgos laborales²⁴, a estas alturas disponemos ya de un conjunto armonizador bastante desarrollado, cuyo cumplimiento está siendo para el Derecho del Trabajo español una verdadera pesadilla. Uno de los elementos estructurales de esta regulación, aplicable a todos los supuestos, es la igualdad de condiciones, salarios incluidos, entre los trabajadores atípicos y los ordinarios. Este principio ya había venido siendo aplicado por el Tribunal de Justicia a los trabajadores a tiempo parcial, por aplicación de la directiva 77/117/CEE, sobre la base de la existencia de una discriminación indirecta cuando se fijaban menores retribuciones para este colectivo, al estar formado mayoritariamente por mujeres y producirse un impacto desproporcionado sobre éstas.

La Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la Unice, el Ceep y la Ces²⁵, fue la primera en reconocer este principio en su Cláusula 4, al afirmar que “*por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial*”. Este mandato tenía sólo dos excepciones: que existieran razones objetivas que justificaran un trato diferente por razones objetivas; y que se aplicara el principio de *pro rata temporis*, esto es, que la retribución fuera proporcional a la duración de la jornada de trabajo²⁶.

Posteriormente, 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, replicó la misma fórmula para este colectivo²⁷.

La tercera norma de la serie ha llegado más lejos en la aplicación del principio de igualdad salarial. Se trata de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal²⁸, que dispone que “*las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto*” (artículo 5.1). Este mandato, de general aplicación a todas las condiciones (incluyendo las retributivas), se ve completado por otro específico para los salarios, en los siguientes términos: “*por lo que se refiere a la remuneración, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones a las disposiciones contempladas*

CHEZ PINO & SANZ CLAVIJO, “*Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva.

²⁴ Directiva del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

²⁵ LOUSADA AROCHENA, F. (2023), “El trabajo a tiempo parcial”, en CASAS BAAMONDE et al. (dirs.), op.cit., pg.735. También RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, op.cit., passim.

²⁶ Se trata de un uso indebido de esta regla, que se refiere a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, para determinar las obligaciones de los distintos Estados miembros en los que se hayan prestado servicios.

²⁷ PÉREZ REY, J. (2023), “La contratación de duración determinada”, en CASAS BAAMONDE et al. (dirs.), op.cit., pg.685.

²⁸ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (2023), “Las Empresas de Trabajo Temporal”, en CASAS BAAMONDE et al. (dirs.), op.cit., pg.757.

en el apartado 1 cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones” (artículo 5.2).

Se trata de un principio de gran alcance, en el que la Unión toma partido respecto de una de las cuestiones más controvertidas en la ordenación de esta forma de empleo en los ordenamientos nacionales europeos, en los que se encontraban distintas opciones al respecto. En España se había optado por la igualdad salarial, primero a través de un proceso de convergencia iniciado por la negociación colectiva sectorial, después mediante su imposición mediante una reforma de la Ley 14/1994²⁹. Con este mandato se llega a romper un principio jurídico básico del Derecho del Trabajo contemporáneo, la fijación de los salarios de los trabajadores según la normativa, legal y convencional, aplicable a la empresa que los contrata.

La directiva pone fin a este debate, optando abiertamente por un modelo de trabajo temporal como mecanismo de flexibilidad, no de abaratamiento de costes. A la vez abre la puerta a una nueva forma de entender las colaboraciones interempresariales, estableciendo vías de comunicación de condiciones laborales de unas a otras. Las propuestas legislativas presentadas en nuestro país para garantizar la equiparación salarial de los trabajadores de empresas contratistas son una buena muestra de este efecto. Los cambios legales dirigidos a eliminar los abusos de las empresas multiservicios son otra manifestación de la lucha contra la externalización como mecanismo para la reducción de los salarios. Desde otro punto de vista, la concepción exclusivamente bilateral de la relación de trabajo y la unicidad en la condición de empleador comienzan a estar también discutidas.

En este momento se debe hacer referencia también a la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que se aprueba tanto para actualizar la regulación anterior sobre deberes de información sobre condiciones de trabajo como para afrontar los problemas detectados en relación con nuevas formas de empleo, como el trabajo a llamada. Hay que tener en cuenta que uno de los aspectos más afectados por estas modalidades contractuales es precisamente el retributivo, tanto por su irregularidad (como en el trabajo a llamada), su insuficiencia o la forma de pago (el trabajo pagado con bonos o voucher-work).

Finalmente, como una forma de empleo emergente que está también dentro del ámbito de atención de las autoridades comunitarias estaría el trabajo en plataformas digitales, materia sobre la que se está trabajando en una propuesta de directiva de la que me ocuparé *infra*.

5. RETRIBUCIONES Y TRANSPARENCIA

5.1. La directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles

La primera de las intervenciones eurolaborales que analizaré en este apartado es la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea³⁰. Norma que, como es sabido, supone un nuevo acercamiento regulatorio a una

²⁹ Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

³⁰ Esta norma ha producido numerosos estudios, entre los que destacan los de SALA FRANCO, T. (2022), “La directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condi-

materia ya tratada por el Derecho de la Unión, concretamente por la Directiva del Consejo 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. A la fecha de cierre de este trabajo aún no ha sido traspuesta en nuestro Derecho.

La nueva regulación responde a la realidad de la Unión en el siglo XXI, con objetivos y bases competenciales diferentes a las de los años 90 del siglo pasado. Comenzando por el segundo aspecto, la que se utiliza es el artículo 153, apartado 2, letra b), en relación con su artículo 153, apartado 1, letra b) TFUE que permiten a la Unión adoptar disposiciones mínimas en el ámbito de las condiciones de trabajo³¹. Se presenta como un desarrollo del principio 7 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, según el cual “*los trabajadores tienen derecho a ser informados por escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, incluso en período de prueba*”.

El artículo 1.1 dispone que la finalidad de esta norma unioneuropea es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral. La finalidad de «transparencia» que le da nombre a la Directiva, estaba ya presente en la de 1991. Hay un cambio importante, sin embargo, ya que en la primitiva norma armonizadora se hablaba de “transparencia en el mercado de trabajo”, mientras que ahora la referencia es a “empleo que ofrezca mayor transparencia”, y a “condiciones de trabajo transparentes”. Como se ve, ahora la lógica de la norma es distinta, pues se centra en la relación de trabajo individual, y no en el mercado en su conjunto.

El artículo 4 delimita varios elementos retributivos sobre los que los empleadores deberán informar a sus empleados, que merecen a estos la calificación de “elementos esenciales de la relación laboral”. Son éstos, en concreto:

- la remuneración
- la estructura del salario (en la terminología española), que incluirá la retribución de base inicial y cualesquiera otros componentes, que deberán ser indicados de forma separada,
- la periodicidad
- el método de pago
- el convenio colectivo que regule las condiciones retributivas del trabajador o, si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por instituciones u órganos paritarios especiales, el nombre de la institución o el órgano paritario competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios;
- en el caso de relaciones laborales con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas
- la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales derivadas de la relación laboral

ciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en ordenamiento laboral español”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 251, p. 29-48; ELORZA GUERRERO, F. (2023), “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 168, p. 67-102; MIRANDA BOTO, J.M. (2023), “*Condiciones de trabajo transparentes y previsibles: desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*”, Valencia, Tirant Lo Blanch; y RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. (2019), “La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”, *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 11, pp. 1089-1108.

³¹ En esto se separa de su antecesora de 1991, que se basó en el artículo 100 del Tratado de Roma, debiendo compaginar con ello finalidades sociales y económicas.

Si comparamos estas materias con las previstas en la Directiva 91/533, comprobamos que se han incrementado considerablemente, ya que en ésta sólo se consideraban entre las condiciones laborales esenciales “*la retribución de base inicial, los demás elementos constitutivos, así como la periodicidad de pago, a que tenga derecho el trabajador*”. Este incremento de la información sobre las retribuciones tiene sentido en el marco de la directiva, ya que reflejan la aparición de formas de empleo que tienen especialidades en este aspecto, como es el caso del trabajo pagado mediante bonos; y la mayor sofisticación de las políticas retributivas en muchas empresas.

El artículo 3 dispone que el empleador proporcionará por escrito a cada trabajador la información exigida, y que ésta se proporcionará y transmitirá en papel o en formato electrónico, siempre que sea accesible para el trabajador, que se pueda almacenar e imprimir y que el empleador conserve la prueba de la transmisión o recepción. El suministro de la información retributiva podrá ofrecerse, en su caso, en forma de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, o estatutarias; o a los convenios colectivos que regulen dichas materias, según el artículo 4.3.

Un régimen especial se establece para los trabajadores sujetos a movilidad internacional en el artículo 7. En el caso de los trabajadores expatriados (los que vayan a trabajar en un Estado distinto de aquél en el que se trabaja habitualmente), el empleador le proporcione antes de su partida información sobre la divisa en que se le pagará la retribución; así como sobre las prestaciones en metálico o en especie que pudieran corresponderle. Si se trata de un trabajador desplazado (los cubiertos por la Directiva 96/71/CE), se les informará de la remuneración a la que se tiene derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; y de todo complemento específico por desplazamiento y toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención (aunque esto no es técnicamente una retribución).

5.2. La directiva sobre transparencia retributiva

El segundo texto a considerar desde la perspectiva que estudio en este apartado es la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento³². La denominación de la norma expresa su objetivo (reforzar un principio de Derecho de la Unión), su ámbito de aplicación (hombres y mujeres, retribuciones, mismos trabajos o trabajos de igual valor) y el instrumento para ello (medidas de transparencia retributiva y otros mecanismos para su cumplimiento).

Esta norma es instrumental para la aplicación de la Directiva 2006/54/CE. Durante la evaluación de esta última en el año 2020. La Comisión Europea constató que la aplicación del principio de igualdad de retribución se veía entorpecida por una serie de problemas, entre ellos la falta de transparencia de los sistemas retributivos. Por todo ello se considera que “*resulta especialmente importante adoptar más medidas para reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución con el fin de evitar que se pongan en peligro los avances realizados en la eliminación de las disparidades retributivas*”.

³² Norma ésta todavía reciente, no ha recibido mucha atención de nuestra doctrina. Entre otros trabajos, FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2024), “La transparencia retributiva previa al empleo de la Directiva 2023/970”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 51, 2024, págs. 43-57; y FUENTES RODRÍGUEZ, F. (2023), “La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento”, *Temas laborales*, Nº 168, págs. 223-249.

Su ámbito de aplicación es amplio: por el lado de los empleadores, incluye a todos, tanto del sector público como privado; y por el de los trabajadores, también a todos, siempre que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral según se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, y teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³³. La directiva no se aplica sólo a trabajadores, sino que su ámbito se extiende a quienes denomina como “solicitantes de empleo”; y a los extrabajadores, puesto que en su artículo 14 se dispone que los procedimientos para reclamar en caso de incumplimiento de sus mandatos deberán ser de fácil acceso “incluso después de que haya terminado la relación laboral durante la que se haya producido la presunta discriminación”.

Como punto de partida, la Directiva no afecta a los diferentes sistemas nacionales de fijación de salarios, siguiendo la línea de la de salarios mínimos, para no plantear problemas de competencias armonizadoras. La principal obligación que se impone a los Estados es la de adoptar las medidas necesarias para que garantizar que las empresas disponen de estructuras retributivas que garanticen la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Para hacerlo posible, las estructuras retributivas deberán permitir evaluar, en lo que respecta al valor del trabajo, si los trabajadores se encuentran en una situación comparable. En esta evaluación se deberán utilizar unos criterios de los que se indica lo siguiente:

- Deberán ser objetivos y neutros con respecto al género.
- Serán acordados con los representantes de los trabajadores, pero sólo si en la empresa existen tales representantes.
- No podrán basarse, directa ni indirectamente, en el sexo de los trabajadores.
- Incluirán las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro factor que sea pertinente para el puesto o empleo específico.
- Se aplicarán de manera objetiva y neutra con respecto al género, de forma tal que se excluya toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo.
- En particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes.

Cuando por aplicación de las medidas de transparencia retributiva se compruebe que las diferencias retributivas de género existentes en una empresa no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género, los empleadores deberán corregir la situación en un plazo razonable en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad.

De la misma manera, si al realizar la evaluación retributiva conjunta se constata la existencia de diferencias retributivas injustificadas, la empresa deberá subsanarlas en un plazo razonable, en estrecha cooperación con los representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales.

El Capítulo II se ocupa de definir el concepto de transparencia retributiva. Ésta se impone en las políticas de fijación de las retribuciones y de progresión retributiva, lo que supone que las empresas deberán poner a disposición de su personal tanto los criterios que se utilizan para determinar la retribución de los trabajadores, como los niveles y la

³³ En los considerandos se detalla que sus mandatos se aplican a todos los trabajadores, lo que incluye a los trabajadores a tiempo parcial, a los trabajadores con contrato de duración determinada, al personal en misión de una empresa de trabajo temporal, a los directivos, a los trabajadores domésticos, a los trabajadores a demanda, a los trabajadores intermitentes, a los trabajadores retribuidos mediante vales, a los trabajadores de las plataformas digitales, a los trabajadores con empleos protegidos, a los trabajadores en prácticas y a los aprendices.

progresión retributivos. Estos criterios serán objetivos y neutros con respecto al género, y se pondrán a disposición de los trabajadores de manera fácil.

El artículo 7 amplía el derecho a la información sobre condiciones de trabajo de los trabajadores, ya reconocido por otras normas de la Unión. Éstos tendrán derecho a solicitar y a recibir información, por escrito, sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo. Si la información recibida es inexacta o está incompleta, los trabajadores tendrán derecho a solicitar aclaraciones y detalles adicionales y razonables con respecto a cualquiera de los datos facilitados, y a recibir una respuesta motivada. El plazo para que los empleadores suministren esta información deberá ser “razonable”, sin que pueda ser los dos meses a contar desde la fecha en la que se cursó la solicitud.

Los trabajadores podrán revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución, debiendo prohibirse las cláusulas contractuales que impidan hacerlo. Lo que sí se podrá hacer es exigir que los trabajadores que hayan obtenido información adicional a la relativa a su propia retribución o su propio nivel retributivo no la utilicen con fines distintos del ejercicio de este derecho.

Se establece igualmente la obligación de las empresas de facilitar información global sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras. La dirección de la empresa confirmará la exactitud de la información previa consulta con los representantes de los trabajadores. Esta información, cuyo contenido se detalla en la norma, deberá suministrarse a todos los trabajadores y a sus respectivos representantes, así como a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos, y a la autoridad encargada de recopilar y publicar dichos datos en cada Estado.

Las empresas obligadas a informar sobre las retribuciones deberán realizar también, en cooperación con los representantes de los trabajadores, una evaluación retributiva conjunta en determinadas circunstancias. La evaluación estará a disposición de los trabajadores y de sus representantes, a los organismos competentes, a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad.

6. RETRIBUCIONES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El Derecho del Trabajo unioeuropeo ha iniciado en los últimos años una nueva senda en su proyecto de armonización de los ordenamientos laborales nacionales de los Estados miembros, en áreas relacionadas con la tecnología, que se unen a las tradicionales de Derecho antidiscriminatorio, formas de empleo, seguridad y salud laboral... Tras una incursión temprana en la garantía del Derecho a la protección de datos, en estos momentos ésta es un área fuertemente regulada a este nivel, con un Reglamento General de Protección de Datos que, en el caso español, ha sido acompañada de una Ley Orgánica de Protección de Datos y de Garantía de Derechos Digitales. Otros aspectos vinculados con el uso de la tecnología en la empresa, como lo son los propios derechos digitales que nuestra ley garantiza, han sido regulados a un nivel principalmente nacional, apoyándose en ocasiones en normas internacionales sobre derechos fundamentales. Sólo en el teletrabajo vamos a encontrar una contribución importante, mediante el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo, en espera de la aprobación de una directiva sobre esta forma de empleo, la quintaesencia del trabajo digital. A pesar de esta relativa autoexclusión de la construcción del Derecho Digital del Trabajo, cuando se ha producido la última revolución tecnológica, la de la Inteligencia Artificial (IA) la Unión Europea ha querido

tener un marcado protagonismo³⁴. Para ello ha elaborado algunas normas de una enorme importancia que constituyen el núcleo de lo que ya se llama “Derecho Algorítmico”. Una rama del Derecho que tiene una vertiente laboral, como le ocurre al Derecho Digital, en cuanto se ocupa del impacto de los sistemas de IA en los derechos de los trabajadores³⁵.

El Derecho Algorítmico del Trabajo eurounitario está reproduciendo el fenómeno que se ha producido en varios de sus Estados miembros, con dos grandes normativas paralelas: una general y otra específica sobre el trabajo en plataformas, que es una forma de empleo basada en el uso intensivo de algoritmos. En estos momentos disponemos ya de una completa regulación del primer tiempo, el conocido como “Reglamento IA” o “Ley IA”³⁶. El trabajo en plataformas, por su parte, se encuentra en espera de aprobación de su propia norma armonizadora, la Directiva para la mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales de trabajo³⁷.

Comencemos por el Derecho Algorítmico General. El Reglamento IA no hace referencia en todo su articulado a retribuciones o salarios, como tampoco lo hace a otros conceptos laborales. No es éste su objetivo, sino que lo que pretende es definir los sistemas de IA, clasificarlos según su riesgo para los derechos de las personas, y establecer medidas para evitar éstos. Es su finalidad lo que resulta relevante a estos efectos.

Para el Derecho del Trabajo la categoría fundamental es la de “sistemas de IA de alto riesgo”, que aparecen enumerados en el Anexo III del Reglamento IA. Entre éstos se encuentran aquellos que tengan que ver con el empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo, lo que incluye, entre otros, a los sistemas de IA destinados a ser utilizados para “tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones”. Es evidente que en esta amplia definición de funciones caben las decisiones empresariales que afectan a las retribuciones de los trabajadores, en tanto éstas se incluyen dentro de la categoría general de “condiciones de

³⁴ MERCADER UGUINA, J. R. (2022), “La gestión laboral a través de algoritmos”; y GINÈS I FABRELLAS, A. (2022), “La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos”, ambos en AA. VV. (2022), *Digitalización, recuperación y reformas sociales: XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, pgs. 253 y 295, respectivamente. También CALVO GALLEGU, F.J. (2022), “Algoritmo y discriminación”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N.º. Extra-1.

³⁵ Sobre la construcción de este nuevo sector del Derecho del Trabajo, me remito a mi trabajo RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (en prensa), *“Derecho del Trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas”*, Teoría & Derecho.

³⁶ TODOLÍ SIGNES, A. (2024), “Reglamento europeo de IA y su coordinación con el Reglamento de protección de datos”, que forma parte de la Iniciativa Interblogs, pudiendo visitarse en <https://adriantodoli.com/2024/04/18/reglamento-europeo-de-ia-y-su-coordinacion-con-el-reglamento-de-proteccion-de-datos-iniciativa-interblogs/>; yo lo hice el 1 de junio; así como RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2024), “El reglamento europeo de IA y su afectación al ámbito laboral”, IUSLABLOG, <https://grupo.us.es/iwpr/2024/04/08/el-reglamento-europeo-de-ia-y-su-afectacion-al-mundo-laboral/>, visitado el 1 de junio de 2024.

³⁷ Para un primer análisis véase TODOLÍ SIGNES, A. (2024), “La Directiva para la mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales de trabajo. Contenido y propuestas para la trasposición”; *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo*, disponible en <https://www.aedtss.com/la-directiva-para-la-mejora-de-las-condiciones-laborales-en-plataformas-digitales-de-trabajo-contenido-y-propuestas-para-la-trasposicion/>, visitado el 20 de junio de 2024. El Proyecto Segundo Aniversario de la Ley Riders, desarrollado por IUSLABLOG bajo la dirección de la profesora CASTELLANO BURGUILLO, ha ido siguiendo la tramitación de esta relevante norma; accesible en <https://grupo.us.es/iwpr/proyecto-segundo-aniversario-de-la-ley-riders/>. Véase también ROJO TORRECILLA, E. (2024), “Directiva UE: mejora de las condiciones laborales en plataformas digitales”. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 5(13), pg.228. Desde otra perspectiva PONCE DEL CASTILLO, A. (2023), “Regulating algorithmic management in the Platform Work Directive: correcting risky deviations”; publicado el 22 de noviembre de 2023; accesible en <https://global-workplace-law-and-policy.kluwerlawonline.com/2023/11/22/regulating-algorithmic-management-in-the-platform-work-directive-correcting-risky-deviations/>; visitado el 1 de junio de 2024.

trabajo³⁷; y en cuanto la evaluación de su rendimiento las determina directamente. De esta manera, sistemas de gestión que de manera automatizada determinen productividades o fijen salarios estarían incluidos en esta categoría, lo que produciría que se les aplicara toda la caja de herramientas prevista en el Reglamento para este nivel de riesgo: información, transparencia, supervisión humana, etc³⁸.

En este mismo plano de regulaciones generales se encuentra el Reglamento (UE) 2016/679, el Reglamento General de Protección de Datos, en cuanto se ocupa de las decisiones automatizadas que puedan producirse en el marco de la relación de trabajo. Éste impone a los responsables del tratamiento que adopten las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos de los trabajadores en los casos en que estén sujetas a decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado. Esto supone medidas tales como el derecho a obtener una intervención humana, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. Además, en el caso de la gestión algorítmica, estas decisiones deben ser adoptadas siempre por un ser humano, y la persona trabajadora tiene derecho una explicación³⁹. Esto afecta, es claro, a aquellas decisiones con impacto en las retribuciones de las personas trabajadoras, tanto en su fijación y modificación, como en la determinación de parámetros que pueden afectar a su cuantía, como la productividad individual o colectiva.

La propuesta de directiva sobre trabajadores de plataforma, por su parte, es un texto curioso. A pesar de que su ámbito de aplicación es limitado (aunque mucho mayor que el de la española Ley Rider), gran parte de su regulación podría extenderse a todos los trabajadores, puesto que se dirige a ordenar una gestión algorítmica que no es exclusiva de este colectivo. Podría pensarse que es un boceto de una futura regulación de la IA en las relaciones laborales. En particular, las reflexiones que encontramos en sus considerandos son perfectamente aplicables a todas las empresas; y en éstas vamos a encontrar referencias a lo que en este trabajo nos ocupa.

La norma parte (Considerando 48), que las plataformas utilizan en gran medida sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones a la hora de gestionar a las personas que realizan trabajo en éstas. Esta supervisión puede ser intrusiva, y puede afectar directamente a éstas en decisiones que afecten a sus ingresos. Por consiguiente, estas plataformas deben garantizar la vigilancia humana y llevar a cabo periódicamente una evaluación de los efectos de cada una de las decisiones adoptadas o respaldadas por sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones en sus condiciones laborales. Los representantes de los trabajadores, se añade, deben participar en el proceso de evaluación.

La propuesta de directiva define los «sistemas automatizados de toma de decisiones» como aquellos que se utilizan para adoptar o respaldar, por medios electrónicos, decisiones que afectan significativamente a personas que realizan trabajo en plataformas, también a las condiciones laborales de trabajadores de plataformas, en particular decisiones que afecten a su contratación, su acceso a las tareas asignadas y a la organización de estas, sus ingresos, en particular la fijación del precio de tareas individuales, su seguridad y su salud, su tiempo de trabajo, su acceso a formación, promoción o equivalente, o a su situación contractual, incluida la restricción, suspensión o cancelación de sus cuentas. Es una definición que incluye un elevado número de decisiones empresariales que afectan

³⁸ En detalle, TODOLÍ SIGNES, A. (2024), “El principio de transparencia algorítmica en su dimensión individual y colectiva: especial referencia a la Directiva de Plataformas Digitales y al Reglamento de IA”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número extraordinario 19.

³⁹ Lo que incluye una decisión, la falta de una decisión o un conjunto de decisiones, sean éstas respaldadas o adoptadas de manera automatizada

a la retribución de las personas trabajadoras, que aparecen bajo la denominación de “ingresos”.

Adicionalmente, el artículo 17 de la propuesta, cuando regula el acceso a la información pertinente sobre el trabajo en plataformas, impone a los Estados miembros que arbitren mecanismos que aseguren que las plataformas pongan a disposición de las autoridades competentes y los representantes de los trabajadores una serie de informaciones, entre las que se encuentran las condiciones generales determinadas por ésta y aplicables a dichas relaciones contractuales (lo que incluye el salario), y los ingresos medios derivados de la actividad de las personas que realizan trabajo con regularidad a través de estas empresas.

En el texto manejado de la propuesta de directiva aparece también una referencia a las retribuciones desde una perspectiva completamente diferente, como indicio de laboralidad. En el Considerando 28 se reconoce el principio de primacía de los hechos, a la hora de calificar los servicios de los trabajadores para una plataforma. Se afirma que determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse principalmente por los hechos relativos a la ejecución efectiva del trabajo, incluida su retribución, y no por la descripción de la relación por las partes. Esto es especialmente pertinente en el caso del trabajo en plataformas digitales, en el que las condiciones contractuales a menudo son fijadas unilateralmente por una de las partes. En las primeras versiones de la propuesta de directiva se incluían una serie de criterios para determinar si la plataforma ejerce que el control de la ejecución del trabajo, y entre éstas se incluía el establecimiento del nivel de retribuciones o la fijación de unos límites máximos. Se entendía que existía este control cuando se cumplían al menos dos de estas condiciones. Si así ocurría, entonces opera la presunción del artículo 4 según la cual se considera que la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo a través de dicha plataforma es una relación laboral. En la última versión este sistema ha sido radicalmente cambiado, y ahora serán los propios Estados miembros los que definan los términos en los que opera esta presunción.

7. CONCLUSIONES

El análisis realizado en las páginas anteriores demuestra que la materia retributiva constituye una de las grandes áreas objeto de armonización por la Unión Europea a lo largo de sus más de seis décadas de historia. Estando ya prevista una intervención en el fundamental artículo 119 del Tratado de Roma, su tutela frente a discriminaciones estuvo presente en las primeras regulaciones laborales, primero por razón de nacionalidad, después por razón de sexo, finalmente por un elenco completo de motivos, que tienen tanto que ver con características de las personas como con el tipo de trabajo que tienen. En estos casos la ordenación del salario tiene un carácter instrumental, en tanto en cuanto se dirige a asegurar el verdadero objetivo de la norma, la igualdad y no discriminación, que tienen en esta materia uno de los campos más vulnerables.

Posteriormente, esta regulación se ha centrado en las retribuciones como objetivo en sí misma, con sus propias finalidades, para lo que se ha desarrollado en dos grandes líneas de política del Derecho. Por un lado, la tutela del salario, asegurando tanto su continuidad como su percepción efectiva en determinadas situaciones especiales, así como (últimamente) una cuantía adecuada. Por otro, la garantía de la transparencia en las retribuciones, tanto en general como desde la perspectiva particular de igualdad retributiva. En estos últimos años el desarrollo del Derecho algorítmico de la Unión Europea también está tenido su impacto en la ordenación del crédito salarial, desde diversos puntos de vista que se han ido señalando a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, esta intervención ha resultado menos visible que otras más conocidas del Derecho Social de la Unión, que se percibe como la acumulación de regulaciones en unas pocas materias, con poca atención a las condiciones de trabajo en sentido estricto. Puedo aventurar alguna explicación para ello, comenzando por la pretendida exclusión de esta materia del ámbito competencial de la Unión Europea que establece el artículo 153.5 TFUE. El carácter instrumental de las reglas sobre igualdad salarial respecto de las grandes áreas de actuación también ha contribuido a que se le preste poca atención a este paquete regulador.

La terminología utilizada por las normas eurounitarias tampoco ha ayudado, puesto que se han utilizado distintas denominaciones para referirse a las materias retributivas: salarios, retribuciones, ingresos, créditos del trabajador... En muchas ocasiones el salario aparece como elemento integrante de una categoría más amplia, la de “condiciones de trabajo”, cuando no se hace referencia a “sufrir perjuicios”, incluyendo en ambos casos a los salarios, lo que ha contribuido a que en muchas ocasiones éstos pasen desapercibidos en medio de medidas de amplio espectro.

Lo cierto es que, pese a que se le pase por alto, la regulación unioneuropea de las cuestiones retributivas existe, es extensa e impone importantes obligaciones a los Estados miembros, actuando como un factor de armonización de sus legislaciones laborales nacionales en este campo. No podía ser de otra manera, en realidad, porque la propia naturaleza del proceso de integración europea obliga a una intervención en estas materias. Hablamos de una Unión Europea que se fija como prioridad la lucha contra la discriminación de las personas cuando trabajan, y es en sus ingresos dónde más frecuentemente encontramos ésta. De una Unión Europea que ha creado un mercado único, que lo es también de trabajo, facilitando la movilidad de las personas trabajadoras en todo su territorio, lo que hace surgir situaciones en las que trabajadores migrantes y desplazados pueden verse afectados en lo que perciben de sus empleadores. En un momento en el que la Unión ha redescubierto su faceta más social, cuando además los desafíos tecnológicos y de las nuevas formas de empleo acucian los mercados de trabajo, actuar sobre los salarios para que éstos sean adecuados para permitir a las personas que trabajan una vida digna es una prioridad irrenunciable e inaplazable.

No podemos ignorar la centralidad de los salarios en la relación de trabajo, al que se llama “asalariado” precisamente por esto. Elemento fundamental del sinalagma contractual, razón por la que las personas se emplean, su importancia social y económica lo convierten en un centro de atención para el Derecho del Trabajo desde sus mismos principios históricos, buscando asegurar su percepción efectiva, su suficiencia y su equidad. El Derecho del Trabajo de la Unión Europea no hace sino reproducir esta relevancia, a través de medidas que directamente o indirectamente se encargan de regularlo.

En el programa político de la Presidenta de la Comisión Europea Ursula Von der Leyen planteó la iniciativa de desarrollar una Hoja de Ruta para el Empleo de Calidad junto con los interlocutores sociales para garantizar una transición justa para todos. Esta iniciativa, en sus palabras, apoyará salarios justos, buenas condiciones laborales, formación y transiciones laborales justas para trabajadores y autónomos, en particular aumentando la cobertura de la negociación colectiva. Los salarios están en el centro de la política social de la Unión, y ésta seguirá tratándolos a través de sus diferentes instrumentos normativos.

**PONENCIA GENERAL SEGUNDA:
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO**

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO
Universidad de Huelva
Indemnizaciones por despido

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS PARA ENTENDER EL PROBLEMA DE FONDO
3. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN LEGAL
4. ¿CÓMO HEMOS LLEGADO HASTA AQUÍ?
5. ¿QUÉ SE ESPERA DE LA ESFERA EUROPEA?
6. POSIBLES SOLUCIONES Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA LA APLICACIÓN DIRECTA DE NORMAS SUPRANACIONALES
7. SUPUESTOS LEGALES ACTUALES EN LOS CUALES PROCEDERÍA UNA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL A LA ESTIPULADA EN EL ART. 56 TRET.
8. RESPUESTA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES DE 29 DE JULIO DE 2024
9. A MODO DE CONCLUSIÓN
10. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a duda estamos ante una de las cuestiones más controvertidas en el ámbito de las Relaciones Laborales de cualquier ordenamiento jurídico de cualquier país. Es común ver, cada cierto tiempo, en los medios de comunicación de prensa escrita y digital la apertura del debate sobre el sistema de despidos que tenemos en España, las razones fundamentales son varias y variadas, nadie quiere perder su empleo; se necesita trabajar para el desarrollo ordinario de la vida de las personas, familias, responsabilidades; no hay una oferta de trabajo en el mercado laboral que permita encontrar rápidamente otro empleo; los empleos que se ofrecen son precarios y de poca estabilidad, etc. Por éstas y otras razones queremos “aferrarnos” a las relaciones laborales que tenemos con las organizaciones empresariales porque a pesar de ser precarias, en muchos casos son a las que podemos llegar a aspirar¹.

Desde este punto de vista, discutir sobre la “suficiencia de la indemnización por despido” es lógico, mucho más en los casos en los cuales esta resolución del contrato se lleva a cabo por circunstancias distintas de las causas tasadas legalmente y que permitirían pensar en un despido sin causa o un despido libre. Sin embargo, el hecho de que la razón de la resolución por parte del empresario no sea de las tasadas legal o convencionalmente, esto no significa que no haya una causa, circunstancia o simplemente una decisión para romper el vínculo que le une con el trabajador o trabajadora.

Lo contrario sería plantearnos que se trata de una relación para toda la vida, en la que la separación sólo es posible por las causas tasadas en la ley, fuera de las cuales nos vemos obligados a mantener el vínculo con la persona trabajadora, cuando a ésta sin embargo, se le permite (dimisión) romper ese vínculo sin necesidad de alegar causa alguna, generando incluso una suerte de indemnización de daños y perjuicios a favor de la empresa, por el posible daño que su marcha pueda causar. Esto que sin embargo es legalmente posible se vería como algo reprochable por ser el trabajador la parte débil de la relación laboral. No es que estemos abogando por una absoluta discrecionalidad en el lado empresarial, es que no podemos acotar legalmente la variedad de circunstancias y aspectos que se producen en el día a día de una organización, intentarlo es desconocer la realidad empresarial.

En sentido contrario, hay autores que en defensa del mantenimiento del empleo² llegan a realizar afirmaciones referidas a que el sistema de sanciones previsto en un ordenamiento jurídico, entre ellas las que se fijan para el despido, constituye uno de los principales objetivos que se fijan para intentar alcanzar un ideal de comportamiento como podría ser realizar extinciones contractuales siempre sujetas a una causa, de manera que el importe de la indemnización “si se quiebra esta regla” pueda ser calificado como el precio a pagar para la “*ejecución de esta conducta indeseada. Como se ha apuntado desde la psicología social, la amenaza a algún tipo de gravamen puede erigirse en un poderoso acicate para el cumplimiento de los dictados del Legislador, siempre que la gravedad y la celeridad y probabilidad (o certeza) del suceso amenazante sean comprendidas adecuadamente, las recompensas y los castigos son medios muy importantes para hacer que las personas aprendan y realicen actividades específicas, pero son muy limitadas como técnicas de influencia social, porque han de estar presentes siempre para ser efectivas – a menos que el individuo descubra alguna razón adicional para continuar con la conducta*”³.

¹ Cuando en el presente trabajo se utilizan expresiones en masculino genérico debe leerse y entenderse como género neutro inclusivo de ambos sexos.

² No queremos decir que el resto no lo defiendan pero en lo hacen en otros términos

³ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”. *Revista Internacional y Comparada. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 10, nº1 enero-marzo de 2022. Pág. 43.

Si esto lo relacionamos con el debate actual sobre la indemnización por despido, resultaría que el empresario que quiere concluir una relación laboral fuera de las causas tasadas legalmente debería ser sancionado por acabar con el empleo de un trabajador, por provocarle daños irreparables en su vida, resultando que con el pago de una indemnización mayor compensaríamos ese daño o incluso podría disuadir al empresario de llevar a cabo el despido. Reflexiones de este tipo muestran el más absoluto desconocimiento del funcionamiento y actuar real de una organización empresarial, en la cual quienes toman las decisiones y, según los casos, están dispuestos a despedir aunque la acción sea más costosa, es cierto que preferirán el menor coste⁴, pero aun así despedirán, y esto es así porque hay momentos en el funcionamiento de una empresa donde ésta debe prescindir de mano de obra, debe contratar nuevos perfiles de personas, debe organizar de otra forma los recursos humanos, la producción, hay proyectos que se cancelan al final, productos o servicios que se cancelan, etc, en resumen, lo que supondría llevar a cabo “la gestión” de la empresa. ¿Esto significa dar “carta blanca” a las empresas? Por supuesto que no, pero no es una buena estrategia legislar y adoptar decisiones que les afectan de espaldas a ellas, como muestra la realidad de nuestro mercado de trabajo.

Pues bien, partiendo de esta idea general pasamos a analizar las cuestiones principales del debate actual sobre la materia, debate interesante por lo que conlleva de relación de diversas instituciones propias del derecho del trabajo, de juego de diferentes fuentes del derecho del trabajo, de diferentes niveles territoriales, nacional, internacional y europeo, de examen de una institución del derecho del trabajo sobre la que llevamos décadas discutiendo, para ello comenzamos por el estado actual de la regulación del despido y algunos datos estadísticos.

2. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS PARA ENTENDER EL PROBLEMA DE FONDO

Según las estadísticas elaboradas por el CGPJ sobre Asuntos Judiciales Sociales⁵, en el año 2023 se han resuelto un total de 340.837 asuntos, de los cuales 112.196 han sido casos de despido, de los cuales 29.488 se han resuelto por sentencia (favorables al trabajador 23.575 y 5.913 desfavorables al trabajador) y 47.972 por conciliación entre las partes, y el resto son asuntos desistidos y terminados por otras causas, todo ello como se refleja en la siguiente tabla.

Tabla 1. Asuntos resueltos, según objeto de la demanda y clase de resolución y trabajadores afectados por despidos según clase de resolución

Despidos (1)	112.196
Por sentencia	29.488
Por sentencia favorable	23.575
Favorable al trabajador	19.541
Favorable en parte al trabajador	4.034
Desfavorable al trabajador	5.913
Por conciliación	47.972

Elaboración propia a partir de datos del CGPJ

⁴ Sobre este punto pueden consultarse las interesantes contribuciones de BAYLOS GRAU A. <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-reforma-ineludible-de-la.html>. 12 de julio de 2024.

⁵ Pueden consultarse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Asuntos-Judiciales-Sociales/> consulta realizada el 3 de julio de 2024.

En la información que nos proporciona el CGPJ se señala que la cuantía media que se percibe por el trabajador en estos conflictos es de 10.904 euros si se resuelve por sentencia y de 8.367,5 euros si se resuelve por conciliación entre las partes⁶.

Según las estadísticas de mediación, arbitraje y conciliación también del CGPJ⁷, en el año 2023 se han contabilizado 263.721 despidos individuales, de los cuales 147.101 han sido hombres y 112.665 mujeres. El grupo de edad más afectado para ambos sexos ha sido el de 40 a 59 años. Por cuestiones de espacio vamos a prescindir de la incorporación de las tablas que el CGPJ publica sobre estos aspectos, pero sí vamos a reflejar los datos fundamentales.

Si analizamos las categorías profesionales de las personas que se han visto afectadas por esos despidos, resulta que destacan el grupo de los llamados “especialistas” y de los “no cualificados”. Y como dato importante, porque va a afectar al importe de las posibles indemnizaciones que se hayan abonado, destacan los trabajadores de menor antigüedad en la empresa, ya sea con una antigüedad inferior a un año o a 5 años, tanto en hombres como mujeres. Estos despidos de los que venimos hablando se han producido especialmente en organizaciones que podemos considerar pequeñas y medianas empresas por el número de personas empleadas con las que cuentan⁸.

Algo que debemos poner de manifiesto es la heterogeneidad de cifras que encontramos cuando queremos consultar estadísticas sobre despidos, no existen datos unificados por las distintas fuentes que analizan esta materia, como se puede comprobar por los datos reflejados en párrafos anteriores, además de la disparidad entre ellos, incluso la diferente forma de tomar los mismos de una anualidad a otra, lo que hace difícil extraer conclusiones certeras sobre la dimensión real del problema que analizamos.

3. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN LEGAL

El artículo 35.1 CE consagra el derecho al trabajo dentro de cuyo contenido debemos incluir la necesidad de tutelar la estabilidad en el empleo del trabajador, como ya se señalara en la STC 22/1981 de 2 de julio de dicho año, y esto se ha traducido en el principio de causalidad en el despido, exigiendo una justa causa para extinguir el contrato de trabajo. También es cierto que en el texto constitucional se recoge el derecho o libertad de empresa en el artículo 38, tenemos pues una concurrencia de derechos constitucionales que en la mayoría de las ocasiones se resuelve con la prioridad del derecho al trabajo. En este contexto, algunos autores hablan de la extinción “sin una justa causa” por parte del empresario para diferenciar los casos en los cuales concurra esa justa causa y que serían casos de resolución contractual y casos sin justa causa que serían casos de libertad de rescisión del contrato por el empresario. De manera que si permitimos esto último estaríamos vaciando al Derecho del Trabajo de su carácter tuitivo y esto es de dudosa constitucionalidad⁹.

⁶ El profesor Molina Navarrete exponía estos mismos datos pero relativos al año 2021, concretamente señalaba “Así, según el CGPJ, la indemnización media por los despidos de carácter individual declarados improcedentes sería de unos 10.600 €, reduciéndose muy notablemente cuando se trata de conciliación judicial (no alcanza los 8.000 €)”. MOLINA NAVARRETE, C. “La obsolescencia legalmente programada del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada”. En *Revista Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4 nº 3 diciembre de 2023. Pág. 196.

⁷ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion--Arbitraje-y-Conciliacion-laborales/> consultada el 3 de julio de 2024.

⁸ Puede también consultarse Estadísticas sobre despidos y sus costes que ofrece el Ministerio de Trabajo y Economía Social en https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/dec/index.htm. 2 de julio de 2024.

⁹ GORELLI HERNÁNDEZ J. “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”. *Revista IUSLabor* 1/2023. Pág. 6-45.

Desde el punto de vista legal la regulación de la extinción de la relación laboral en España se contiene principalmente en los artículos 49 a 56 TRET. El primero se refiere a todas las causas de extinción de la relación laboral. El art. 50 a la extinción por voluntad del trabajador fundamentada en una conducta previa de la empresa que le lleva a tomar esa decisión (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, falta o retraso en el pago de los salarios, o cualquier otro incumplimiento grave del empresario). El art. 51 se refiere al despido colectivo por las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante ETOP). Por su parte, el art. 52 se refiere a la extinción del contrato por causas objetivas en las que incurre el trabajador (por ineptitud conocida o sobrevenida, por falta de adaptación a las modificaciones técnicas, por causas ETOP pero sin que llegue a existir despido colectivo, por insuficiencia de recursos en entidades sin ánimo de lucro.) Este despido se llevará a cabo en la forma prevista en el art. 53 según marca el TRET. Llegamos así al art. 54 que regula el despido disciplinario (faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencia, indisciplina o desobediencia, ofensas verbales o físicas, transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza, disminución continuada y voluntaria del rendimiento, embriaguez habitual o toxicomanía que repercutan negativamente en el trabajo y acoso). Este despido se llevará a cabo según lo previsto en el art. 55.

Y finalmente el artículo 56 TRET y por extensión el art. 110 de la LRJS que regulan el despido improcedente que es el controvertido en este momento del debate, porque el procedente no plantea problemas, en el sentido de que, si se demuestran en sede judicial algunas de las causas indicadas anteriormente, el mismo quedará confirmado por la instancia judicial. Tampoco plantea problemas, en principio, el despido nulo, más allá del debate sobre los supuestos que en la actualidad conllevan esta calificación y que han ido menguando a través de las sucesivas reformas laborales.

La siguiente pregunta, por tanto, que debemos hacernos en este momento es cuándo es el despido improcedente, y la respuesta somera es que esta calificación procede cuando no se respete el procedimiento para llevar a cabo el despido del tipo que sea; cuando no se alega causa o cuando la causa que se alega no se puede demostrar por el empresario, también porque en caso de despido colectivo no se lleguen a probar las causas ETOP; en el caso del despido objetivo no se lleguen a probar estas causas ETOP, o no se pruebe la ineptitud del trabajador o la falta de adaptación; y en el caso del despido disciplinario no se pruebe la indisciplina alegada por la empresa. O bien porque no concurra ninguna de las causas anteriores en la decisión de la empresa y aun así se proceda al despido, es el llamado despido sin causa o justificación.

En estos casos se otorga la opción al empresario de que elija entre readmitir al trabajador y abonarle los salarios de tramitación o bien indemnizarle con 33 días de salario por año de servicio con el tope de 24 mensualidades, y con la salvedad de los trabajadores que ya estuvieran trabajando antes de la entrada en vigor de la reforma de año 2012 que tienen un doble tramo de cálculo. Si se tratara del despido de un representante legal elegirá este último, y si el empresario no elige en el plazo de 5 días se entiende que opta por la readmisión. Por tanto, en muchos de los casos citados, la declaración de improcedencia sólo conlleva una consecuencia económica y es que pasamos de una indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades, a una indemnización de 33 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades, lo que supone sólo que el empresario deba abonar la diferencia económica.

4. ¿CÓMO HEMOS LLEGADO HASTA AQUÍ?

Para entender el estado del arte, debemos hacer un poco de historia sobre la evolución de la regulación del despido. En las dos últimas décadas se han producido reformas laborales que bien directa o indirectamente han afectado a la institución del despido, reformas llevadas a cabo por Gobiernos de diferente color político y por tanto con diferente perspectiva del objetivo a conseguir¹⁰.

Como hitos importantes debemos destacar que en la reforma de 1994¹¹ se establece que el defecto de forma ya no conlleva la nulidad del despido sino su improcedencia; en la reforma de 1997¹² se rebajan los 45 días a 33 días para los contratos de fomento de la contratación indefinida en perjuicio de la figura establecida en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 de 45 días de indemnización por año trabajado; en la reforma de 2002¹³ se permite el despido exprés, se posibilitaba que el empresario paralizara el devengo de salarios de tramitación si reconocía la improcedencia del despido y consignaba el importe de la indemnización en el juzgado de lo social en el plazo de 48 horas.

Así llegamos a la reforma del año 2010¹⁴ cuyos tres ejes fundamentales fueron: insistir en la indemnización de 33 días por año trabajado con el tope de las 24 mensualidades en los casos de despido improcedente en el contrato para el fomento de la contratación indefinida; reconocimiento de las situaciones de crisis de las empresas, o empresas con pérdidas, como causa objetiva de despido procedente; y posibilidad de que empresarios y trabajadores pacten una no vinculación al convenio laboral vigente en determinados supuestos críticos para la empresa, con el objetivo de reducir costes.

En el año 2012 se aprobó otra gran reforma laboral que extendió esa forma de cálculo de la indemnización a todos los despidos improcedentes¹⁵. De esta reforma, entre otros

¹⁰ “Si retrocedemos hasta los antecedentes normativos del régimen franquista, resulta que la Ley de contratos de trabajo de 1944 contenía un artículo 81 en el cual se señalaba que el despedido sin justa causa podía optar entre solicitar la readmisión en la empresa o una indemnización que fijaría el Magistrado del Trabajo, sin que pudiera exceder de un año de salario y según la facilidad o no de encontrar un nuevo empleo. Si la empresa tenía menos de 50 trabajadores fijos la decisión era de ésta última. En esa línea de sustituir la readmisión por una indemnización se siguió trabajando en las sucesivas reformas laborales si bien encontramos algunos cambios de rumbo cuando no concurría justa causa condenando al empresario a readmitir al trabajador, esto último se hizo con la Ley de Relaciones Laborales de 1976, en correspondencia también con la regulación legal que existía con los países de nuestro entorno más cercano”. GARRIDO PALACIOS M. A. “La indemnización adicional por despido improcedente en España: un análisis del control de convencionalidad”. *Revista Iustlabor* 1/2024. Pág. 46-48

¹¹ Reforma laboral llevada a cabo por la Ley 11/994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, BOE n° 122, 23 de mayo de 1994.

¹² Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, BOE n° 312, de 30 de diciembre de 1997.

¹³ Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, BOE n° 298, de 13 de diciembre de 2002.

¹⁴ Como ha puesto de manifiesto algún autor “el nuevo texto pretende clarificar la noción de causas económicas para justificar un despido con la intención de ampliar el número de casos en los que la empresa puede alegar esta medida y que se considere justificada”. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. “Análisis de la evolución de la causa económica para despedir y valoración desde la economía del bien común” en Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020. Págs. 1.136.

¹⁵ Reforma laboral llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, es un texto que modifica la anterior reforma laboral aprobada en septiembre de 2010. “La Exposición de Motivos de esta reforma tiene un parecido patente a la de 2010. A pesar de la ampliación y flexibilización de la causa económica para despedir llevada a cabo un par de años antes, sigue siendo menos utilizada que otro tipo de despidos. Y ello tanto por la lentitud del expediente administrativo –que en esta reforma de 2012 es suprimido–, como por las dificultades en la prueba de la acreditación que los despidos van a preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado, “proyecciones de futuro, de imposible prueba” (apartado V de la Exposición de Motivos), de ahí la nueva reforma del tenor literal de este precepto con la intención del legislador de eliminar incer-

aspectos, destacan la flexibilidad y amplitud con que se definieron las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y la fijación de un doble tramo de cálculo de las indemnizaciones, 33 días para los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor de la presente reforma laboral y para aquellos contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral, será de aplicación una indemnización calculada “a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior”¹⁶. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser, en ningún caso, superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior a la entrada en vigor de la reforma resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser, en ningún caso, superior a 42 mensualidades¹⁷.

En todo este peregrinar hemos pasado por gobiernos de diferente color político, y desde una regulación legal que consideraba que si no había justa causa la sanción debía ser la readmisión del trabajador, o por la posibilidad de que ésta se sustituyera por una indemnización que fijaba el juez con unos topes legales pero que eran más generosos que los actuales, a una situación en la que decide la empresa y con un importe tasado legalmente que además se ha ido reduciendo, bien por el número de días que se indemnizan, bien por el tope mensual, bien por la eliminación de los salarios de tramitación si se opta por la indemnización y no por la readmisión. Además, este peregrinar ha supuesto, por una parte, una mayor judicialización del control de esta institución¹⁸ y, por otra, que ese *quantum* legal sea el que hoy día constituye el objeto central del debate¹⁹.

El debate sobre la suficiencia de la indemnización desde el punto de vista del trabajador se ha reavivado desde la ratificación en el año 2021 por parte de España de la Carta Social Europea revisada (CSEr). No es que este debate no existiera con anterioridad, es que ahora se ha visto una puerta de entrada para una posible modificación de la legislación nacional en este sentido, concretamente, del artículo 56 ET²⁰, mucho más si tenemos en cuenta dos aspectos, algunas resoluciones judiciales de nuestros tribunales y la reclamación colectiva presentada por UGT y CC.OO al Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la que se ha puesto un gran optimismo, ya que este comité se ha pronunciado en sentido similar respecto de los países de Finlandia, Francia e Italia a los que ha exhortado en el sentido de que una indemnización tasada y la falta de proporcionalidad en la reparación al trabajador son contrarias al artículo 24 CSEr. Algo similar ha ocurrido con España como veremos posteriormente.

tidumbre y reducir el protagonismo de la interpretación judicial. Queda claro, además, que la intención del legislador es que las extinciones por causas económicas no sean sólo para hacer frente a una crisis de empresa, sino que sirvan de manera preventiva para ajustar la organización a situaciones cambiantes”. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. op. cit. Págs.1.137. Con esto lo que queremos poner de manifiesto es que el mecanismo de rebaja de los costes de despidos ha sido utilizado por el Gobierno que en cada momento ha considerado conveniente utilizar este mecanismo como medida de hacer frente a la escasez de contratación en el mercado de trabajo español.

¹⁶ Esta era una reparación aceptable según algunos autores. GARRIDO PALACIOS M. A. op. cit. Pág. 44.

¹⁷ En esta reforma de 2012, y según se señala en su exposición de motivos se pretendía acercar los costes de extinción de la contratación temporal que se aumentan progresivamente y los costes de extinción de un contrato indefinido, de manera que a la hora de contratar para la empresa no fuera un elemento determinante el coste del despido.

¹⁸ Esta última reforma laboral de 2012 fue objeto de revisión por el Tribunal Constitucional a través de las sentencias 119/2014 y 8/2015 que convino en su constitucionalidad. GARRIDO PALACIOS M. A. op. Cit. Pág. 50. Y Cinco Días, “La litigiosidad laboral se dispara en contra de lo previsto por la reforma”, *El País*, Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2012/08/21/economia/1345528580_850215.html consultado el 24.5.2024.

¹⁹ Puede consultarse LUJÁN DE FRÍAS, F. “La regulación del despido en España y la Reclamación colectiva de UGT ante el CEDS”. *Revista de Estudios Latinoamericanos* n° 15, volumen I 2023. Págs. 31 a 41.

²⁰ GARRIDO PALACIOS M. A. op. cit. Pág. 45.

Por último señalar, que la doctrina académica se encuentra dividida en esta materia, por una parte, están los que amparándose en el dictamen del CEDS esperan una reforma legal inminente y apoyan la necesidad de una indemnización adicional a la legalmente prevista por considerar que se está vulnerando el derecho supranacional y estamos obligados a llevar a cabo por ello esta reforma, y, por otra parte, se encuentran aquellos que aplicando el control de convencionalidad no consideran hasta el momento que exista confrontación entre el ordenamiento interno e internacional. Por su parte nuestros tribunales de justicia también muestran esta dicotomía y algunos consideran la necesidad de otorgar una indemnización por despido adicional como tendremos oportunidad de comprobar.

5. ¿QUÉ SE ESPERA DE LA ESFERA EUROPEA?

En todo este planteamiento el debate se ha centrado en el despido sin causa o sin causa de las previstas legalmente, lo que no significa que no puedan existir otras causas. Por lo que en este momento estamos debatiendo, primero, sobre qué hacer cuando la empresa despide sin una causa legalmente prevista, en el sentido de buscar un sistema sancionador adecuado que le disuada de este comportamiento; y segundo, sobre la cuantía y los conceptos de la actual indemnización de 33 días minorada por la reforma laboral llevada a cabo en el año 2012, pero que a fecha de hoy no se ha modificado, pudiendo haberlo hecho si tenemos en cuenta que hemos tenido una reforma de importante calado en el año 2021. El caso es que no se ha hecho, las razones de ello las conocemos todos, la de 2021 fue una reforma aprobada en el último momento en el marco de diálogo social con condiciones de cada una de las partes y del propio Ministerio de Trabajo, el cual actuaba presionado por Europa que marcaba esta reforma como condición *sine qua non* para recibir la inyección de dinero de los fondos de europeos de rescate.

A partir de aquí enlazamos ambos elementos del debate porque por otra parte no pueden dejar de ir de la mano, un sistema disuasorio del despido sólo se puede traducir en que al empresario le cueste más dinero despedir, se le castigue cuando lo hace sin concurrir algunas de las causas previstas legalmente, aunque lógicamente no se le puede impedir que lo haga, lo ha hecho, lo hace y lo seguirá haciendo, sólo que con un mayor coste económico salvo que volvamos a la figura de la readmisión obligatoria. Ahora lo que se pretende es que cuando el despido sea improcedente, porque no concorra causa, se añada a la indemnización de los 33 días una indemnización adicional por el daño generado a la persona trabajadora, alegándose para ello razones relacionadas con el daño moral que la pérdida de empleo le causa a la persona trabajadora, que la posible causa no es real, seria o justa, adecuándolo así al nivel de riesgo de cada persona trabajadora, a sus concretas circunstancias personales y sociales, etc.

Y esta pretensión, al margen de que siempre ha sido una materia discutida en la negociación colectiva y en muchas de las reformas laborales de las últimas décadas, ha cobrado actualidad a partir de la presentación por parte del sindicato mayoritario UGT de la reclamación colectiva ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)²¹, reclamación contra España por violación del artículo 24 de la CCSEr a la que posteriormente se ha sumado otra del sindicato mayoritario CC.OO²², ambas presentadas en el año 2022, y resueltas por dicho comité el 29 de julio de 2024.

²¹ Reclamación colectiva de UGT (España) por violación, por parte del Estado español del artículo 24 de la CSER (24 de marzo de 2022) nº 207/2022. https://www.ugt.es/sites/default/files/cc207casedoc1-es_1.pdf. 10 de junio de 2024.

²² Reclamación colectiva de CC.OO (España) por violación, por parte del Estado español del artículo 24 de la CSER (18 de noviembre de 2022) nº 218/2022. <https://www.ccoo.es/098bbcdc2d289f84e478b581a04e38e7000001.pdf>. 10 de junio de 2024.

En resumen, la reclamación de UGT²³ se basa en la consideración de que el sistema de indemnización previsto en el artículo 56 TRET, basado en un cálculo tasado según la antigüedad²⁴ y salario de los trabajadores, no indemniza por el daño realmente sufrido por estas personas y además no es disuasorio para que el empresario lleve a cabo despidos improcedentes y ello es contrario al art. 24 de la CSEr.

Por su parte CC.OO además de las cuestiones alegadas por el sindicato UGT añade algunas más de relevancia. En primer lugar, propone que el órgano judicial pueda valorar en los casos de despidos injustos la posibilidad de declarar su nulidad y no su improcedencia para que la readmisión del trabajador sea la solución aportada en vía judicial²⁵, considera que ello es compatible con el art. 24 CSEr. Y, en segundo lugar, considera que se deberían de reponer los salarios de tramitación suprimidos en el año 2012 en los casos de despidos improcedentes y que esto debería extenderse igualmente a los casos de extinción de relación laboral tomando como base el art. 50 TRET por considerar que se trata de resoluciones, en última instancia, motivadas por comportamientos de la empresa²⁶.

²³ A pesar de que la UGT ha sido pionera, en España, en utilizar el Protocolo de Reclamación de la Carta Social Europea Revisada, el Comité Europeo de Derechos Sociales ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia de indemnizaciones por despido en casos similares como son el de Italia o Francia. La Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2019, reclamación 158/2017 (Confederaciones Generale Italiana del Lavoro –CGIL– c. Italia) fue una de las primeras decisiones del CEDS sobre la materia. El sindicato demandante, alegó que la normativa laboral italiana (muy similar a la Española) incumplía manifiestamente la CSEr. En esta ocasión, la decisión de fondo dio la razón al sindicato por entender que los sistemas de establecimiento predeterminado y automático de las cuantías indemnizatorias por despidos arbitrarios o sin causa justificada es contrario al sistema de la CSEr. El CEDS ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre esta cuestión en la Decisión de Fondo de 26 de septiembre de 2022, con respecto a una demanda interpuesta por la Confederación General del Trabajo francesa y la Confederación General de la Fuerza Laboral Obrera francesa contra el Estado francés (Denuncia N.º 160/2018 y 171/2018). De nuevo, el CEDS da la razón a las organizaciones sindicales y considera que la normativa francesa incumple el artículo 24 de la CSEr. Concretamente, establece que *“los límites máximos previstos en el artículo L.1235-3 del Código del Trabajo no son suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima ni disuadir al empleador. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados”*. Tanto en el caso italiano como en el caso francés, el Comité Europeo de Derechos Sociales consideró que se incumplía la CSEr debido a que los sistemas indemnizatorios no eran suficientes para resarcir a las personas trabajadoras ni para disuadir del despido a los empresarios.

²⁴ También puede consultarse GORELLI HERNÁNDEZ J. op. cit.

²⁵ *“En cuanto al segundo alegato, a saber, que los jueces no tienen la posibilidad de ordenar el reintegro, si bien el artículo 24 de la Carta no se refiere expresamente al reintegro, sí se refiere a una indemnización u otro remedio adecuado. El Comité considera que otra reparación adecuada debería incluir la restitución como uno de los recursos disponibles para los tribunales nacionales (véanse las Conclusiones de 2003, Bulgaria). La posibilidad de otorgar este medio de compensación reconoce la importancia de colocar al trabajador en una situación laboral no menos favorable que la que disfrutaba anteriormente. Corresponde a los tribunales nacionales decidir si la reinstalación es apropiada en el caso particular. El Comité recuerda que siempre ha considerado que el reintegro debe proporcionarse como medio de reparación en virtud de muchas otras disposiciones de la Carta según la interpretación del Comité, por ejemplo, en virtud del Artículo 8§2 o el artículo 27§3”*. Reclamación colectiva de CC.OO. op. cit. Pág. 15

²⁶ Como cuestión añadida importante, declara CC.OO que en los casos en los cuales el juez declara la improcedencia del despido y la empresa opta por la indemnización, en ese preciso momento se produce la extinción de la relación laboral y la obligación de pago de la indemnización es una mera deuda financiera que la persona trabajadora tiene frente a la empresa y que en caso de que ésta no la abone voluntariamente deberá acudir al proceso de ejecución de sentencia, lo que genera un retraso el cobro de la indemnización. Por último, CC.OO pone de manifiesto la situación de las personas contratadas en fraude de ley por las Administraciones públicas, a los que se les aplica un régimen especial porque no se consideran personal fijo sino “indefinidos no fijos” lo que supone que podrán dejar ser empleados si se produce la cobertura de la plaza por un procedimiento selectivo y en todo caso, a estos supuestos no se les aplica la indemnización por despido improcedente sino la cantidad de veinte día por año de servicio con el máximo de una anualidad. Reclamación colectiva de CC.OO. Pág. 41

A estas reclamaciones han respondido, en el proceso de audiencia del CEDS, la Organización Internacional de Empleadores (OIE)²⁷ y el propio Gobierno de España²⁸.

El Gobierno de España por su parte ha alegado que, si bien en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de cálculo automático de la indemnización por despido improcedente, esto no significa que no sea “adecuado” en el sentido del artículo 24 de la CSER²⁹ y ello por dos razones. La primera que, si bien inicialmente el “*derecho legislado español no cumpliría con los requerimientos de la CSER; si lo haría de forma sobrevenida, mediante la interpretación judicial a través del “juicio de convencionalidad” del artículo 96 CE*”, de manera que este sistema habilita a los jueces y tribunales a aplicar directamente el artículo 24 de la CSER al enjuiciar un asunto, desplazando “si es necesario” la legislación nacional. La segunda razón que esgrime el Gobierno es que al “*Estado español le corresponde tener el “suficiente margen de apreciación” para decidir si la apertura a una indemnización complementaria con efectos de reparación íntegra y disuasoria se incluye en la misma ley o se deja “al prudente arbitrio o criterio de la jurisdicción”*”³⁰.

Respecto de la OIE, esta organización plantea cuestiones muy similares a las planteadas por el Gobierno de España, pero además añade que llegado el caso una mejora de la indemnización legal por parte de la autonomía colectiva se haría sin que se tuvieran en cuenta circunstancias personales de cada trabajador aunque se llegara a aumentar el importe de la indemnización, en algunos casos se han tenido en cuenta aspectos de un grupo de trabajadores como pueden ser los trabajadores de más edad, con mayores dificultades de acceder al empleo, pero no caso por caso³¹. También argumenta esta organización que podría hablarse en España de una vis expansiva del despido nulo por la doctrina jurisprudencial lo que es rebatido por UGT por los datos publicados por el “*Ministerio de Trabajo y Economía Social, de 1306 sentencias emitidas por los juzgados de lo social en materia de despido, solo 26 declararon la extinción como nula, 361 lo hicieron como procedentes y 606 como improcedentes*”³². Además, la OIE reprocha a UGT que esta petición no la planteara en el seno del dialogo social con ocasión de la reforma laboral de 2021, a lo que añade UGT que alcanzar acuerdos para modificar parcialmente la legislación laboral no supone estar de acuerdo con lo que no se ha modificado. Parece pues que el debate está servido y el “primer plato” será la resolución del CEDS.

6. POSIBLES SOLUCIONES Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA LA APLICACIÓN DIRECTA DE NORMAS SUPRANACIONALES

Pues así las cosas deberíamos detenernos antes de analizar la resolución final dictada por el CEDS en julio del presente año, en las instituciones que conforman el paraguas de soluciones que se pueden aplicar a estas cuestiones que están siendo debatidas.

²⁷ Su respuesta se registró el 15 de diciembre de 2022.

²⁸ Su respuesta se registró el 31 de enero de 2023.

²⁹ Pág. 6 del documento de Réplica de la UGT a las observaciones sobre el fondo del Gobierno Español y a las observaciones realizadas por la Organización Internacional de Empleadores (OIE) el 14 de abril de 2023. Puede consultarse en <https://rm.coe.int/cc207casedoc4-es/1680ab09db> 10 junio de 2024.

³⁰ A esta primera razón responde UGT que está lejos de la realidad poder afirmar que nuestros tribunales de justicia están consolidando una doctrina a favor de la aplicación prioritaria del artículo 24 de la CSER. Expresamente señala en su escrito de réplica que “*en modo alguno se está consolidando por parte de los Tribunales Superiores de Justicia y que si no ha tenido acceso a casación hasta el momento es porque no se ha detectado por el Tribunal Supremo un supuesto de contradicción de sentencias con la identidad requerida*”. Documento de Réplica de la UGT pág. 7.

³¹ Documento de Réplica de la UGT pág. 16.

³² Documento de Réplica de la UGT pág. 17.

El convenio 158 de la OIT sobre terminación de la relación laboral aprobado en el año 1982, establece en su artículo 4 que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Y esta justificación será supervisada por los tribunales, una junta de arbitraje o un árbitro (artículo 9.1 del convenio 158) que supervisarán las razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, que pudiera alegar la empresa (artículo 9.3).

A lo anterior añade el artículo 10 de esta norma que “si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio (organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro) llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”³³.

El artículo 12 de esta norma internacional señala que para la fijación de la indemnización mencionada anteriormente se tendrá en cuenta “el tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores”³⁴.

Desde el punto de vista del Derecho Derivado de la UE, la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos³⁵ no señala nada sobre indemnizaciones. La más reciente Directiva 2019/1152/UE, de 20 de junio de Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea³⁶, en su considerando tercero prevé que los trabajadores sean informados de las causas del despido que vayan a sufrir y que se les conceda un plazo razonable de preaviso y añade que “Cuando los trabajadores consideren que han sido despedidos o han sufrido un perjuicio equivalente por estos motivos, los trabajadores y las autoridades u organismos competentes deben poder exigir al empleador que proporcione, debidamente fundamentados, los motivos del despido o de otra medida equivalente”. Pero no dice que sólo pueda ser posible por las causas tasadas legalmente, aunque sí reconoce que los Estados miembros deben establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva. Las sanciones pueden incluir sanciones administrativas y financieras, como multas o el pago de indemnizaciones, así como otros tipos de sanciones³⁷.

Al margen de este derecho derivado, debemos destacar dos documentos europeos de gran importancia en la materia que analizamos, la Carta de los Derechos Fundamentales

³³ Sobre este punto puede consultarse AGUSTÍ MARAGALL, J. “La indemnización adecuada como reparación subsidiaria al despido injusto en el art. 10 del Convenio 158 de la OIT”, *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, nº de diciembre de 2021. Pág. 6-30. Un amplio estudio del Convenio 158 OIT se realiza en la obra de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.G Y MERCADER UGUINA, J. “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 147 de 2020. Pág. 325-351.

³⁴ Puede consultarse PALOMEQUE LÓPEZ M.C. “La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 147 de 2020. Pág. 27 y ss.

³⁵ DOCE 12 agosto 1998, núm. 225.

³⁶ DOCE 11 julio 2019, núm. 186.

³⁷ Pág. 111 del DOCE nº 186-. Además, el artículo 18 de esta norma señala: Protección contra el despido y carga de la prueba 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido o su equivalente, así como cualquier acto preparatorio para el despido de trabajadores, por haber ejercido los derechos establecidos en

de la Unión Europea aprobada en el año 2010³⁸ y la Carta Social Europea aprobada el 3 de mayo de 1996 y ratificada por España en el año 2021³⁹, ambos documentos insisten en la protección del trabajador cuando el despido es injustificado. En concreto, la primera en su artículo 16 reconoce la libertad de empresa de “*conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*”. Y el artículo 30 se refiere a la protección de todo trabajador en caso de despido injustificado, también de “*conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*”.

La segunda Carta, en su artículo 24 se refiere a la “protección en caso de despido” y reconoce “*a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; y b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales*”⁴⁰.

Este artículo, por una parte, se refiere a las causas propias del despido disciplinario, del despido objetivo y del despido colectivo, según la redacción legal española, y también se refiere a los despidos “sin razón válida”, es decir, se refiere a la validez de la causa no a la previsión legal de la misma, o dicho de otra forma ¿sólo son válidas las razones previstas legalmente? Esto no es lo que dice la Carta, refiere la validez a aspectos relacionados con las aptitudes y conductas de los trabajadores y con las necesidades de funcionamiento de la empresa. Además, reclama que cuando la razón alegada por la empresa no se considere válida se debe abonar a la persona trabajadora una reparación apropiada según las leyes, reglamentos nacionales, convenios colectivos o cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales.

Por tanto, son dos niveles de análisis distintos, es decir, que la causa esté prevista legalmente y que la causa sea válida. La tendencia es considerar que sólo son válidas las previstas legalmente porque lo contrario generaría mucha incertidumbre a la clase trabajadora, si bien esto lo podemos aceptar, lo que también debemos aceptar es que según el artículo 24 de la Carta serán las instancias nacionales, con los mecanismos nacionales (leyes, reglamentos, convenios colectivos, etc) los que deban fijar esa indemnización adecuada. Este planteamiento simplista que acabamos de exponer no es el que actualmente ocupa a la doctrina académica y judicial de nuestro país, o al menos no a toda esta doctrina y ello por las razones que vamos a exponer a continuación.

la presente Directiva. 2. Los trabajadores que consideren que han sido despedidos, o que han sido objeto de medidas con un efecto equivalente, por haber ejercido los derechos contemplados en la presente Directiva, podrán pedir al empleador que proporcione, las causas debidamente fundamentadas del despido o de las medidas equivalentes. El empleador proporcionará dichos motivos por escrito. 3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando los trabajadores a los que se hace referencia en el apartado 2 prueben ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente unos hechos que permitan presuponer que ha tenido lugar ese despido o esas medidas equivalentes, corresponda al empleador demostrar que el despido se ha basado en causas distintas de las previstas en el apartado 1. 4. El apartado 3 se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a los trabajadores. 5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el apartado 3 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad u organismo competente. 6. Salvo disposición en contrario de los Estados miembros, el apartado 3 no se aplicará a los procesos penales. Véanse también las Directivas 2001/23/CE sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas y 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia, modificada por la Directiva 2002/74/CE.

³⁸ DOCE 30 marzo 2010, núm. 83.

³⁹ BOE de 11 de junio de 2021.

⁴⁰ MOLINA NAVARRETE. C. “La lucha por el derecho a una indemnización adecuada de despido y la Constitución Social Europea: “Alea jacta est”. *CEF Laboral Social*, abril de 2024.

Esta Carta Social Europea se aprobó con un Protocolo Adicional en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, que entró en vigor para España el 1 de diciembre de 2022, su aplicación era provisional para España desde el 1 de julio de 2021 que se ratificó la carta⁴¹. Este protocolo reconoce⁴² el derecho de presentar reclamaciones colectivas para denunciar la aplicación insatisfactoria de la Carta a las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores; a otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental; y a las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación (artículo 1). Estas reclamaciones se depositarán ante el Secretario General del Consejo de Europa, quien remitirá copias de las mismas a las Partes Contratantes y se encargará de su publicación (artículo 2), siendo el Comité de Expertos Independientes quien elabore el informe en el que expondrá las medidas adoptadas para examinar la reclamación y presentará sus conclusiones sobre si la Parte Contratante afectada ha garantizado o no la aplicación satisfactoria de la disposición de la Carta a que se refiere la reclamación (artículo 8). Si el Comité de Expertos Independientes concluye que la Carta no se ha aplicado de forma satisfactoria, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptará, por mayoría de dos tercios de los votantes, una recomendación dirigida a la Parte Contratante afectada. En ambos casos, el derecho de voto se limitará a las Partes Contratantes en la Carta (artículo 9). Y finalmente la Parte Contratante afectada informará sobre las medidas que haya adoptado para poner en práctica la recomendación del Comité de Ministros en el siguiente informe que presente al Secretario General de conformidad con el artículo 21 de la Carta (artículo 10).

Como puede comprobarse, se trata de un procedimiento extenso en el tiempo, que puede concluir en todo caso con una “recomendación al Estado en cuestión” por el Comité de Ministros sobre la incongruencia que se haya podido detectar, debiendo el Estado en cuestión informar sobre las medidas adoptadas en su caso en el siguiente informe que presente. Reproducimos todo este periplo de la reclamación colectiva para poner de manifiesto, como ocurre casi siempre con reclamaciones internacionales, que el sentido favorable a la modificación o adaptación del ordenamiento jurídico interno que pueden llegar a poner de manifiesto el Comité de Expertos Independientes y el Comité de Ministros se va a traducir, en su caso, en una “recomendación al Estado español” y será éste el que decida en qué forma cumple esa recomendación.

Por tanto, esperar grandes cambios del resultado de la reclamación colectiva que han presentado UGT y CC.OO, por entender que el artículo 56 ET no se corresponde con el artículo 24 de la CSEr, quizás es pedir demasiado a un órgano que actúa sometido a muchas limitaciones, por las razones propias del juego de las reglas del derecho internacional. Tampoco podemos olvidar que lo que realmente menciona el artículo 24 es que la indemnización debe ser “adecuada” y que esta adecuación se puede fijar por leyes, reglamentos nacionales, por convenios colectivos o cualquier otro procedimiento que sea adecuado como pudiera ser a través de los tribunales de justicia y el control de convencionalidad, el cual pasamos a analizar.

⁴¹ Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995. BOE 2 de noviembre de 2022.

⁴² PRECIADO DOMÉNECH, C. H “El Protocolo de reclamaciones colectivas de la Carta Social Europea”, Jurisdicción social, en <https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2022/06/Revista-Social-Mayo-2022.pdf>/ 9 de julio de 2024. También puede consultarse SANZ DE GALDEANO, B. “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”. *Revista Labos* vol. 2 n°3 de 2021. Pág. 60-76.

El art. 96. 1 de la CE señala que los tratados válidamente celebrados, ratificados y publicados, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso de la CSEr. Para comprender esto debemos tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales⁴³, que señala, por una parte, en su artículo 19 lo que se conoce como el control previo de constitucionalidad, de manera, que ese control de constitucionalidad se llevará a cabo según el artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado. Este artículo 78 referido señala que el Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado, por tanto, es un control previo y habitual cuando España quiere ratificar alguna norma del derecho internacional.

Por otra parte, esta norma de 2014 contiene otros tres artículos que nos interesan. El primero, el artículo 30 que prevé que los tratados internacionales sean de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes. Por tanto, aplicación directa salvo que sea necesario aprobar normas en el derecho interno para poder poner en práctica su contenido, en este caso tendríamos una eficacia diferida o prorrogada hasta que se produzca el desarrollo por las partes mediante la legislación interna o los convenios colectivos. El segundo artículo que nos interesa es el artículo 31 que declara la prevalencia de los tratados al considerar que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional. Y finalmente el artículo 35 que da amparo al control de convencionalidad al entender que la interpretación de los tratados se realizará conforme a las normas emitidas por las organizaciones internacionales, lo que puede suponer dar valor a las resoluciones que emitan los órganos de control de la OIT y el CEDS en cuanto a la CSEr⁴⁴.

Estos preceptos regulan el cómo proceder en caso de conflicto entre normas internas e internacionales, pero en relación con ello debemos plantearnos primero la naturaleza jurídica del artículo 24 de la CESr, en el sentido de si es de naturaleza *self executing* o no, porque si su contenido es *self executing* y, por tanto, claro y directamente aplicable, no se plantearían dudas sobre cómo actuar y los jueces podrían llevar a cabo su interpretación y el control de convencionalidad sería claro⁴⁵. Sobre el control de constitucionalidad y de convencionalidad no podemos dejar de analizar la doctrina dictada por nuestro Tribunal Constitucional, y en particular la sentencia 49/1988 de 22 de marzo (FJ14)⁴⁶ y la sentencia 140/2018 de 20 de diciembre⁴⁷ que resuelve un recurso de inconstitucionalidad, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Uno de los motivos alegados en el recurso es que la Ley Orgánica 1/2014 vulneraba el

⁴³ BOE 28 de noviembre de 2014.

⁴⁴ PRECIADO DOMÈNECH, C. H. *Interpretación de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, p. 154

⁴⁵ FERNÁNDEZ PONS, X “El régimen jurídico internacional de trabajo y el ordenamiento jurídico español”, en la obra de BONET PÉREZ J. et al. *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Barcelona, Huygens. 2010 pág. 112 y ss.

⁴⁶ https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_049_1988.pdf. 5 de julio de 2024.

⁴⁷ Puede consultarse en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25823> 5 de julio de 2024.

artículo 96 CE, porque alteraba “*las obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales ratificados por España que se ven materialmente modificados por la misma, sin proceder a su modificación, derogación o suspensión en la forma prevista en los propios tratados, o las normas generales del Derecho internacional, y sin utilizar los procedimientos internos necesarios para llevar a cabo su denuncia*”⁴⁸.

En esta sentencia del TC se indica el origen del llamado control de convencionalidad que surge en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Sentencia de 26 de septiembre de 2006, asunto Almonacid Arellano y otros c. Chile*)⁴⁹ y que supone que cuando se detecte un desajuste entre una norma nacional y una norma internacional, la solución que demos no supone cuestionar la validez de la norma nacional sino la oportunidad o no de su aplicación al caso concreto, ésta es la labor que debe llevar a cabo el juez ordinario⁵⁰. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, “*cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto*”⁵¹.

Por tanto, será el juez ordinario el que deba seleccionar la norma aplicable⁵². Y en esa selección debe tener en cuenta, según una parte de la doctrina académica, lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley 25/2014 que señala, recordemos, que “*En la interpretación de los tratados internacionales constitutivos de Organizaciones internacionales y de*

⁴⁸ Así se indica expresamente en los antecedentes 2.g) de la sentencia indicada.

⁴⁹ En el Fundamento jurídico sexto de la última sentencia del TC se indica que “*la noción de control de convencionalidad surge formalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto Almonacid Arellano y otros c. Chile), pronunciamiento en el que se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones “no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos*” Por tanto, y según esta sentencia del TC “*el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria*” (Fundamento jurídico sexto).

⁵⁰ En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este Tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales “no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal” (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, y 12/2008, de 29 de enero, FJ 2).

⁵¹ Fundamento jurídico sexto de la sentencia comentada. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). Incluso, en un *obiter dictum* contenido en el FJ 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio, se dijo expresamente que “es a los órganos judiciales ordinarios a quienes corresponde el control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una norma foral fiscal y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España (SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5, y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5), como de la adecuación de las normas forales fiscales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea [SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4, y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b)]”. Fundamento jurídico 6º de la STC 140/2018.

⁵² En resumen, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá en todo caso pronunciarse por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional. Otras sentencias del Tribunal Constitucional que pueden consultarse en esta misma dirección son STC 268/2022 de 28 de marzo, STC 118/2019 de 16 de octubre, STC 87/2019 de 20 de junio, STC 80/2019 de 17 de junio, STC 23/2019 de 25 de febrero, STC 10/2019 de 28 de enero.

tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización". Es decir, para el caso que analizamos se debe tener en cuenta, como ya hemos indicado, las resoluciones de los órganos de control de las normas internacionales, en particular del CEDS⁵³. Otra parte de la doctrina pone de manifiesto que lo que hace este comité es valorar la norma en cuestión aportando opiniones que se separan de la literalidad de la norma, no dejan de ser juicios de valor y, por tanto, no serían aplicables al amparo del artículo 35.2 antes mencionado⁵⁴.

De forma particular y en relación con el art. 56 TRET el TC en los autos 43/2014 y 34/2015 considera que su contenido elimina dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, permite unificar doctrina a los tribunales de justicia, para los cuales también simplifica el cálculo y, por tanto, aporta certeza, seguridad jurídica, fiabilidad⁵⁵.

Y ante todo esto que ha hecho nuestro Tribunal Supremo, dictar sentencias como las resoluciones 268/2022 de 28 de marzo⁵⁶, 270/2022 de 29 de marzo⁵⁷ y 169/2023 de 2 de marzo⁵⁸. En la primera de estas sentencias el alto tribunal declara que *"Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias (fundamento de derecho 9)"*. Y en particular en este caso concluye que se concede a la parte interesada la indemnización de 15 días equivalentes al preaviso por extinción de un contrato de apoyo a los emprendedores amparándose en el artículo 4.4 de la CSEr que establece el derecho de las personas trabajadoras a un plazo razonable para la extinción de su contrato de trabajo, y para ello lo que hace es aplicar el plazo general previsto en el artículo 53.1 c) ET porque existe concordancia con el plazo de preaviso razonable al que se refiere la mencionada Carta⁵⁹. Es decir, se ha aplicado a un caso concreto por el juez ordinario el contenido de la CSEr⁶⁰.

En la segunda de las sentencias el resumen oficial es el siguiente: *"Despido objetivo por absentismo. Control de convencionalidad. El derogado art. 52.2 del ET no era contrario a los tratados internacionales. Esta sala debe reiterar los argumentos de la citada sentencia del TC nº 118/2019 y del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. El despido por absentismo que estaba regulado en el art. 52.d) del ET que no era contradictorio con el art. 6 del Convenio 158 de la OIT. Ese precepto permite que el legislador nacional, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, pueda establecer limitaciones a la regla general que excluye que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión constituya una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. El*

⁵³ MARTINEZ MORENO, C. op. Cit. pág. 111 y ss.

⁵⁴ VIVERO SERRANO, J. B. "Anatomía de una valoración crítica. La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido injustificado". Brief de la AEDTSS n°48 de 2023.

⁵⁵ Puede consultarse MONREAL E. "Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)". *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*. Volumen 2 nº 2 de 2023. Pág. 50 a 52.

⁵⁶ Puede consultarse en <https://vlex.es/vid/900949855> 5 de julio de 2024.

⁵⁷ Puede consultarse en <https://vlex.es/vid/900271364> de 5 de julio de 2024.

⁵⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-8707

⁵⁹ En el mismo sentido se pronuncia GARRIDO PALACIOS M. A op. cit. Pág 57.

⁶⁰ Pero no podemos perder de vista que lo que también hace esta sentencia es que declara que esta doctrina no afecta al desistimiento durante el periodo de prueba ordinario, por lo tanto, sin derecho al preaviso de 15 días en los casos del artículo 14 ET lo que estamos haciendo es negar la aplicación directa del artículo 4.4 CSEr con carácter general y fuera de la excepcionalidad de los contratos indefinidos de apoyo a los emprendedores.

*apartado 2 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT limita sustancialmente el alcance de esta norma y de las garantías derivadas de ella, lo que permitía la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento del art. 52.d) ET*⁶¹.

Y en la tercera sentencia el TS también rechaza la aplicación del ordenamiento internacional por considerar que no existe contradicción entre nuestra normativa de seguridad social y la convención de naciones unidas sobre los derechos del niño de 1989. El TS señala desde el punto de vista que nos ocupa que *“No existe ninguna norma europea o internacional que obligue a establecer un concreto o específico nivel de protección social de las familias monoparentales o a interpretar una regulación estatal homologada con las previsiones de ciertas Directivas y normas internacionales*⁶²”.

Nos encontramos ante diferentes casos, en el primero aplicando el control de convencionalidad⁶³ se opta por el derecho internacional y en los otros dos se ha considerado prioritaria la aplicación de derecho nacional por no ser contrario al mismo la norma nacional vigente en ese momento⁶⁴.

Esta división que observamos en la jurisprudencia se puede encontrar igualmente en la doctrina académica que está dividida entre aquellos⁶⁵ que consideran que hay sentencias favorables a reconocer una indemnización adicional amparándose en la CSEr, lo que serviría para disuadir conductas futuras del empresariado, y aquellos que consideran que hay resoluciones que entienden que la indemnización del art. 56 ET incluye y repara de forma integral el daño cesante y el lucro emergente⁶⁶. En el primer grupo encontramos argumentos como que las indemnizaciones tasadas según un baremo no son disuasorias⁶⁷; que no se compensan todos los daños reales que un despido provoca en la persona trabajadora; que estamos fomentando la disolución de los contratos de trabajo a merced del empresario; que no se garantiza la estabilidad en el empleo; que se vacía de contenido el derecho del trabajo al permitir estas conductas empresariales; etc.

En el segundo grupo se señalan argumentos como que la fijación de una indemnización por despido en base al salario y el tiempo trabajado aporta certeza y seguridad a las relaciones laborales; que lo contrario supondría dejar en manos de cada juez la estimación de posibles daños; que la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales ya conlleva esa posibilidad de una indemnización adicional, etc⁶⁸. Además, se añade que la

⁶¹ <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/06/la-sala-social-del-ts-establece-limites.html> 6 de julio de 2024.

⁶² También se puede consultar BLASCO JOVER, C. “El Tribunal Supremo sentencia que 1+0 no es igual a 2: se zanja el debate en torno al reconocimiento doble de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales”. <https://www.aedtss.com/el-tribunal-supremo-sentencia-que-10-no-es-igual-a-2/> 3 de agosto de 2024

⁶³ Puede consultarse GOERLICH PESET, J.M. “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo, sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”. *El Foro de Labos*, 2022. En <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/> 8 de julio de 2024. Asimismo, puede consultarse sobre estas sentencias GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. Magistrado. https://www.linkedin.com/posts/activity-7224464968190947328-hboT/?utm_source=share&utm_medium=member_android 3 de agosto 2024.

⁶⁴ La cuestión es que parece que la doctrina del TS es que cuando el TC se ha pronunciado sobre la adecuación a la legalidad constitucional de una determinada regulación legal, y conforme a lo dispuesto en el art. 5 de LOPJ que vincula a todos los jueces y tribunales, prevalecen las normas nacionales sobre las internacionales porque es el TC quien ha controlado su constitucionalidad y eso es lo que se hizo en los autos 43/2014 y 34/2015 avalar el contenido del art. 56 TRET.

⁶⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Decisiones judiciales y ruido: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente” *Temas Laborales* nº 166 de 2023. Págs. 40 y ss.

⁶⁶ GARRIDO PALACIOS M. A op. cit. Pág.54.

⁶⁷ SALCEDO BELTRÁN, C- “Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea Revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque” <https://www.aedtss.com/indemnizacion-adeuada-reparacion-apropiada-y-funcion-disuasoria-del-despido-injustificado-segun-la-carta-social-europea-revisada-los-arboles-no-deben-impedir-ver-el-bosque/> 5 de julio de 2024

⁶⁸ PARRÉS MIRALLES, R. “Los años de servicio como criterio de cálculo de la indemnización por despido improcedente”. en Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de

amplia cobertura pública que tenemos en España a través de la prestación por desempleo y los diferentes subsidios ya compensan al trabajador que ha perdido un empleo. También la posibilidad de llegar a acuerdos entre las partes, ya sean colectivos o individuales, son un mecanismo para ampliar la indemnización en los casos de despidos. Lo que algunos llaman la “presencia expansiva de los supuestos legales de nulidad del despido”, lo que conlleva la readmisión del trabajador y el abono de los salarios de tramitación, esto superaría los estándares internacionales (arts. 113, 124 y 183LJRS).

Además de nuestros máximos tribunales de justicia y de la doctrina, también las instancias judiciales inferiores se han pronunciado sobre el control de convencionalidad. Estas resoluciones probablemente sean las que vayan a generar la unificación de doctrina por parte del TS. Nos referimos a las siguientes sentencias por ser las principales:

A favor de la indemnización adicional:

- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 28 de julio de 2020 (rec. 848/2020)⁶⁹;
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 31 julio de 2020 nº 170/2020 (rec. 384/2020)⁷⁰;
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 31 julio de 2020 nº 174 /2020 (rec. 390/2020)⁷¹;
- Sentencia del Juzgado de lo Social de Reus de 16 de julio de 2021 (rec. 650/2020)⁷²;

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020. Págs 1136 y ss.

⁶⁹ Esta sentencia no concede directamente una indemnización adicional, sino que reconoce que tal derecho existe en virtud del artículo 10 del Convenio 158 OIT y del artículo 24 CSER.

⁷⁰ Se señala expresamente que “*Por lo hasta ahora razonado fácil resulta llegar a la conclusión de que la aplicación estricta del art. 56 del TRET, con una indemnización muy reducida, de 4.219,22 euros en relación al salario del demandante 6.666,67 euros mensuales, es contraria al Convenio nº 158 de la OIT, por no tener un efecto. Finalmente se fija la indemnización adicional en 60.000 euros.*”

⁷¹ Se señala en esta sentencia que “*no menos cierto es, como defiende la empresa, que la calificación de un despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, incluso aplicable a los despidos no comunicados por escrito, verbales o incluso tácitos, es la improcedencia. Y no la nulidad, que queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección, para evitar, precisamente la vulneración de un derecho fundamental, el de no sufrir discriminación, previstos en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (TRET). La declaración de improcedencia no implica acoger como causa válida de extinción de la relación laboral el desistimiento empresarial. Todo lo contrario-[...] como ya se ha indicado, la indemnización que en el presente caso resultaría de la estricta aplicación del art. 56 del TRET ascendería a únicamente 1.958,77 euros. Cantidad que no ejerce efecto disuasorio alguno, no llegando a cubrir ni una mensualidad del salario del demandante. La aplicación estricta del art. 56 del TRET en el presente caso pudiera, por ello, ser contraria a los postulados del Convenio nº 158 de la OIT, de fecha 22 de junio de 1982, ratificado por España el 26 de abril de 1985, que recoge como principio esencial, asumido, por tanto, por nuestro Ordenamiento Jurídico, el de la causalidad del despido. También se vulneraría el art. 24 CSER.. El control de convencionalidad permite inaplicar en este caso el régimen ordinario del art. 56 del TRET, y fijar una indemnización que sea verdaderamente disuasoria para la empresa, y que compense suficientemente al trabajador por la pérdida de su ocupación. En atención a estas circunstancias, tanto relativas al proceder empresarial como al perjuicio sufrido por el trabajador; se estima oportuno conceder una indemnización, para el caso de opción empresarial por la extinción indemnizada, equivalente al salario de 9 meses, que en el caso de la demandante asciende a 48.745,53 euros*”

⁷² En la sentencia se señala que “*En atención a todo cuanto se ha expuesto, considerando este juzgador que la indemnización legal y tasada que resulta de la aplicación de las prescripciones contenidas en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores no resulta adecuada y suficiente para reparar las consecuencias de un despido que resulta de todo punto injustificado, por ausencia de la más mínima expresión de causa, y, por ende, fraudulento, ni disuasoria para la empresa de cualquier propósito de reiterar esta conducta, debe desplazarse dicha norma interna y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo y en el artículo 24.b) de la Carta Social Europea (revisada), accederse a la pretensión deducida por la trabajadora demandante en cuanto a la fijación de una mayor indemnización que tenga en cuenta, como parámetros objetivos, el nivel de ingresos que hubiese mantenido la actora de haber conservado su empleo y las prestaciones abonadas por el*

- STSJ Galicia 21 de octubre de 2022 (rec. 3571/2022)⁷³;
- STSJ Cataluña 30 de enero de 2023 (rec. 6219/2023)⁷⁴;
- STSJ País Vasco de 23 de abril de 2024 (rec. 502/2024)⁷⁵;

Sentencias que requieren la acreditación del daño y la no concesión de la indemnización adicional de forma automática son:

- STSJ Madrid 17 de marzo 2021 (rec. 85/2021)⁷⁶;
- STSJ País Vasco de 23 de marzo de 2021 (rec. 360/2021)⁷⁷;
- STSJ Cataluña de 23 de abril de 2021 (rec. 5233/2020)⁷⁸;
- STSJ Cataluña de 20 de mayo de 2021 (rec.5234/2020)⁷⁹;

*Servicio Público de Empleo estatal en concepto de subsidio por desempleo, de modo que el quantum indemnizatorio resulta determinado por la diferencia de ambos*⁷³.

⁷³ Esta sentencia se pronuncia a favor de la posibilidad de poder pedir una indemnización disuasoria, pero en supuestos muy concretos. Deja claro que habrá que analizar caso a caso y seguramente en muchos casos la indemnización calculada conforme al artículo 56.1 TRET, tanto la anterior como la actual, va a ser una indemnización adecuada en los términos del artículo 24 de la Carta Social Europea. De ahí la necesidad de individualizar aquellos casos en que la indemnización sea de una cuantía manifiestamente exigua en relación con los perjuicios causados al trabajador por el despido abusivo, o no resulte disuasoria atendiendo a las circunstancias, lo que se debe conectar, entre otras circunstancias, con la existencia de un ejercicio fraudulento o abusivo en la decisión empresarial de extinción del contrato, aparte de que todo ello debe ser alegado y probado.

⁷⁴ El Tribunal concedió una indemnización superior al trabajador despedido. Afirmó que la indemnización legal de 1.000 euros era manifiestamente insuficiente y no compensaba el perjuicio causado al trabajador despedido, ni tenía un efecto disuasorio para la empresa. Se concedió una indemnización adicional de 3.500 euros, teniendo en cuenta el lucro cesante.

⁷⁵ En la sentencia de instancia se declara *“Que estimando la demanda interpuesta por Luis Antonio frente a Ayuntamiento de Oñati, debo declarar y declaro improcedente el despido del trabajador de fecha 30/04/2023, condenando a la empresa demandada a que, en el plazo improrrogable de 5 días a partir de la notificación de la presente Resolución, opte bien por reincorporar al trabajador a su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que precedieron al despido, o bien le indemnice en la cantidad de 493,49 €, debiendo de abonar en el primero de los supuestos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente resolución a razón de 2.339,28€/mes, abonando en concepto de indemnización adicional la cantidad de 30.000€”*. El TSJ considera que *“la primera conclusión que alcanzamos es que la indemnización tasada no es adecuada al daño sufrido por el trabajador; que abandonando un trabajo indefinido, por la oferta por otro contrato, si bien, temporal, pero con una previsión de al menos un año, no resarce la pérdida de ese trabajo con la indemnización escueta de 493,49 €*. Por tanto, la cuestión a delimitar es cuál debe ser la indemnización que suponga esa reparación del daño sufrido. Ante las distintas opciones y no teniendo elementos más concretos en las circunstancias del trabajador despedido, se opta por el mecanismo de la indemnización adicional que son los salarios que hubiera percibido el trabajador en ese año, al menos de trabajo, pero, si bien, no podemos dejar de lado que dentro de la reparación se encuentra la protección por desempleo que se nutre de las cotizaciones del trabajador y el empresario y estas pudieran ser también valoradas a efectos de la reparación del daños y perjuicio del trabajador por la pérdida del salario.

⁷⁶ El Tribunal considera que dado que el contenido del artículo 10 del convenio 158 de la OIT no obliga a la readmisión del trabajador, resulta incorrecto haber dado prevalencia a esa supuesta obligación sobre la regulación legal contenida en los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 100 de la Ley de la Jurisdicción Social. El motivo de recurso debe ser estimado, de manera que la condena debe ajustarse a lo dispuesto para el despido improcedente. Dado que la empresa optó en el acto del juicio por la indemnización a ello debemos estar, conforme al artículo 110.1.a de la Ley de la Jurisdicción Social. Revocamos el fallo de primera instancia y, en su lugar, mantenemos la declaración de improcedencia del despido y condenamos a Contubernio S.L. a abonar a D. Oscar una indemnización en cuantía de 33.129,95 euros.

⁷⁷ El Tribunal denegó la concesión de una indemnización complementaria por no estar justificada su cuantía. En concreto, el trabajador despedido recibió 23.000 euros de indemnización de conformidad con la ley y reclamó 10.000 euros adicionales.

⁷⁸ El Tribunal no concede finalmente una indemnización complementaria al trabajador, sino que se refirió ampliamente al artículo 10 del Convenio núm. 158 de la OIT y al artículo 24 de la Carta. Señaló que era posible aplicar el control de convencionalidad y que, en ciertos casos excepcionales, la indemnización resultante de la legislación nacional podía no ser adecuada.

⁷⁹ El Tribunal considera que distinta sería la conclusión de la Sala si el trabajador hubiese alegado los concretos daños y perjuicios (verbigracia la necesidad de desplazamiento, sus gastos, los alquileres, el daño emergente por

- STSJ Navarra 24 de junio de 2021 (rec. 198/2021)⁸⁰;
- STSJ Cataluña de 14 de julio de 2021 (rec. 1811/2021)⁸¹;
- STSJ CLM 1 de diciembre 2021 (rec. 1807/2020)⁸²;
- STSJ País Vasco de 5 mayo 2022 (rec.289/2022)⁸³;
- STSJ Cataluña de 13 de mayo 2022 (rec. 500/2022)⁸⁴;
- STSJ Galicia 27 de mayo de 2022 (rec. 1631/2022)⁸⁵;

pérdida de anterior trabajo o el daño moral de abandonar ambiente familiar y social consolidado) y estos se hubiesen acreditado, pero como esto no fue así y la solución al conflicto no puede estar basada en simple voluntarismo de equidad el recurso de la empresa habrá de acogerse al artículo 56 TRET, fijando el quantum indemnizatorio por la indemnización por despido en la suma de 4.219,18 euros

⁸⁰ El Tribunal declaró que en este caso no existían circunstancias excepcionales que le permitieran conceder una indemnización complementaria al trabajador, pero reconoció que existe un derecho a dicha compensación adicional.

⁸¹ De esta sentencia destaca que, en primera instancia, el JS declaró el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización adicional disuasoria. A continuación, la empresa recurre y se revoca parcialmente el fallo en lo que se refiere al importe de la indemnización, que fija en la indemnización legal tasada. Razona el Tribunal, que no se han cumplido los requisitos necesarios para poder solicitar la indemnización disuasoria, ya que no aprecia relevancia de daños y perjuicios que la justifique. Además, entiende que la renuncia a un empleo anterior es un daño que queda compensado por la cuantía legal.

⁸² El Tribunal considera que *“El Convenio OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) adoptado con fecha 22 de junio de 1982, establece en su artículo 1 que “Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”, lo que indica que las disposiciones del Convenio no son directamente ejecutables sino a través de la legislación nacional, siendo indudable que nuestra legislación ha dado respuesta a las previsiones del Convenio; como ha dicho al respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 1 de marzo 2021, recurso 596/2020, el Convenio no es una norma de directa aplicación (self executing) sino que ha de ser incorporado al ordenamiento por cada Estado mediante la legislación nacional, salvo, claro está, que se incorpore por Convenios colectivos, laudos arbitrales o decisiones judiciales, o incluso contrato individual, y siempre en consonancia con “la práctica nacional”, lo que ha declarado el Tribunal Supremo respecto de este Convenio 158 en sentencias de 31 de enero de 1990 ROJ: STS 17047/1990 y 4 de noviembre de 1987 ROJ: STS 16626/1987, confirmando que las normas del Convenio nº 158 de la OIT no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno. Y en la legislación española no hay una norma que permita la doble indemnización ni la Jurisprudencia, interpretando esa legislación, lo ha admitido siendo imposible que cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente”*

⁸³ El Tribunal denegó la concesión de una indemnización complementaria al trabajador despedido. La trabajadora pidió una indemnización que incluyera el número de ciertas ventas que no realizó porque fue despedida. El Tribunal declaró que no era posible acoger el argumento de una indemnización superior basada en una retribución que el trabajador no había obtenido en base a expectativas de ventas.

⁸⁴ El Tribunal considera que no es posible atender la pretensión de la parte recurrente para que en los supuestos en los que la indemnización derivada de la calificación del despido como improcedente resulte insuficiente, se fije una indemnización adicional, superando los límites previstos legalmente. *“Es cierto que en la sentencia de la Sala, citada, se aceptó que, en determinados supuestos excepcionales la indemnización resultante por aplicación de la ley podría no resultar adecuada y, en tales situaciones puntuales, no resultaría descartable que se superaran los límites legales en la determinación del quantum indemnizatorio, pudiéndose superar los umbrales legales, pero también admitimos que para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad sobre la posibilidad de ampliación de la indemnización legal o sobre la concreta fijación de su quantum, preservando así la igualdad de partes y toda posible situación de indefensión que en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concreten los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su quantum. Así distinta sería la conclusión de la Sala si el trabajador hubiese alegado los concretos daños y perjuicios (verbigracia la necesidad de desplazamiento, sus gastos, los alquileres, el daño emergente por pérdida de anterior trabajo o el daño moral de abandonar ambiente familiar y social consolidado) y estos se hubiesen acreditado, pero como esto no fue así, la solución al conflicto no puede estar basada en simple voluntarismo de equidad, la parte recurrente no alega ni prueba los concretos daños y perjuicios ocasionados ni en qué me son derivados de una actuación de abuso de derecho o fraudulenta atribuible a la empresa demandada.*

⁸⁵ El problema es que, en el caso de autos, la parte recurrente -ni en la instancia ni en suplicación- interesa una reparación o indemnización adicional, sino que lo que interesa es que se elimine la posibilidad de opción reconocida en el derecho nacional al empresario en casos de despido improcedente, como el que nos ocupa, y que, en consecuencia, se imponga una readmisión obligada con el correspondiente abono de los salarios de tramitación. Pero tal posibilidad, que es la solicitada en la instancia y en suplicación -y por tanto la que debemos valorar al resolver el motivo de recurso-, no parece que tenga amparo en el art. 10 del citado Convenio de la OIT.

- STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2022 (rec. 538/2022)⁸⁶;
- STSJ Cataluña de 4 de julio 2022 (rec. 792/2022)⁸⁷;
- STSJ Cataluña 4 de julio de 2022 (rec. 2350/2022)⁸⁸;
- STSJ País Vasco 12 de julio de 2022 (rec. 1498/2022)⁸⁹;
- STSJ Cataluña de 16 de septiembre 2022 (rec.1959/2022)⁹⁰;
- STSJ Cataluña 11 de noviembre de 2022 (rec. 3368/2022)⁹¹;
- STSJ Asturias 29 de noviembre de 2022 (rec. 1841/2022)⁹²;
- STSJ Andalucía/Sevilla 14 de diciembre de 2022 (rec. 745/2021)⁹³;
- STSJ Aragón 23 de diciembre de 2022 (rec. 935/2022)⁹⁴;

⁸⁶ En el presente caso, la actora únicamente reclamó en concepto de indemnización adicional los salarios dejados de percibir, sin acreditar ni la concurrencia de ninguna circunstancia que los justificase, ni otro daño y perjuicio al que la Sala pudiera acogerse para otorgarle una indemnización superior a la que legalmente le correspondía percibir. En esta situación por decisión mayoritaria de la Sala no se acepta su reclamación por cuanto como la ha propuesto no sería ni disuasoria ni resarcitoria, sino más bien punitiva, y este tipo de indemnizaciones no están contempladas en nuestro ordenamiento, por lo que procede estimar el recurso y previa revocación en parte de la sentencia, procede condenar a la demandada únicamente al pago de la indemnización legal y tasada en la cuantía de 478,41€, manteniéndose el resto de los pronunciamientos sin modificación alguna..

⁸⁷ En este caso, en la demanda, no se justifica mínimamente la procedencia del importe indemnizatorio que solicita, más allá de las genéricas alegaciones sobre su edad, naturaleza de la relación laboral e incidencia de sus patologías. Además, no consta probada la afectación psíquica alegada. Por otra parte, no hay que olvidar que la duración de la relación laboral ha sido escasamente superior a un año. Lo expuesto, como hemos anticipado, comporta la desestimación del presente motivo del recurso.

⁸⁸ Señala el Tribunal que *“En estos escenarios -reiteramos que del todo excepcionales- la aplicación del artículo 10 del Convenio 158 OIT puede comportar que se precise superar los umbrales legales. Sin embargo, esta posibilidad inusual ha de adecuarse a límites objetivos, en tanto que en caso contrario se incurriría en posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas. Pues bien, cabe indicar que nuestra legislación positiva regula un concreto supuesto de disponibilidad sobre las indemnizaciones tasadas; en concreto, el artículo 281.2 b) permite el incremento de los límites del artículo 56 TRET en hasta quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades”*.

⁸⁹ El Tribunal declaró que no concurrían circunstancias excepcionales para conceder una indemnización adicional.

⁹⁰ Considera el Tribunal que *“para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad sobre la posibilidad de ampliación de la indemnización legal o sobre la concreta fijación de su quantum, preservando así la igualdad de partes y toda posible situación de indefensión que en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concreten los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su quantum. Así distinta sería la conclusión de la Sala si la trabajadora, que por cierto no debió desplazarse a España porque siempre realizó la efectiva prestación de servicios desde Francia, hubiese alegado los concretos daños y perjuicios (verbigracia la necesidad de desplazamiento, sus gastos, los alquileres, el daño emergente por pérdida de anterior trabajo o el daño moral de abandonar ambiente familiar y social consolidado, y entre los que no se encuentra que, por falta de cotización suficiente no podrá lucrar prestación por desempleo) y estos se hubiesen acreditado, pero como esto no fue así y la solución al conflicto no puede estar basada en simple voluntarismo de equidad el recurso habrá de rechazarse fijando el quantum indemnizatorio por la indemnización por despido en exclusiva suma de 1.130,14 euros”*

⁹¹ Aunque el Tribunal reconoce la posibilidad de solicitar una indemnización adicional, la rechaza por falta de acreditación de *“circunstancias que debieran acreditar unos daños adicionales derivados de la decisión empresarial carente de fundamento”*.

⁹² El Tribunal declaró que la facultad de los órganos judiciales de conceder indemnizaciones complementarias es excepcional. Además, se requieren dos elementos coincidentes: la insuficiencia manifiesta de la indemnización concedida y la existencia clara de ilegalidad, fraude de ley o abuso del derecho de la empresa al resolver el contrato

⁹³ Aunque el Tribunal admite que en circunstancias excepcionales cabría solicitar una indemnización disuasoria, entiende que se trata de *“una posibilidad inusual que ha de adecuarse a límites objetivos, en tanto que en caso contrario se incurriría en posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas”*

⁹⁴ El Tribunal descarta que pueda pedirse sin más una indemnización disuasoria ya que, en caso de despido injustificado *“la indemnización tasada, a cuyo pago condena la sentencia recurrida, es la legalmente debida, dado el salario y periodo de prestación de servicios, sin que sea posible reconocer una indemnización adicional, en cuanto no*

- STSJ Andalucía\Granada 19 de enero 2023 (rec. 1047/2022)⁹⁵;
- STSJ Cataluña 10 de febrero de 2023 (rec. 6061/2022)⁹⁶;
- STSJ Castilla La Mancha 10 de febrero de 2023 (rec.2158/2022)⁹⁷;
- STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 1 de marzo de 2023 (rec. 426/2022)⁹⁸;
- STSJ Cataluña 29 de marzo de 2023 (rec. 5335/2022)⁹⁹;
- STSJ Baleares 26 de junio de 2023 (rc. 564/2022)¹⁰⁰;
- STSJ Galicia 26 de septiembre de 2023 (rec. 2317/2023)¹⁰¹;
- STSJ Cataluña de 18 octubre de 2023 (rec. 3493/2023)¹⁰²;
- STSJ Cataluña de 8 abril de 2024 (rec. 7540/2023)¹⁰³;

A partir de aquí las tesis que se manejan son o bien que debemos interpretar el artículo 56 TRET conforme al principio de prioridad de la normativa internacional y como ésta prevé que la indemnización sea adecuada y apropiada, lo que supone que pueda concederse esa reparación o indemnización adicional. De manera que esta contradicción entre el artículo 56 TRET y la normativa internacional referenciada obliga al Estado español a reformar y modificar el sistema de despido improcedente, para conseguir esos objetivos antes señalados¹⁰⁴. O bien que no es precisa esa reforma y serán los tribunales

se acredita ni una infracción de derechos fundamentales, ni la existencia de perjuicio superior al derivado de la pérdida del empleo”.

⁹⁵ En este caso se declara que “*esta Sala no puede menos que rechazar la pretensión de incremento de la indemnización, ya que en primer lugar la superior indemnización que se pretendía, salvo el reconocimiento empresarial del despido como improcedente estaba vinculada a la acreditación de unos hechos que no se ha llevado al relato de hechos probados por el cauce procesal de art 193 b) de la LRJS*”. La sentencia reconociendo la improcedencia del despido cuantifica la indemnización de 1423,97 euros €, para el caso de que la empresa optara por la extinción del contrato de trabajo, que es proporcionada a los 264 días de trabajo que prestó, duración que no puede justificar una indemnización mayor, ni entenderse que existen perjuicios ocasionados por su cese en la empresa, más allá de las conjeturas que se hacen y que no han quedado acreditadas.

⁹⁶ El Tribunal rechaza la posibilidad de solicitar una indemnización adicional por falta de acreditación de “*circunstancias que debieran acreditar unos daños adicionales derivados de la decisión empresarial carente de fundamento*” y critica la sentencia que si la concede de 30 de enero de 2023.

⁹⁷ Se rechaza la posibilidad de solicitar una indemnización adicional por no ser aplicable la normativa internacional.

⁹⁸ Se rechaza la indemnización porque la Carta Social Europea revisada no había entrado en vigor cuando se produjo el despido.

⁹⁹ Se rechaza la posibilidad de solicitar una indemnización adicional por falta de acreditación de “*circunstancias que debieran acreditar unos daños adicionales derivados de la decisión empresarial carente de fundamento*”.

¹⁰⁰ El Tribunal considera que el procedimiento para solicitar una indemnización adicional a la establecida en la norma ha de ser la acción impugnatoria del despido causante de los perjuicios invocados y no mediante una ulterior reclamación de cantidad.

¹⁰¹ Se rechaza la solicitud de indemnización adicional en base a que el carácter tasado de la indemnización no resulta arbitraria ni discriminación, además de encontrarse racionalmente justificada.

¹⁰² El Tribunal considera que “*En tales supuestos, no tan solo habrá que acreditar la concurrencia de daños y perjuicios adicionales, que podrán tener carácter moral y/o patrimonial, sino que, además, habrá que demostrar la insuficiencia de la indemnización -a consecuencia de la escasa antigüedad o del salario percibido- en relación al daño moral o patrimonial acreditado*”.

¹⁰³ El Tribunal señala que en la demanda no se alega elemento alguno que justifique un complemento indemnizatorio por alguno de los motivos fijados en la doctrina reiterada de esta Sala, alegándose genéricos perjuicios por el hecho ordinario del despido (sin elemento singular alguno que afectara a la recurrente) y una quiebra del principio de causalidad no amparable en autos en los que, si bien declarado improcedente, la extinción del contrato de trabajo lo fue por despido disciplinario comunicado en tiempo y forma. Cabe añadir que, no aportándose elemento singular alguno que acredite daño o perjuicio de cualquier naturaleza siquiera alegado para sustentar el complemento indemnizatorio reclamado, tampoco se alega motivo alguno para que el mismo lo fuera en importe de 7.501 euros, trasunto se entiende de unos daños morales al amparo de la LISOS por vulneración de derechos fundamentales, inexistente en autos.

¹⁰⁴ Es lo que el profesor Molina Navarrete C llama interpretación abrogatoria. “La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre otros (auras) y ocasos (crepúsculos) ¿justicia resarcitoria o justicia del cadí?. *Revista Tra-*

ordinarios los que en aplicación del juicio de convencionalidad decidan en cada caso si procede o no una indemnización adicional, otra cosa es que sea adecuada.

En resumen y como ha señalado algún autor “*Piénsese que la jurisdicción laboral ha estado habituada a un quehacer que no le imponía cuantificación alguna, más allá de aplicar correctamente las tablas y sistemas informáticos que le proporciona el Consejo General del Poder Judicial, para el cálculo indemnizatorio. Por supuesto, esto no quiere decir que no esté plagado de cuestiones jurídicas, como prueba la conflictividad judicial tan extrema que genera la fijación de la indemnización por despido improcedente; algunas de las sentencias más recientes han sido referidas en este análisis (salario, antigüedad, conceptos que incluyen las retribuciones, etc.). Pero, en la selección de criterios para la cuantificación, ya la ley le ha hecho el trabajo (determinados días, por años de antigüedad). Estos automatismos no son tampoco ajenos al quehacer de la abogacía, de empresa y de personas trabajadoras, pues los libera de la procelosa prueba de daños*”¹⁰⁵.

7. SUPUESTOS LEGALES ACTUALES EN LOS CUALES PROCEDERÍA UNA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL A LA ESTIPULADA EN EL ART. 56 TRET

La figura de la indemnización adicional no es desconocida en nuestra rama del ordenamiento jurídico. Encontramos al menos dos supuestos en los cuales esta práctica es posible. El primero se produce cuando el despido es declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales (arts. 177 a 184 LRJS), y en cuyo procedimiento se exige (art. 179. 3) que: *La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador*. Según el artículo 183 de esta misma norma legal “*1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. 3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato*

bajo y Seguridad Social. CEF, 451, pág. 189. Este mismo autor señala “*Frente al modelo de estabilidad obligacional como regla en la protección frente al despido arbitrario (la ausencia de causa o forma es ilícita, pero la ley asume convalidarla, de facto, con el pago de una cantidad compensatoria, que juega de manera automática, para facilitar tanto la previsibilidad del cálculo empresarial del coste económico máximo –improcedencia– como la prueba del daño a la persona trabajadora despedida)*”

¹⁰⁵ MOLINA NAVARRETE, C “La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre otros (auras) y oca-sos (crepúsculos) ¿justicia resarcitoria o justicia del cadí?. op. cit. pág. 189

*de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales*¹⁰⁶.

El debate jurisprudencial sobre esta figura procesal ha sido amplio desde su aprobación, pasando de la automaticidad de la concesión¹⁰⁷ de esa indemnización adicional a la necesidad de demostración por el interesado del daño real producido¹⁰⁸, acudiéndose incluso a la LISOS para fijar las cuantías de esta indemnización¹⁰⁹ o a los instrumentos del derecho civil¹¹⁰ que parten de tres elementos fundamentales¹¹¹:

- Acción u omisión ejercida por alguien que suponga un incumplimiento de las obligaciones previamente existentes y que tiene un cierto deber.
- Culpa o negligencia por parte de quien lleva a cabo ese incumplimiento.
- Relación de causalidad entre la conducta desarrollada y el daño causado¹¹².

Sin embargo, sobre este punto, desde hace décadas nuestro Tribunal Supremo ha venido defendiendo que no cabía la inaplicación del sistema indemnizatorio establecido en el Estatuto de los Trabajadores, y, por tanto, no cabía conceder indemnizaciones adicionales propias del derecho civil, ya que se trata de una regulación especial, frente a la normativa general de daños y perjuicios propia del orden civil¹¹³, por lo que parece que esta no debería ser la solución a aplicar.

¹⁰⁶ Como ha señalado algún autor la jurisprudencia ha normalizado la aplicación de los importes de las sanciones administrativas previstas en la LISOS para la fijación de estas indemnizaciones adicionales. GARCÍA VIÑA J. “¿Las indemnizaciones adicionales en los casos de extinción del contrato de trabajo a las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores son válidas? *Revista Labos* n.º 3, vol. 4 diciembre de 2023. Pág. 214. También puede consultarse LÓPEZ TERRADA E. “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11 (1). 2021. pág. 2 a 39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>-. Como destaca esta autora “[...] la necesidad de incluir en la reparación del daño la compensación del daño moral ha resultado ser una cuestión especialmente conflictiva, tanto por lo que a la concesión misma de la indemnización compensatoria del daño moral se refiere, como por lo que respecta a la cuantificación de la indemnización. Se trata, pues, de una materia en la que, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo, la interpretación de los tribunales no ha tenido, desde luego, “la uniformidad que sería deseable” (por todas, STS de 19 de diciembre de 2017, Rec. 624/2016)”. Pág. 10.

¹⁰⁷ Entre otras STS de 9 de junio de 1993, Rec. 3853/1992, cuya doctrina reitera la STS de 8 de mayo de 1995, Rec. 1319/1994, STS de 18 de julio de 2012, Rec. 126/2012, STS de 5 de febrero de 2013, Rec. 89/2012, SSTS de 13 de diciembre de 2018, Rec. 3/2018 y de 24 de octubre de 2019, Rec. 12/2019.

¹⁰⁸ Entre otras STS de 22 de julio de 1996, Rec. 3780/1995, cuya rectificación confirma la posterior de 30 de enero de 1997, Rec. 1642/1996), SSTS de 2 de febrero de 1998, Rec. 1725/1997; de 28 de febrero de 2000, Rec. 2346/2000; de 17 de enero de 2003, Rec. 3650/2001, y de 21 de julio de 2003, Rec. 4409/2002.

¹⁰⁹ Entre otras, SSTS de 15 febrero 2012, Rec. 67/2011, de 8 julio 2014, Rec. 282/2013, y de 2 febrero 2015, Rec. 279/2013. STS 179/2022 de 23 de febrero. STS 214/2022, de 9 de marzo.

¹¹⁰ “La primera solución, es decir continuar empleando la LISOS, tiene como clara ventaja que los términos del debate quedan circunscritos dentro del orden social, con la utilización de normas laborales y sometiéndose a la interpretación integradora por parte de la sala cuarta. La segunda solución, es decir acudir a parámetros del orden civil tiene también una clara ventaja al poder utilizar instrumentos mucho más perfilados, equilibrados y ponderados con respecto al aquilataamiento del daño moral. Pero este proceder también tiene un óbice: se abre la interpretación a soluciones que vienen de un orden jurisdiccional distinto al social, quizá más ricas en matices, pero también más difíciles de someter a la dinámica común unificadora que pretende implementar una solución general a estas cuestiones con visos de permanencia y estabilidad”. ARIÁS DOMÍNGUEZ A. “Últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo-octubre de 2022, n.º 5. Pág. 279.

¹¹¹ Según algún autor sumar a la indemnización prevista en la legislación laboral “una indemnización civil, según el CEDS es una técnica jurídica “de rara avis” y que para servir como un medio legal alternativo debe ser real, efectiva y no sólo hipotética. Es decir, la compatibilidad de indemnizaciones sería válida siempre y cuando fuera posible y no únicamente una invención jurisprudencial para salvar la precariedad de las indemnizaciones por despido. LUJÁN DE FRÍAS, F. op.cit. pág. 39.

¹¹² En parecidos términos se pronuncia GARCÍA VIÑA J. op. cit. Pág. 213

¹¹³ Entre otras, véase STS 23 de octubre de 1990 (R. 527/1990, Sala de lo social), STS 7 de febrero de 1991 (R. 917/1990, Sala de lo social) y STS 11 de marzo de 2004 (R. 3994/2002, Sala de lo Social).

Otra cuestión muy debatida en esta materia ha sido la función de esa indemnización considerándose que no sólo debe resarcir el daño causado sino prevenir daños futuros que puedan causar las actuaciones de las empresas¹¹⁴. Además, el pronunciamiento del tribunal en este caso es “obligatorio” y debe compensar los perjuicios y el daño moral causados, para lo cual valorará las pruebas o indicios presentados por el demandante y en caso de no existir éstos fijará la indemnización de una forma prudente teniendo en cuenta que la finalidad de esta indemnización adicional es resarcir a la víctima, restablecerla en la situación anterior y contribuir a la prevención del daño¹¹⁵.

Aspectos que podemos compartir en esta doctrina son, primero que cuando se produce una vulneración de un derecho fundamental esto lleva consigo la necesidad indisoluble de abonar esa indemnización adicional¹¹⁶, esto no es lo que ocurre en los supuestos de despido improcedente. Segundo, si no se aportan elementos de valoración, ese carácter prudencial de la valoración que debe hacer el tribunal conlleva dosis de discrecionalidad de este y la pregunta es: ¿sí a juicio del interesado esto no se realiza correctamente podrá ser impugnado? La respuesta es afirmativa, pero sin que en este último caso ya se pueda prescindir de la aportación de los elementos de prueba, no estaríamos ante el daño causado por el empresario sino ante el daño causado por el tribunal con su valoración. Tercero, esta forma de otorgar la indemnización adicional supone que tengamos que valorar caso por caso, con la “arbitrariedad” que puede producirse por la disparidad de criterios de nuestros tribunales, pero aun así se acepta partiendo de la base de que nuestros juzgadores actuarán influenciados por el principio tuitivo que inspira nuestra rama del ordenamiento jurídico.

En el segundo supuesto en el cual está previsto conceder una indemnización adicional es el recogido en el artículo 281.2. b) de la LRJS cuando no se haya producido la readmisión del trabajador, estando el empresario obligado a ello por sentencia, se prevé la posibilidad de presentar el llamado “incidente de no readmisión” en el cual se podrá solicitar al juez una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades.

8. RESPUESTA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES DE 29 DE JULIO DE 2024

Esta resolución del CEDS respondiendo a las reclamaciones colectivas presentadas por los sindicatos mayoritarios de España se esperaba como agua de mayo aunque se vislumbraba cuál podía ser el contenido de la misma, no en vano en las semanas previas a su publicación numerosos medios de comunicación la anunciaban incluso se atrevían a aventurar cuál iba a ser su contenido, y en este sentido el CEDS parece que no ha defraudado a aquellos que consideran que es el comienzo de una gran reforma de la institución del despido.

En concreto el Comité ha indicado lo siguiente:

¹¹⁴ SSTs de 17 de diciembre de 2013, Rec. 109/2012; 8 de julio de 2014, Rec. 282/2013; 2 de febrero de 2015, Rec. 279/2013; 26 de abril de 2016, Rec. 113/2015; 12 de julio de 2016, Rec. 361/2014; 8 de febrero de 2018, Rec. 274/2016; 6 de junio de 2018, Rec. 149/2017; o 21 de febrero de 2019, Rec. 214/2017, STS de 5 febrero y 13 julio 2015, Rec. 77/2014 y 221/2014; 18 mayo y 2 noviembre 2016, Rec. 37/2015 y 262/2015; 24 enero y 19 diciembre 2017, Rec. 1902/2015 y 624/2016; o de 13 de diciembre de 2018, Rec. 3/2018.

¹¹⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ A. op. Cit. 277.

¹¹⁶ STS de 5 de octubre de 2017, nº 768. También puede consultarse ARIAS DOMÍNGUEZ A. op. cit. Pág. 280.

- Que los Estados Parte deben reconocer a los trabajadores cuya relación laboral se rescinde sin una razón válida una indemnización adecuada u otra reparación apropiada conforme a lo establecido en el artículo 24.b de la Carta (punto 68 de la resolución).
- Un sistema indemnizatorio es conforme con la Carta cuando cumplen las siguientes condiciones: prevé el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de recurso; prevé la posibilidad de readmisión del trabajador; y/o prevé una indemnización de un nivel lo suficientemente elevado como para disuadir al empleador y reparar el daño sufrido por la víctima. Por lo tanto, la indemnización por despido improcedente debe ser proporcional a la pérdida sufrida por la víctima y suficientemente disuasoria para los empleadores. Cualquier límite máximo de indemnización que pueda impedir que los daños y perjuicios sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasoria es, en principio, contrario al artículo 24 de la Carta. En caso de que exista un límite máximo de indemnización en el caso de los daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por los daños no pecuniarios a través de otras vías legales, y los órganos jurisdiccionales competentes para conceder una indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable (punto 69 de la resolución).
- El Comité considera que, si bien el Gobierno afirma que uno de los objetivos del sistema de establecimiento de límites máximos de remuneración era proporcionar una mayor seguridad jurídica a ambas partes del contrato de trabajo, no puede excluirse que la indemnización predeterminada pueda servir más bien como un incentivo para que el empleador despidiera a los trabajadores de manera injusta. De hecho, en ciertos casos, los límites máximos de indemnización podrían inducir a los empleadores a realizar una estimación pragmática de la carga financiera de un despido improcedente sobre la base de un análisis de costes y beneficios. En algunas situaciones, esto podría fomentar despidos improcedentes (punto 73 de la resolución).
- El Comité toma nota de que el límite de los 24 meses previsto en España no permite conceder una indemnización más elevada en función de la situación personal e individual del trabajador, ya que los tribunales sólo pueden ordenar una indemnización por despido improcedente dentro de los límites de la escala y, de acuerdo con la legislación española, los tribunales consideran que las normas laborales *son lex specialis* en comparación con las normas civiles y, por lo general, rechazan las solicitudes de indemnización adicional presentadas de conformidad con el Código Civil (punto 74 de la resolución).
- El Comité toma nota de que hay varias decisiones al respecto, pero también toma nota de que los tribunales nacionales se refieren al derecho a una indemnización adicional como una excepción (punto 75 de la resolución y véanse los §§ 28 y 33).
- Asimismo, el Comité toma nota de la información presentada por UGT en el sentido de que, hasta la fecha, sólo ha habido un caso en el que los tribunales nacionales han concedido al trabajador una indemnización superior a la establecida en la escala de indemnizaciones y que sigue prevaleciendo la práctica general de los tribunales nacionales de rechazar tales solicitudes de indemnización adicional (punto 76 de la resolución).
- El Comité acoge con beneplácito la evolución reciente de la jurisprudencia española, en la que se ha reconocido el derecho a una posible indemnización

complementaria en caso de despido improcedente. El Comité también toma nota de que ha habido varias decisiones de los tribunales nacionales que han llevado a cabo un “control de convencionalidad” y han evaluado la compatibilidad de la escala de indemnización con los tratados internacionales (véanse los párrafos 25 y 26 y 28 a 30 supra). Sin embargo, como se ha señalado anteriormente (véase el párrafo 76 supra), parece que la indemnización adicional sólo se concedió en un caso y parece que la práctica no ha sido ampliamente seguida por otros tribunales nacionales. Además, el propio Gobierno reconoce que la indemnización adicional en caso de despido improcedente sólo es posible en casos excepcionales según la jurisprudencia nacional, por lo que no se aplicaría en todos los casos de despidos improcedentes (punto 79 de la resolución).

- El Comité considera que los límites máximos fijados por la legislación española no son lo suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima en todos los casos y para disuadir al empleador. Es posible que no se tenga debidamente en cuenta el perjuicio real sufrido por el trabajador afectado en relación con las características específicas del caso, entre otras cosas porque la posibilidad de una indemnización adicional es muy limitada. Por consiguiente, el Comité considera que, a la luz de todos los elementos mencionados, el derecho a una indemnización adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del Artículo 24.b de la Carta no está suficientemente garantizado (punto 80 de la resolución).

Por todo lo anterior el Comité concluye que existe una violación del artículo 24.b de la Carta. Sobre esta resolución queremos insistir, en primer lugar, en la redacción de la misma, empleando expresiones livianas que muestran el nivel de impacto e influencia que este tipo de resoluciones puede tener en los Estados Parte.

En segundo lugar, y en cuanto a su alcance jurídico tenemos que acudir nuevamente a los artículos 30 y 31 de la Ley 25/2014 de tratados internacionales que recordemos, señalan la aplicación directa de los tratados internacionales y sus instrumentos de interpretación a menos que de su texto se desprenda dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de leyes o reglamentos internos que pongan en práctica su contenido, es decir, su eficacia sería diferida a la espera de estas actuaciones. Es por esto que algunos autores han afirmado que *“Sobre estas bases jurídicas de la CSE cabe concluir que las decisiones CEDS no son jurisprudencia vinculante para los jueces y no son de obligado cumplimiento, sancionable, para los Estados que las reciben”*¹¹⁷.

Entercer lugar, y acudiendo a su naturaleza jurídica el CEDS, como ha sido ampliamente analizado, no se ha configurado a semejanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sí es un órgano judicial¹¹⁸, por ejemplo, sus resoluciones no se denominan sentencias,

¹¹⁷ LAHERA, J. Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización por despido improcedente en España. <https://documentos.fedea.nTRTRET/pubs/ap/2024/ap2024-20.pdf>. 20 de agosto de 2024.

¹¹⁸ Como Consejo de Europa diferenció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que aplica la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a través de sentencias, una vez agotada la vía judicial interna, del CEDS, que aplica la CSE a través de decisiones, sin agotar la vía judicial interna, que provienen del protocolo de reclamaciones colectivas. El TEDH genera jurisprudencia (arts.4bis y 5 LOPJ y art.236.1 LRJS), vinculante para los jueces nacionales, mientras que el CEDS no, al ser un órgano no jurisdiccional que resuelve reclamaciones colectivas, de naturaleza preventiva, que cuestionan la vulneración por Estados de la CSE. El protocolo de reclamaciones colectivas tiene una configuración dirigida a los Estados, no a la solución de asuntos particulares judicializados, que concluye en “recomendaciones” de cambios normativos. Es, por tanto, la propia CSE la que no otorga potestad jurisdiccional al CEDS, a diferencia del TEDH, como así refleja la normativa española, que no cataloga sus decisiones de jurisprudencia, a diferencia de las sentencias del TEDH (son obviadas en los arts.4 bis y 5 LOPJ y art.236.1 LRJS). La Sala IV del Tribunal Supremo (TS), en su doctrina de contraste de los recursos de casación de unificación de doctrina, así lo confirma (ATS 4 Noviembre 2015, 7 Febrero 2017, 20 Abril 2017, 21 Noviembre

son “conclusiones”, informes, decisiones¹¹⁹. No queremos negar el valor de las mismas pero entendemos que no podemos llegar a asimilarlas¹²⁰ siendo preciso por tanto, una actuación posterior del Estado en cuestión, y ello porque las decisiones de este Comité declararían si existe o no “violación del o de los derechos reconocidos por la Carta Social y, al versar sobre cuestiones de alcance más o menos general, normalmente no incluyen ningún tipo de pronunciamiento sobre situación jurídica individualizada en este extremo difieren de las sentencias del TEDH, que contienen habitualmente indemnizaciones”¹²¹.

En cuarto lugar, si analizamos toda la labor desarrollada por el CEDS y conforme ha indicado la doctrina “*ha quedado demostrado en numerosas ocasiones que tiene cierta incidencia en el devenir del Derecho social europeo*”; de modo que, como sus resoluciones se hacen públicas, ello lleva “a que la ciudadanía de un país, los agentes sociales y la comunidad internacional sean conscientes de las violaciones de los derechos sociales que se están llevando a cabo por parte de un determinado Estado. En no pocas ocasiones, el mero señalamiento de dichos incumplimientos ha motivado acciones gubernamentales, legislativas y judiciales tendentes al cumplimiento de la Carta”¹²².

En quinto lugar, partiendo de todo lo anterior parece que una solución posible puede ser acudir a la soberanía jurisdiccional de nuestro Tribunal Supremo, que podrá resolver en casación esta cuestión, seguir o no la decisión del CEDS, “*en este o en cualquier otro asunto, porque no existe norma internacional - la propia CSE - que establezca una jurisprudencia vinculante. La Sala IV del Tribunal Supremo determinará, en breve, porque está pendiente un asunto de despido, si se dan las condiciones de control judicial de convencionalidad en el art. 24 CSE y, en tal caso, si hace suya o no esta decisión del CEDS de apertura a indemnizaciones adicionales de despido a criterio judicial. Mientras tanto, los jueces nacionales no están vinculados por esta decisión del CEDS que no es jurisprudencia; si estarán implicados por la jurisprudencia que dicte el TS*”¹²³.

Y en sexto lugar, tendremos que esperar a las actuaciones del Gobierno de España para saber el alcance de esta importante resolución de julio del presente año, ya que en el entramado de ingeniería jurídica del tema que nos ocupa es el competente que no obligado a adoptar medidas de una posible adaptación de nuestra normativa interna para lo cual, como es lógico, podrá acudir al diálogo social y a nuestro Parlamento Nacional que no está

2018). LAHERA FORTEZA, J. Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización por despido improcedente en España. Op. Cit.

¹¹⁹ “El término recomendación, en el que toman forma las resoluciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, aplicando su propia regulación internacional en la CSE y sus protocolos, es suficientemente elocuente. No existe ninguna obligación internacional de cumplimiento por el Estado, ni ningún sistema impositivo sancionador dentro del Consejo de Europa por incumplimientos de estas resoluciones, ni su contenido se impone de manera imperativa a los Gobiernos de los Estados. Por tanto, esta decisión CEDS contra España no obliga jurídicamente a reformar el sistema de indemnizaciones del despido improcedente. Así lo demuestran los precedentes de Finlandia, Italia y Francia, que, ante decisiones CEDS semejantes, no han reformado la normativa de despido, sin ninguna consecuencia”. LAHERA, J. Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización por despido improcedente en España. Op. Cit.

¹²⁰ JIMENA QUESADA, L.” El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”. *Documentación Laboral*, núm. 125-Año 2022-Vol. I. 1 págs. 75 a 90.

¹²¹ JIMENA QUESADA, L. *ibidem*.

¹²² GARCÍA BLASCO, J., y ÁLVAREZ GIMENO, R., “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales. Artículo C y Protocolo de 1991, y artículo D y Protocolo de 1995”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dir. y coord.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017, pág. 983.

¹²³ LAHERA FORTEZA, J. Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización por despido improcedente en España. op. cit. ALVAREZ DEL CUVILLO, A “La reformulación de la indemnización por despido improcedente a la luz de la Carta Social Europea”. *En Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 8 de 2024. En <https://doi.org/10.12795/TPDM.2024.i8.01>

en las mejores horas para adoptar acuerdos¹²⁴, pudiendo simplemente dejar la cuestión en manos de los Tribunales de Justicia que a través del control de convencionalidad decidan en cada caso lo que proceda y a salvo de la posible casación que realice nuestro Tribunal Supremo¹²⁵.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. Parece que tendremos que esperar al siguiente movimiento que el Gobierno de la Nación lleve a cabo para vislumbrar el camino de la posible modificación de la regulación del despido improcedente. Hasta el momento de cierre de esta comunicación escasos pronunciamientos del Gobierno se han producido. La Ministra de Trabajo señalaba en un artículo de prensa publicado el mismo 29 de julio que *“se va a cumplir con las normas europeas y con el pacto de Gobierno con el PSOE y se reformará el despido. Díaz señaló que desde el Gobierno no decían “nada extravagante” cuando hace tiempo apostó por el despido restaurativo y consideró que España incumplía el diseño europeo al respecto. “Hoy se convierte en fuente de derecho en España” la resolución del CEDS, dijo Díaz, quien recordó que en el pacto de Gobierno con el PSOE se incorporó la reforma del despido no de manera “casual”, sino porque “intuíamos lo que iba a decir el Comité”. El pacto de Gobierno suscrito en octubre de 2023, después de las elecciones generales del verano del año pasado, que se establecerán “garantías para las personas trabajadoras frente al despido, dando cumplimiento a la Carta Social Europea y reforzando la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral”. La también vicepresidenta segunda del Ejecutivo afirmó que esta cuestión se va a tratar en el diálogo social, con patronales y sindicatos, y se abordará después de cerrar el debate sobre la reducción de la jornada laboral, que es otro compromiso de Gobierno. Además, dijo que hay “alarma” por esta reforma pese a que “acabamos de tocar” el despido para la discapacidad sobrevenida, eliminando que sea automático en esos casos, y “no ha pasado nada, todo sigue igual”*¹²⁶.
2. Estas declaraciones de la Ministra no casan con las alegaciones realizadas por el propio Gobierno de España en el trámite de audiencia pública llevada a cabo en el seno del CEDS con ocasión de las reclamaciones colectivas de UGT y CC. OO, realizadas en diciembre de 2022.
3. En la medida en que tenemos resoluciones de diferente sentido jurídico en nuestros Tribunales de Justicia, si bien en número son superiores las que no se muestran conformes con las indemnizaciones adicionales, esperamos que nuestro Tribunal Supremo tenga a bien considerar una posible unificación de doctrina en este sentido, esto sería lo deseable en el momento actual. También es cierto que dejamos en manos de los tribunales estas cuestiones no podemos olvidar el tiempo

¹²⁴ LAHERA FORTEZA, J. El relativo alcance de la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales contra España en la indemnización del despido improcedente. En <https://www.linkedin.com/company/abandonpedrajas/posts/?feedView=all> 1 de agosto de 2024.

¹²⁵ Como ha reconocido el propio líder del Sindicato UGT. *“Por ello, el líder sindicato considera que “sería razonable” que tras el 29 de julio, fecha en la que se podrá publicar la sentencia íntegra, Gobierno, patronal y sindicatos se sentaran para hacer una adaptación a la legislación española a través del Diálogo Social que permita dar cumplimiento a una resolución vinculante. “Depende de la voluntad que tenga el Gobierno y la patronal, los sindicatos, desde luego, la tenemos, pero si no es así, pelearemos sentencia a sentencia porque creemos que los trabajadores y trabajadoras tienen mucho que ganar y nuestros servicios jurídicos están preparados”, ha insistido*”. En https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1246413. 5 de septiembre de 2024.

¹²⁶ <https://www.lavanguardia.com/economia/20240729/9837166/diaz-dice-cumplira-resolucion-comite-euro-peo-derechos-sociales-reformara-coste-despido-agenciaslv20240729.html> 5 de septiembre de 2024.

medio de resolución de los procesos por demandas por despido, como sabemos no es un proceso ni urgente ni preferente y el tiempo medio de resolución en los tribunales es extenso¹²⁷.

4. Puede resultar aventurado considerar que la indemnización actual del despido improcedente no es disuasoria, desde el momento en que, como hemos puesto de manifiesto en este trabajo, los datos estadísticos sobre despidos son inconexos y escasos¹²⁸.
5. A la hora de valorar las compensaciones que puede recibir un trabajador despedido no podemos olvidar que ni el Convenio 158 OIT ni la CSEr establecen los responsables de abonar o compensar la pérdida del empleo, la respuesta fácil es señalar que debe ser el sujeto causante, es decir, el empresario, pero aunque sea la respuesta fácil quizás no sea la más real o conveniente dado el panorama de empleo en España, porque no es cierto ni está garantizado, la historia del Derecho del Trabajo español es una muestra, que incrementar las cantidades indemnizatorias por despido desincentive éste último¹²⁹. Por ello algunos autores consideran que *“a la hora de valorar la adecuación de la indemnización, o bien, el carácter más o menos apropiado de la otra reparación que menciona el art. 10, parece que sí deben tenerse en cuenta las prestaciones o subsidios por desempleo a las que hace referencia el art. 12. O, dicho de otro modo, son elementos a considerar a la hora de hacer el balance de la situación en la que queda una persona que ha perdido su empleo. De hecho, la citada STSJ Cataluña 30 de enero 2023 (rec. 6219/2022), al tener en cuenta la prestación y el subsidio por desempleo (en concreto, la falta de ellos) para determinar el lucro cesante que justifica el reconocimiento de una compensación complementaria a la legal tasada, estaría validando (indirectamente) la aproximación que aquí se sostiene*¹³⁰. Pero también cierto, que la prestación por desempleo se ha reformado en las últimas décadas a la baja, de manera que a partir del sexto mes la prestación se reduce al 50% y el tiempo medio de resolución en los juzgados de las demandas por despido ronda el año, esto qué supone, que antes de celebrarse el mencionado juicio el trabajador afectado ya se puede encontrar en una situación de bajos o escasos ingresos.
6. Propuestas tenemos varias sobre la mesa, recobrar los 45 días de indemnización, recuperar los salarios de tramitación porque el CEDS exige para satisfacer los compromisos del art. 24 CSER resarcir el daño emergente que se produce con el despido que no tiene como soporte una de las causas previstas legalmente, pero

¹²⁷ *“Aunque no es posible prever de inicio cuánto durará el proceso de despido, la práctica lo sitúa entre un mínimo de 4 meses y un máximo de 12 meses. El trámite previo de conciliación no suele tener ninguna eficacia para agilizar una solución acordada. Según las estadísticas oficiales, el tiempo medio de un proceso de despido solo en la sede de primera instancia (juzgado de lo social) es de 6,2 meses. A ello habría que sumar una media de 5,8 meses de duración del recurso de suplicación (recurso ante los tribunales superiores de cada región o autonomía). La suma da una media de 1 año para poder saber si el despido es calificado como procedente o improcedente. Para el CEDS toda solución judicial que se dilate en esta materia más de 6 meses, dejando a la persona trabajadora sin su retribución es manifiestamente inadecuado (Conclusiones para Bulgaria, de 2003”*. Reclamación colectiva de UGT op. cit. Pág. 32

¹²⁸ En parecidos términos se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Decisiones judiciales y ruido: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”. op. Cit. Págs.. 47.

¹²⁹ En parecidos términos de pronuncia ALVAREZ DEL CUBILLO, A *“Un aumento de las indemnizaciones máximas no contribuiría en absoluto a reducir la precariedad absoluta de los trabajadores más vulnerables y, al mismo tiempo, seguiría produciendo una notable insatisfacción de los empresarios con la cuantía de las indemnizaciones, que terminaría conduciendo en un futuro a nuevos recortes, sin cambiar para nada el paradigma”*. ALVAREZ DEL CUVILLO, A. op. cit.

¹³⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Decisiones judiciales y ruido: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”. op. cit. Págs.. 49.

como también se ha puesto de manifiesto por la doctrina “*reconocer los salarios de tramitación solo en los casos en que hay readmisión, bien obligatoria, por nulidad, bien voluntaria, por decisión empresarial, deja a un buen número de situaciones de despido injusto sin resarcir este daño emergente*”¹³¹. Esto supone hacer recaer sobre la empresa los excesivos plazos de resolución de nuestro sistema judicial y podríamos soñar con poner medidas para reducir estas esperas pero que serían meros brindis al sol¹³², aunque algunos piensan que “*ni tampoco el Estado puede ser el pagador de una situación que crea la empresa que toma decisiones arbitrarias y eso le conduce, en un contexto de saturación de la justicia social, a sobrecostes por despido*”¹³³.

7. Hay autores que haciendo uso de una gran imaginación, en aras de buscar la protección del trabajador a toda costa, pero entendemos no atendiendo al tejido productivo español, hacen la siguiente propuesta “*Una variante más asumible sería, aún modulada, la que apunta el art. 15 del RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Como se recordará, en él se prevé, para los casos de despido improcedente sin readmisión, el derecho del deportista profesional a una “indemnización que, a falta de pacto, se fijará judicialmente, de al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio. Para su fijación se ponderarán las circunstancias concurrentes, especialmente la relativa a la remuneración dejada de percibir por el deportista a causa de la extinción anticipada de su contrato*”¹³⁴. Y la pregunta que nos hacemos desde la modestia y el más absoluto respeto a este intento de mejora de la situación actual, es qué tienen en común esta relación laboral especial y el común de las relaciones laborales de los trabajadores que en España son despedidos. Aquí claro está habría que fijar un mínimo legal en esa valoración que puede hacer el juez dado que estamos hablando de relaciones laborales ordinarias donde los salarios son menores que en los casos de deportistas profesionales. ¿Ese mínimo no será igualmente una indemnización tasada que es lo que resulta contrario a la CSEr? Todo esto muestra que estamos ante una materia de no fácil solución.

¹³¹ MOLINA NAVARRETE, C. “La obsolescencia legalmente programada del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada”. op. cit. Pág 204

¹³² El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha avisado este jueves de que es «imprescindible» crear 421 nuevas unidades judiciales para este 2024, de las cuales 123 son «prioritarias». La Comisión Permanente ha tomado conocimiento de un informe elaborado por el Servicio de Inspección de CGPJ que alerta de la necesidad de crear nuevas unidades para 2024 «con el fin de que la planta judicial sea la idónea y se garantice así la efectividad de la protección de los derechos de los ciudadanos». Según precisa el órgano de gobierno de los jueces en un comunicado, el informe será remitido a las salas de gobierno de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia para que efectúen las observaciones que estimen oportunas. El CGPJ también remitirá el documento al Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, «pues corresponde por ley al Gobierno impulsar la política de creación de nuevas unidades judiciales y plazas de juez de adscripción territorial». El informe se ha elaborado teniendo en cuenta las cargas medias de trabajo de todos los órganos judiciales en 2022 y 2023 de acuerdo con los criterios establecidos por el CGPJ, el nivel de resolución y de pendencia medio por partido judicial, la existencia de medidas de refuerzo y las pretensiones de aumento de planta que ya se han realizado. Según el documento en cuestión, es «imprescindible» ampliar la planta judicial en aquellos partidos judiciales en los que se ha superado de forma relevante el indicador –más del 130%– y entiende que es prioritaria en aquellos en los que el nivel de entrada ha superado el 175% en 2023. Andalucía y Cataluña son las más necesitadas. El CGPJ avisa de que es «imprescindible» crear 421 nuevas unidades judiciales, de las cuales 123 son «prioritarias» - LegalToday 5 de septiembre de 2024

¹³³ MOLINA NAVARRETE, C. “La obsolescencia legalmente programada del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada”. op. cit. Pág 205

¹³⁴ MOLINA NAVARRETE, C. “La obsolescencia legalmente programada del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada”. op. cit. Pág 206

8. Hemos puesto de manifiesto en este trabajo el escrúpulo necesario en el desplazamiento de la norma nacional frente a la internacional por el simple juego de las reglas previstas en el Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos, siendo preciso que la norma internacional sea clara y cierta, evitando así cualquier atisbo de inseguridad jurídica como ha puesto de manifiesto el TS por ejemplo, en su sentencia 270/2022.
9. Quizás estamos perdiendo de vista un efecto perverso que podría llegar a producirse si nos precipitamos en dar cumplimiento a la resolución del CEDS y es que si a la hora de determinar la indemnización por despido tuvieramos que tener en cuenta factores tan subjetivos como la edad, el sexo, las responsabilidades familiares, la formación, etc., de manera que por ser mayor el daño en estos casos la indemnización se incrementaría, ¿esto no afectaría a la contratación de las personas con estos rasgos subjetivos en el intento del empresario de minimizar costes de un posible despido? Esto es algo que ya puso de manifiesto nuestro Gobierno en sus alegaciones a la reclamación colectiva de UGT y CC.OO, y por tanto, ¿tendríamos instrumentos jurídicos para evitar esto? Parece que la respuesta debe ser negativa en este sentido.¹³⁵
10. Aceptar que la regulación española es insuficiente es tanto como aceptar que no cumplimos la literalidad de artículo 24 CSEr, lo dicen nuestro TC y TS, y no podemos olvidar tampoco que el CEDS ha sido muy creativo e innovador en sus interpretaciones de la carta, lo que provoca que parte de la doctrina no considere aplicable sus valoraciones, que se aferren a la idea de que el texto literal de la CSEr no es contrario al art. 56 ET o viceversa, otros opinan que se incita a la arbitrariedad judicial y se reduce la seguridad jurídica, etc.
11. Por otra parte, nos queda una pregunta en el aire y es si la indemnización adicional se postula para todos los casos de improcedencia del despido, o sólo aquellos en los que la causa es injustificada o no existe causa legal. Esta cuestión no es baladí, aunque el debate se está centrando en los casos de despido sin causa de las previstas legalmente.
12. Y finalmente, qué elementos debemos tener en cuenta para fijar esa indemnización adicional, ya hemos citado la necesidad de tener en cuenta el daño real, el efecto disuasorio y sancionador para la empresa, las dificultades que pueda tener el trabajador de encontrar un nuevo empleo, su edad, sus cargas familiares, etc. Desde el punto de vista de los recursos humanos la doctrina además cita varios factores a tener en cuenta para valorar el daño moral: a) Factor psicológico: El factor psicológico que engloba todo tipo de padecimientos en la víctima como angustia, estrés, depresión, insomnio, falta de ánimo, falta de apetito, etc, aspectos estos que con el tiempo podría generar patologías y enfermedades más graves. b) Factores culturales: éstos están relacionados con aspectos sociales, creencias, vestimenta, dialecto y costumbres; el daño moral desde esta perspectiva se relaciona con el nivel cultural de la persona que ha sufrido el agravio. Francamente nos resulta difícil de aterrizar este factor en los supuestos que estamos analizando. c) Factores sociales: sufrimiento, deterioro profesional o familiar. d) Factores económicos: éstos siempre estarán ligados al poder adquisitivo que tendrían los trabajadores despedidos y con los bienes disponibles, es decir, están estrechamente ligados a los ingresos y uso de los mismos, lo que podría afectar el nivel de vida, producto del

¹³⁵ En parecidos términos TUSET DEL PINO, P. “Algunas reflexiones en torno a la indemnización adicional a la legal en los supuestos de despido improcedente”. Revista Consell Obert., nº 372 de marzo/abril 2023. Pag. 11

daño ocasionado¹³⁶. Tras la revisión de estos factores sinceramente consideramos que el conocimiento de los jueces a partir de estas teorías no se debe limitar a cuestiones jurídicas, económicas, etc. sino que les imponemos de suerte una labor para la que tendrán que consultar a otros profesionales o iniciar unos estudios que le proporcionarán cierta seguridad de que en su desempeño pueden valor estos aspectos, amén del retraso judicial en la resolución de los conflictos por despido.

Para terminar, decir que es habitual en la doctrina atribuirnos una suerte de adivinos de por dónde deben ir los derroteros de las materias que analizamos, con ello a veces tirando del imaginario proponemos soluciones no cotejadas con la realidad y la práctica que pretendemos mejorar siempre desde el afán de aplicar el carácter tuitivo de nuestra rama del derecho, pero que lejos de ser “soluciones posibles” nos convierten en un grupo de debatientes alejados del mercado de trabajo. Todos deseamos tener estabilidad en el empleo por lo que ello influye en el desarrollo de nuestra vida personal y familiar. Todos deseamos tener seguridad en el empleo por lo que la retribución que recibimos nos permite desarrollar en cuanto a proyectos personales, profesionales, formativos, etc. La gran mayoría piensa que la clase empresarial se lucra con el trabajo desarrollado por las plantillas de las empresas. La gran mayoría piensa que la clase trabajadora está mal retribuida por el empleo que desarrolla. Y todo lo anterior parece que debe ser compensado en el momento que culmina la relación laboral, no antes, estableciendo una suerte de indemnización por el despido que compense los males sufridos en el ámbito de las relaciones laborales, porque a nadie se le ocurre plantear que la clase empresarial deba compensar al trabajador por los puntos anteriores durante el desarrollo de la relación laboral, aunque no exista estabilidad o seguridad en el empleo.

10. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ DEL CUVILLO, A “La reformulación de la indemnización por despido improcedente a la luz de la Carta Social Europea” *En Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 8 de 2024. En <https://doi.org/10.12795/TPDM.2024.i8.01>

ARÍAS DOMÍNGUEZ A. “Últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo-octubre de 2022, nº 5.

AGUSTÍ MARAGALL, J. “La indemnización adecuada como reparación subsidiaria al despido injusto en el art. 10 del Convenio 158 de la OIT”, *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, nº de diciembre de 2021.

BAYLOS GRAU A. <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-reforma-ineludible-de-la.html>. 12 de julio de 2024.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Valor social del trabajo y el despido injustificado “agravado”: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de “disuasión marginal”.

¹³⁶ VILLACRÉS MORENO, J.L. Y JARAMILLO LEÓN, A.A. “El daño moral a consecuencia del despido intempestivo” *Revista Sociedad y Tecnología* nº 5, <https://doi.org/10.51247/st.v5iS1.229>. 20 de julio de 2024. BAHAMONDES, C. (2016). *Daño moral por despido injustificado. Colección derecho privado/ Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales (253-270)*: https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/despido_moral_claudiabahamondes.pdf. 20 de julio de 2024.

Revista Internacional y Comparada. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Volumen 10, nº1 enero-marzo de 2022.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. “Decisiones judiciales y ruido: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente” *Temas Laborales* nº 166 de 2023.

BLASCO JOVER, C. “El Tribunal Supremo sentencia que 1+0 no es igual a 2: se zanja el debate en torno al reconocimiento doble de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales”. <https://www.aedtss.com/el-tribunal-supremo-sentencia-que-1-0-no-es-igual-a-2/> 3 de agosto de 2024.

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. “Análisis de la evolución de la causa económica para despedir y valoración desde la economía del bien común” en Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020.

FERNÁNDEZ PONS, X “El régimen jurídico internacional de trabajo y el ordenamiento jurídico español”, en la obra de BONET PÉREZ J. et al. *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Barcelona, Huygens. 2010.

GARCÍA BLASCO, J., y ÁLVAREZ GIMENO, R., “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales. Artículo C y Protocolo de 1991, y artículo D y Protocolo de 1995”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dir. y coord.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.G Y MERCADER UGUINA, J. “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 147 de 2020.

GARCÍA VIÑA J. “Las indemnizaciones adicionales en los casos de extinción del contrato de trabajo a las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores son válidas? *Revista labos* nº 3, vol. 4 diciembre de 2023.

GARRIDO PALACIOS M. A. “La indemnización adicional por despido improcedente en España: un análisis del control de convencionalidad”. *Revista Iuslabor* 1/2024.

GOERLICH PESET, J.M. “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo, sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”. *El Foro de Labos*, 2022. En <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/>

GORELLI HERNÁNDEZ J. “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”. *IUSlabor* 1/2023.

JIMENA QUESADA, L.” El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”. *Documentación Laboral*, núm. 125-Año 2022-Vol. I.

LAHERA, J. Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización por despido improcedente en España. <https://documentos.fedea.nTRTRET/pubs/ap/2024/ap2024-20.pdf>. 20 de agosto de 2024.

LAHERA FORTEZA, J. El relativo alcance de la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales contra España en la indemnización del despido improcedente. En <https://www.linkedin.com/company/abdonpedrajas/posts/?feedView=all> 1 de agosto de 2024.

LÓPEZ TERRADA E. “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11 (1). 2021.

LUJÁN DE FRÍAS, F. “La regulación del despido en España y la Reclamación colectiva de UGT ante el CEDS”. *Revista de Estudios Latinoamericanos* nº 15, volumen I 2023.

MARTÍNEZ MORENO, C. “El marco internacional para la tutela de los derechos laborales”. *Lex Social: Revista Jurídica de Derechos Sociales* vol. 6, nº1 de 2016.

MOLINA NAVARRETE, C. “La obsolescencia legalmente programada del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada”. En *Revista Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4 nº 3 diciembre de 2023.

MOLINA NAVARRETE, C. “La lucha por el derecho a una indemnización adecuada de despido y la Constitución Social Europea: “Alea jacta est”. *CEF Laboral Social*, abril de 2024.

MOLINA NAVARRETE C “La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre otros (auras) y ocasos (crepúsculos) ¿justicia resarcitoria o justicia del cadí?. *Revista Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451.

MONREAL E. “Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes”. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*. Volumen 2 nº 2 de 2023.

PALOMEQUE LÓPEZ M.C. “La contribución de la OIT a la construcción normativa del Derecho del Trabajo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 147 de 2020.

PARRES MIRALLES, R. “Los años de servicio como criterio de cálculo de la indemnización por despido improcedente”. en *Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2020

PRECIADO DOMÉNECH, C. H “El Protocolo de reclamaciones colectivas de la Carta Social Europea”, *Jurisdicción social*, en <https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2022/06/Revista-Social-Mayo-2022.pdf/> 9 de julio de 2024.

PRECIADO DOMÉNECH, C. H. *Interpretación de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

SALCEDO BELTRÁN, C- “Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea Revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque” <https://www.aedtss.com/indemnizacion-adeuada-reparacion-apropiada-y-funcion-disuasoria-del-despido-injustificado-segun-la-carta-social-europea-revisada-los-arboles-no-deben-impedir-ver-el-bosque/> 5 de julio de 2024

SANZ DE GALDEANO, B. “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”. *Revista Labos* vol. 2 nº3 de 2021.

TUSET DEL PINO, P. “Algunas reflexiones en torno a la indemnización adicional a la legal en los supuestos de despido improcedente”. *Revista Consell Obert.*, nº 372 de marzo/abril 2023.

VIVERO SERRANO, J. B. “Anatomía de una valoración crítica. La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido injustificado”. *Brief de la AEDTSS* nº48 de 2023.

VILLACRÉS MORENO, J.L. Y JARAMILLO LEÓN, A.A. “El daño moral a consecuencia del despido intempestivo” *Revista Sociedad y Tecnología* nº 5, <https://doi.org/10.51247/st.v5iS1.229>. 20 de julio de 2024. BAHAMONDES, C. (2016). *Daño moral por despido injustificado. Colección derecho privado/ Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales (253-270)*: https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/despido_moral_claudiabahamondes.pdf. 20 de julio de 2024.

Abreviaturas

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CSEr	Carta Social Europea Revisada
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
ETOP	Económicas, Técnicas, Organizativas y de Producción
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TRET	Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

**PONENCIA GENERAL TERCERA:
EL SALARIO MÍNIMO Y SU FUNCIÓN
EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE RENTAS***

MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Málaga
mfernandezr@uma.es
Orcid 0000-0001-7553-1234

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR
2. ANATOMÍA JURÍDICA DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL EN ESPAÑA
3. EL SALARIO MÍNIMO COMO ELEMENTO DE REDISTRIBUCIÓN DE LAS RENTAS Y DE PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA SOCIAL
4. BALANCE CRÍTICO Y PROPUESTAS DE MEJORAS
5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

* Esta obra se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación:
- Proyecto de Investigación “Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socioeconómico de la economía digital”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación de fondos FEDER, (Ref. UMA18 FEDERJA 028).
- Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ-347), “Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social”.
- Proyecto de Investigación: “Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva” (Ref. PPRO-SEJ-347-G-2023). Universidad de Málaga.
- Equipo de Investigación “Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital” (Ref. PID2021-124031NB-C44).
- Proyecto de Investigación “Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores” (Ref. D5-2022_06). Grupo de Investigación financiado por la Junta de Andalucía (PAIDI SEJ-347), “Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social”.

*“En 2022, más de la mitad del valor de la riqueza en España se concentraba en manos de apenas un 10% de la población; y un 22%, en las del 1% más rico....En los últimos 20 años, la brecha entre quienes más y menos tienen se ha hecho más grande: la diferencia entre el valor de la riqueza de un hogar situado en el 50% más pobre y otro del 10% más rico, se ha duplicado.....casi la mitad de las 50 grandes empresas españolas tienen una vinculación significativa de personas que están en el 1% más rico”^{1**}*

RESUMEN:

Los desequilibrios en el mercado de trabajo, las políticas fiscales poco redistributivas y la vulnerabilidad frente al cambio tecnológico configuran un marco en el que la desigualdad, la pobreza y la exclusión social pueden cronificarse, superando la capacidad de un Estado de bienestar para mantener la cohesión social. A su vez, la crisis del costo de la vida ha empeorado la situación de las personas con bajos ingresos y, a menudo, ganar un salario no garantiza acceder a un nivel de vida adecuado. Así las cosas, el interés por la equidad en la redistribución de la renta, la importancia del sueldo mínimo, el papel de las políticas públicas y las perspectivas divergentes en torno a cómo conciliar este trinomio, no sólo se ha convertido en un debate de primer orden, sino que vertebra el objetivo del trabajo que presentamos.

Palabras clave: Desigualdad, pobreza, distribución de la riqueza, salarios mínimos, política de rentas.

THE MINIMUM WAGE AND ITS ROLE IN THE FRAMEWORK OF INCOME POLICY

Abstract: Imbalances in the labor market, poorly redistributive fiscal policies and vulnerability to technological change create a framework in which inequality, poverty and social exclusion can become chronic, outstripping the capacity of a welfare state to maintain social cohesion. In turn, the cost-of-living crisis has worsened the situation of low-income people, and earning a wage often does not guarantee access to an adequate standard of living. Thus, the interest in equity in income redistribution, the importance of the minimum wage, the role of public policies and the divergent perspectives on how to reconcile this trinomial, has not only become a major debate, but also underpins the objective of the paper we present.

Key words: inequality, poverty, wealth distribution, minimum wages, income policy.

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

Asistimos a lo que parece ser el inicio de un nuevo patrón global de generación y crecimiento de las desigualdades y la pobreza de modo que, en solo cinco años, hemos

¹ ** Informe OXFAM Intermon; “Desigualdad S.A., Filial en España”, 2024, p. 3.

experimentado una pandemia mundial, nuevas guerras, una crisis del costo de la vida, el salto abrupto al mundo tecnológico y el colapso climático. Cada uno de estos trances ha ensanchado la brecha, no tanto entre los ricos y las personas que viven en la pobreza, sino entre una minoría de oligarcas y la inmensa mayoría de la población mundial². Por ello, la evolución de la desigualdad en las economías desarrolladas constituye en la actualidad uno de los temas socioeconómicos con mayor trascendencia.

Es más, pocas cuestiones existen hoy tan importantes en el debate económico y social de España como el de la extensión y las causas de la desigualdad³. Una cuestión de justicia distributiva dado su profundo impacto individual (pobreza, discriminación, rechazo, imposibilidad de acceder a puestos de trabajo bien remunerados o a servicios sociales básicos e incluso acortamiento de la esperanza de vida), pero también colectivo, pues una alta desigualdad tapona el crecimiento económico de cualquier país. A ello responde que el interés por la equidad en la distribución de la renta, la importancia del sueldo mínimo y el papel de las políticas públicas, se haya reavivado en los últimos años desde distintos ámbitos de la investigación⁴ y, sobre todo, por parte de los organismos internacionales como la OCDE⁵, la OIT y la propia UE.

Paradójicamente, la mayoría de las personas pobres del mundo trabajan, pero, con demasiada frecuencia, ni ganar un salario les permite tener un nivel de vida adecuado, ni los incrementos de productividad se traducen en mejores salarios para los empleados debido, entre otras razones, al aumento de las formas de trabajo atípicas y al debilitamiento de los derechos sindicales⁶. Los bajos salarios representan, pues, una de las principales causas del crecimiento de la categoría de los “trabajadores pobres”⁷, afectando de lleno a los más vulnerables. En consecuencia, mejorarlos, no es solo un objetivo *per se* de solidaridad obligada y de cohesión social en cualquier estado de bienestar, sino que unos ingresos salariales dignos son fundamentales para la consecución del ODS 1 relativo al fin de la pobreza, el ODS 8 sobre trabajo decente, e indirectamente, de otros tantos ODS.

Es cierto que, la inflación, incrementa la pobreza severa hasta empeorar los datos de la crisis financiera, especialmente, en hogares con muy baja intensidad de empleo⁸,

² En 2020, la proporción de trabajadores del mundo que vivían en la pobreza extrema aumentó por primera vez en dos decenios, del 6,7 % de 2019 al 7,2 %, y 8 millones de trabajadores adicionales cayeron en la pobreza, situación que afectó de forma desproporcionada a los jóvenes, las mujeres y los trabajadores informales. *Cfr.* Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2022 (Naciones Unidas, 2022), p. 26.

³ *Vid.* “Informe sobre la distribución de la renta en España: desigualdad, cambios estructurales y ciclos Consejo Económico y Social de España”, (CES), 2013, p.177.

⁴ Pérez del Prado, D., “El salario mínimo interprofesional en el debate jurídico y económico”, *Revista de información laboral*, N.º. 1, 2017, pp. 229-248; Calonge, S., Manresa, A., *Crisis económica y desigualdad de la renta en España. Efectos distributivos de las políticas públicas*. Estudios de la Fundación. Serie Economía y Sociedad. Funcas, Madrid, 2019; Ochando Clararunt, C., Albert Moreno, J. F., “La política de rentas en España como instrumento de -pre-distribución-”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2020 (Economía y Sociología), N.º 146, pp. 113-136; Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G., “Política de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas”, *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, N.º. 1, 2021, pp. 17-45; Cruz Villalón, J.: *Política de rentas salariales, salario mínimo y negociación colectiva*, Bomarzo, 2022.

⁵ La OCDE señala que en 2015, en la mayoría de países desarrollados, la desigualdad se encontraba en su punto más alto de los últimos 30 años (Informe OCDE, 2015). Por otra parte, los datos más recientes —tercer trimestre de 2021— de la Encuesta de Población Activa (EPA) indican que, en España, un 26% de la población asalariada tiene un contrato temporal. En lo que a la intensidad laboral respecta, la tasa de parcialidad no es especialmente alta (13,5%), pero 1 de cada 2 personas que trabaja en esta situación lo hace de manera involuntaria.

⁶ *Cfr.* Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, documento A/78/175, 2023, p. 1.

⁷ *Vid.* Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Trabajadores pobres y derecho del trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 septiembre 2009, Año XXV, Tomo 2, Editorial LA LEY.

⁸ Según datos publicados en el XIV Informe “El Estado de la Pobreza en España. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030”, presentado en junio 2024 por la Red de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social

y es resultado, en esencia, de un conflicto distributivo estructural⁹, entre cuyos factores aceleradores (causantes originales de un proceso de subida de precios en la economía) están: el aumento de los costes de producción, el aumento de los bienes importados, el aumento de las materias primas y, por supuesto, el aumento de los salarios reales. Por tanto, no podemos desligar la distribución de la renta del control de la inflación. Pero también es verdad que carecer de una garantía de ingresos básicos que proteja a los ciudadanos frente a las oscilaciones del mercado, no es ni solidario, ni justo, por lo que una distribución socialmente deseable de la renta tendría que ir más allá y repensar el sistema salarial en términos de sus posibilidades para la solidarización¹⁰.

En nuestro país, se ha venido producido un claro aumento de la desigualdad de rentas de mercado ligado principalmente a la potente caída de las rentas más bajas por la incidencia del desempleo y por una fuerte reducción de los salarios y prestaciones¹¹, siendo, en este contexto, donde el salario mínimo ha vuelto a cobrar actualidad. De hecho, los salarios de la clase trabajadora han sufrido mucho últimamente, dado que el poder adquisitivo se ha visto erosionado una vez más debido al aumento de los precios, que se inició con la crisis de suministros en ciertos sectores en 2021 y se agravó en 2022 con la invasión de Ucrania por parte de Rusia¹². Mientras tanto, los empleadores mantuvieron prácticamente congelados los sueldos de sus trabajadores (pese a aumentar sus ganancias), y aunque es cierto que los españoles ganamos más en términos nominales¹³, España se destaca como uno de los países europeos donde los ciudadanos perdieron más poder adquisitivo desde el 2020 hasta hoy¹⁴. A mayor abundamiento, la ausencia de convergencia hacia el nivel de renta per cápita del conjunto del área del euro (2,6%) que muestra la economía española (2,5%), han puesto de manifiesto la necesidad de abordar una serie de retos estructurales vinculados a las deficiencias que ésta ha venido presentando persistentemente en los últimos años¹⁵.

Aunque en 2023 se produjo una cierta reducción de la inflación (hasta el 6,8%) y en 2024 y para 2025 se espera un nuevo descenso moderado (hasta el 5,9%), el rápido incremento de los años precedentes sin la correspondiente subida de los salarios nominales, ha provocado una caída de los salarios reales, es decir, en los salarios ajustados por los precios de consumo, en la mayoría de las economías del G20 y en todos los países de la OCDE. Esto ha dado lugar a una crisis del coste de la vida y a una erosión del nivel de vida de los trabajadores jóvenes y adultos de todo el mundo¹⁶. Los gobiernos (y bancos centrales) se han visto abocados a encontrar una vía para llevar la inflación a los niveles objetivos sin provocar una recesión económica prolongada.

en el Estado Español (EAPN-ES), 12·7 millones de personas se encuentran en riesgo de pobreza y/o exclusión social en España, p. 8 y ss; Frenkel, R., “Inflación e hiperinflación: el infierno tan temido”, *Ciencia hoy*, Vol. 1, Nº. 3 (Abril/Mayo), 1989, pp. 52-61.

⁹ Boundi, F., “Relaciones de producción y conflicto capital-trabajo en la economía política”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega De Ciencias Sociales*, (18), pp. 81-96. <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i18.45>.

¹⁰ Ochando Claramunt, C., Albert Moreno, J. F., “La política de rentas en España...”, *op. cit.*, p. 117.

¹¹ Cantó Sánchez, O., “El efecto redistributivo del impuesto sobre la renta y las prestaciones monetarias ante el incremento de la desigualdad de rentas”, *Presupuesto y Gasto Público* 71/2013, p. 155.

¹² Comajuncosa Ferrer, J. M., “Las causas de la reaparición de la inflación en 2020-2023”, *Mediterráneo económico*, Nº. 38, 2024 (Ejemplar dedicado a: Inflación, políticas y sociedad), pp. 23-37.

¹³ El sueldo real de los trabajadores por cuenta ajena, una vez descontada la inflación acumulada, ha caído entre un 3,9% y un 5,1% desde 2019, según revelan los datos de la EPA y de la Seguridad Social, respectivamente.

¹⁴ Según los datos del Informe “GfK Purchasing Power Europe 2023”, el poder adquisitivo de los españoles cae un 0,7% desde el año 2000, tan sólo por delante de italianos y griegos; *Vid* también la actualización de los datos por el INE de la Contabilidad Nacional de España para el periodo 2020-2022.

¹⁵ Banco de España, Eurosistema, “Informe Anual 2023”, p. 52. (https://www.bde.es/f/webbe/SES/Seccion/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023.pdf).

¹⁶ *Cfr.* OIT, “Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2024. Trabajo decente, futuros más prometedores”, Resumen Ejecutivo, Edición 20º aniversario, pp. 1-8.

Es en este marco donde ha resurgido recientemente y con intensidad la propuesta de un “pacto de rentas” (PR) entre los afectados¹⁷. Se trata de una figura excepcional utilizada en momentos en los que es necesario un acuerdo entre los agentes sociales (patronal y sindicatos) impulsado por el gobierno, para dar solución a una situación conflictiva concreta, como sucede, en este momento en España, con motivo de una alta tasa de inflación. Es uno de los instrumentos de política económica con los que el gobierno puede intentar manejar la formación y evolución de los distintos tipos de rentas de los agentes económicos. A grandes rasgos, el PR tiene por objeto repartir el coste de la inflación entre todos los agentes económicos, tal como ya sucediera a propósito de la crisis de los años 70 y los Pactos de la Moncloa¹⁸.

Ahora bien, es cierto que no existe un único modelo de desigualdad, sino que son diferentes factores los que están incidiendo en la misma; de este modo, las razones de la desigualdad son múltiples, y responden en cada sociedad a sus propias dinámicas. Por lo tanto, la adopción de un enfoque pluralista respecto de las fuentes de la desigualdad es, en relación con las políticas, uno de los elementos de éxito a la hora de abordarla y corregirla¹⁹. Ello significa que, más allá de concretas medidas con las que atajar la crisis inflacionista, complementariamente, se hace necesario una reformulación de las políticas públicas de cohesión social para dar solución a otros graves problemas estructurales que también coadyuvan al empobrecimiento de los ciudadanos. Del éxito o fracaso de estas estrategias conjuntas dependerá si se repite o no un escenario de estancamiento como el de los años 70.

A raíz de las crisis económicas ha resultado de especial interés analizar la capacidad de reacción de cada una de las políticas, cuando se enfrenta a situaciones de profundos cambios en la estructura distributiva de las rentas de mercado como ha sucedido en nuestro país. Desafortunadamente, esta preocupación por el aumento de las diferencias de renta entre los hogares y por las posibilidades y límites de las políticas redistributivas, contrasta con la ausencia de análisis empíricos suficientemente robustos, que arrojen luz tanto sobre las tendencias como los determinantes últimos del cambio distributivo²⁰.

Por su parte, con relación al sueldo mínimo, la mayoría de los análisis que se realizan al respecto se centran en determinar si su nivel tiene algún tipo de incidencia sobre el empleo²¹. Sin embargo, son escasos los trabajos que abordan si, en efecto, el sueldo mínimo cumple con su objetivo básico de mejorar las rentas de los perceptores de bajos salarios reduciendo la desigualdad. Precisamente, con este trabajo nos proponemos analizar la incidencia del salario mínimo en la política de rentas partiendo, para ello, de un análisis de la regulación del sueldo mínimo garantizado, tanto en el plano interno como internacional. Argumentaremos las razones a las que atiende la naturaleza redistributiva del salario mínimo así como sus limitaciones en un contexto de alta inflación, haciendo un repaso crítico por las recientes medidas adoptadas para equilibrar el reparto de costes.

¹⁷ Goerlich Gisbert, F., *Distribución de la renta, crisis económica y políticas redistributivas*, Fundación BBVA, 2016.

¹⁸ Cabrera Calvo-Sotelo, M., “Los pactos de la Moncloa: acuerdos políticos frente a la crisis”, *Historia y Política*, núm. 26, Madrid, julio-diciembre (2011), pp. 81-110.

¹⁹ Martín Carretero, J. M., “Nueva desigualdad en España y nuevas políticas para afrontarla”, *Observatorio social de la Fundación la Caixa*, 2019, pp. 10 y 11.

²⁰ Goerlich Gisbert, F., “*Distribución de la renta...*”, *op. cit.*, p. 256.

²¹ Barceló, C.; Izquierdo, M.; Lacuesta, A.; Puente, S. Villanueva, E., “Los efectos del salario mínimo...”, *op. cit.*, p. 36.

2. ANATOMÍA JURÍDICA DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL EN ESPAÑA

El reconocimiento constitucional al derecho a una retribución suficiente, que permita una vida individual y familiar (art. 35 Constitución, CE), va acompañado de una política intervencionista con la fijación de salarios mínimos (art. 27 Estatuto, ET)²², lo cual evita la subjetividad en la valoración por quien obtiene el beneficio de los frutos del trabajo, al tiempo que contribuye a desvincular la remuneración del concepto estricto de productividad empresarial, emergiendo en sus justos contornos el derecho amparado en la CE como último bastión en el seno de la relación laboral²³. Como se ha expresado “El carácter retribuido del trabajo torna al salario en pieza clave del nexo contractual laboral, definido incluso bajo la expresión “contrato de salario”²⁴. Por ello, para la regulación y fijación del salario, la autonomía de la voluntad expresada en el contrato de trabajo ha de ser respetuosa con la autonomía colectiva —que actúa como garante de un salario profesional— y con el Salario Mínimo Interprofesional (SMI), que se establece cada año por parte del Gobierno²⁵.

El salario suficiente —cuya expresión más típica es el instituto jurídico del salario mínimo legal obligatorio—, se ha definido como la cuantía mínima de remuneración que un empleador está obligado a pagar a sus asalariados²⁶ por el trabajo que éstos hayan efectuado durante un período determinado²⁷, cuantía que no puede ser rebajada ni en virtud de un convenio colectivo ni de un acuerdo individual. Es un derecho social de “desmercantilización” substraído al poder de determinación de la autonomía privada; garantiza el derecho a la existencia digna de la persona que trabaja y de los que dependen de él y su establecimiento y revalorización permite tutelar el poder adquisitivo de las rentas mínimas retributivas en el marco de la política de ingresos²⁸.

Por tanto, el SMI actúa como suelo irreductible y como tractor de los salarios convencionales, generando, simultáneamente, un aumento en las cotizaciones sociales²⁹, y es un indicador económico clave, junto con el salario medio, la renta per cápita y el Índice de Desarrollo Humano (IDH), del nivel de vida de un país. Así queda claro que el SMI es un supuesto de norma mínima, aplicable a todos los trabajadores, como suelo mínimo

²² Álvarez-Ossorio Micheo, F., “El salario mínimo inferprofesional como derecho fundamental: su adecuado cálculo como contenido esencial del derecho”, en AA.VV., *Política de rentas salariales, salario mínimo y negociación colectiva*, Jesús Cruz Villalón (Coord.), Bomarzo, 2022, pp. 133-162.

²³ Diéguez Cuervo, G., “Conceptos económicos en la regulación de las relaciones de trabajo (una novedad de nuestras reformas laborales)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 86, 1997, p. 829.

²⁴ Expresión acuñada por Hegel, tal y como recoge y comenta Alonso Olea, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 1987, p. 144.

²⁵ Pérez Hernández, M. M., “El salario mínimo interprofesional y la negociación colectiva. Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 74/2022, de 26 de enero. ECLI:ES:TS:2022:74”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 163/2022, p. 246.

²⁶ Su naturaleza de contraprestación en el marco del contrato de trabajo implica que el salario necesariamente deberá ser abonado por el empresario. Dicha procedencia ha implicado la exclusión tradicional de las propinas del concepto de salario, al ser percibidas por el trabajador con ocasión de su trabajo, por no proceder del ingreso del patrimonio empresarial sino de un tercero (STS 8-6-1987 [RJ 1987, 4139]; STS 23-5-1991 [RJ 1991, 3921]).

²⁷ La SAN 20-6-2019 (AS 2019, 1743) nos recuerda que el carácter bilateral y sinalagmático del contrato de trabajo implica que el derecho al percibo del salario se genera por la efectiva prestación de servicios, hasta tal punto que, es correcta la práctica de una empresa de detraer el salario correspondiente a los retrasos en los fichajes de entrada cuando son injustificados. En el mismo sentido, STS 27-5-2021 (RJ 2021, 2778), durante el tiempo en que la persona trabajadora no presta servicios laborales, teniendo obligación de hacerlo, sin justificación alguna, el carácter sinalagmático del contrato de trabajo supone que no se devenga salario, sin que ello suponga una multa de haber.

²⁸ Monereo Pérez J. L., “El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997 (La gran transformación: la política salarial en el nuevo paradigma de organización industrial)”, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 9 y ss.

²⁹ Tarabini-Castellani Aznar, M., “El salario mínimo interprofesional”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco* / coord. por José María Goerlich Peset, 2016, pp. 533-544.

por debajo del cual no se puede contratar³⁰. De este modo, y en aplicación del artículo 27.1 ET, y del artículo 12.3 del RDL 28/2018³¹, si los salarios establecidos en convenios colectivos o en virtud de contratos o pactos de naturaleza privada fueran inferiores en su conjunto y en cómputo anual a los importes del SMI, deben ser modificados en la cuantía necesaria para asegurar dichos importes³².

El establecimiento de la cuantía del salario mínimo que, como se dicho *supra*, es competencia del Gobierno (art. 27 ET), se hará “anualmente”, lo que en la práctica se ha hecho coincidir con el año presupuestario y, por consiguiente, con el año natural. Ahora bien, el aumento del SMI no tiene que suponer necesariamente un aumento en cadena de todos los salarios profesionales o individuales si estos resultan superiores al mínimo³³, sino únicamente respecto de aquellos que queden por debajo del SMI, que habrán de ser elevados hasta la cuantía de este.

Tras la subida del SMI recogida en el Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el SMI para 2024, éste sube a 1.134 euros (brutos mensuales en 14 pagas), aumentando un 5%, por encima de la inflación media del año anterior (3,6%). Esta subida del SMI para 2024, con efectos retroactivos desde el 1 de enero de este año, se determinó con el objetivo de asegurar el derecho a una remuneración justa y adecuada que cubra las necesidades básicas. Y al mismo tiempo avanzar hacia el cumplimiento del objetivo del 60% del salario medio, en línea con las recomendaciones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y el compromiso de legislatura del Ejecutivo en la Carta Social Europea³⁴. Se prevé una nueva subida para 2025. Tomando en consideración el auge en la creación de empleo en sectores de mayor valor añadido, relacionados con la digitalización y con profesiones técnicas, está impulsando el crecimiento salarial y permitiendo ganancias de poder adquisitivo, la propuesta sindical es que la subida sea acorde con el resto de los salarios.

No obstante, desde Bruselas exigen que las cifras no sean el resultado de negociaciones arbitrarias con los agentes sociales, sino que se implemente un sistema de actualización coherente y homogéneo. Esto implicaría seleccionar indicadores internacionales o nacionales para calcular las futuras subidas del SMI. Este año, o como máximo el siguiente, la forma de actuar debería cambiar debido a lo dispuesto por la Directiva europea de salarios mínimos, aprobada en 2022 y que España debería transponer antes del 15 de noviembre de 2024. La norma obliga al Gobierno a poner fin a los criterios cambiantes y hacer permanente la comisión de expertos porque, según establece, de modo que los estados tienen que elegir entre indicadores internacionales o nacionales para calcular las subidas del SMI y deben crear “uno o varios órganos consultivos” que asesoren al Ejecutivo al respecto.

En el salario mínimo solo se computa la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra (no se puede sustituir en ningún caso el dinero del SMI en la nómina). Este salario se entiende

³⁰ Pérez Hernández, M. M., “El salario mínimo interprofesional...”, *op. cit.*, p. 245.

³¹ De 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

³² Aguilera Izquierdo, R., “Cuestiones actuales sobre el salario mínimo interprofesional”, *Revista española de derecho del trabajo*, Nº. 246, 2021, pp. 13-22.

³³ Llompert Bennassar, M., “La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social”, *Trabajo y Derecho*, número 57, septiembre 2019, p. 58.

³⁴ El debate gira en torno a si el SMI neto español ha alcanzado ya el 60% del salario medio neto, como recomienda el CEDS en su interpretación de la Carta Social Europea revisada, ratificada por España en 2021. *Cfr.* Burriel Rodríguez-Diosdado, P., “El salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: el desacuerdo permanente”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(1), 2022, pp. 498-529. (<https://doi.org/10.46661/lexsocial.6477>).

referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, sin incluir en el caso del salario diario la parte proporcional de los domingos y festivos. Si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata.

Para conseguir la efectiva percepción del SMI garantizado hay que atender a las previsiones del convenio colectivo, incluyendo los diversos complementos salariales, salvo que una norma con rango de Ley aboque a otra conclusión, o el propio convenio colectivo lo indique de forma expresa. Según el Tribunal es inevitable hacer esta interpretación porque de otra forma se estaría incumpliendo lo previsto en el artículo 27 del ET, que indica que: *“la revisión del salario mínimo no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel”*. De acuerdo al criterio jurisprudencial³⁵, las empresas podrán subir el SMI absorbiendo los pluses de antigüedad de modo que, la cuantía que se percibe por el complemento de antigüedad forma parte del salario y, por tanto, se incluirá dentro del mismo en consonancia con el aumento del SMI. Asimismo, recientemente se ha resuelto que, si no existe ninguna previsión en contra en el convenio colectivo de aplicación, los complementos de sobrecargo, nocturnidad y paga de beneficios, son de naturaleza salarial, con lo cual procede su compensación y absorción con el incremento SMI. El plus de transporte no tiene carácter salarial, luego no cabe su compensación³⁶.

A sensu contrario, y dado que el salario encuentra su causa en el trabajo realizado por el asalariado; aquellas percepciones económicas que reciba el trabajador que no respondan al pago de su prestación no podrán ser consideradas salario. Son las llamadas, con carácter general, percepciones extrasalariales relacionadas en el artículo 26.2 ET³⁷. Las horas extras, jornadas adicionales, bonos y otras retribuciones adicionales tampoco entrarán en el SMI sino que se consideran como añadidos al salario. El SMI hace referencia a la jornada ordinaria de una persona empleada, por lo que si esa persona realiza horas extra deberán ser abonadas de manera adicional. Lo mismo ocurre con la nocturnidad. La cuantía a percibir por realizar horas en horario nocturno debe quedar determinada en el convenio colectivo y requerirá un abono específico, independiente al SMI. Salvo que por la propia naturaleza de la actividad se acuerde la compensación de la nocturnidad con descansos.

La subida del SMI afecta de manera directa o indirecta a todas las personas trabajadoras pero, especialmente, a aquellas que no tienen convenio y quienes están recibiendo menos ingresos de lo estipulado. De hecho, hay una serie de colectivos tales como los jóvenes, quienes tienen contratos de aprendizaje u otros colectivos que ocupan los puestos más bajos de la escala profesional para los que el aumento de SMI ha tenido un efecto importante y directo³⁸. Incluso, aunque haya casos en los que no se produzca una subida del salario, las personas empleadas se van a beneficiar de forma indirecta de la subida del SMI, por ejemplo, en la cantidad de salario protegido frente a un embargo³⁹. Además, la reclamación judicial contra la reducción del salario no prescribe; el TS considera que la

³⁵ STS 74/2022, de 26 de enero de 2022 (Ecli: ES:TS:2022:292), donde se consideró que no se puede compensar el incremento del SMI con complementos extrasalariales puesto que la finalidad de los mismos es compensar los gastos derivados de la actividad laboral de los empleados.

³⁶ STS 446/2024, de 07 de Marzo de 2024 (Ecli: ES:TS:2024:1621).

³⁷ STS 272/2022, de 29 de marzo de 2022 (rec. 60/2020), donde se consideró que no se puede compensar el incremento del SMI con complementos extrasalariales puesto que la finalidad de los mismos es compensar los gastos derivados de la actividad laboral de los empleados.

³⁸ Banyuls Llopis, J., Cano Cano, E., “La incidencia del salario mínimo interprofesional en sectores de bajos salarios”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 29 Núm. 2 (2011). http://dx.doi.org/10.5209/rev_v_CRLA.2011.v29.n2.38020, p. 385.

³⁹ Esteban Gómez, A., “La inembargabilidad del salario mínimo interprofesional”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 165/2022, pp. 121-149.

acción se mantiene viva mientras se siga trabajando, cuando hay reducciones salariales unilaterales y sin causa o acreditación de la misma. Por tanto, el trabajador no pierde el derecho a reclamar por la bajada de sueldo efectuada por la empresa, aunque tarde años en demandar⁴⁰.

Las fugas en el ámbito subjetivo de aplicación del SMI —desempleados y precariedad laboral—, han aconsejado el establecimiento de una medida que viene a reforzar el sistema de garantía de ingresos, estableciendo una política estatal de tutela última en la lucha contra la pobreza y la desigualdad social, llevada a la práctica con la promulgación del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, cuyo importe, en su cuantía máxima, se asemeja bastante al del SMI a media jornada.

2.1. Reconocimiento internacional

Una definición amplia de salario se detalla en el artículo 1 del Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95), de la OIT: “...*el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar*”. Esta definición refleja el carácter vinculante de los salarios mínimos, independientemente del método que se utilice para fijarlos. En este sentido general, el término salario se utiliza a menudo como sinónimo de “sueldo” o “remuneración”. Su definición no incluye los ingresos procedentes del empleo independiente o por cuenta propia. Sobre la base de esta definición, se considera que existen salarios mínimos en más del 90 por ciento de los Estados Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en 22 de los 28 Estados miembros de la UE. La finalidad de su establecimiento es proteger a los trabajadores contra el pago de remuneraciones indebidamente bajas. Además, una remuneración salarial mínima ayuda a garantizar que todos se beneficien de una justa distribución de los frutos del progreso y que se pague un salario mínimo vital a todos quienes tengan empleo y necesiten esta clase de protección.

Una de las medidas que más atención ha recibido en este debate para amortiguar el incremento de la desigualdad y mejorar el bienestar social ha sido el incremento del SMI. Esta medida presenta dos elementos favorables respecto a otras alternativas: no tiene un impacto fiscal inmediato y es relativamente fácil de decretar por parte de un Gobierno. Quizás por estos motivos, en los últimos años, han abogado por incrementos del SMI varios organismos internacionales, como la OIT, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial⁴¹.

No es extraño, por tanto, que la OIT tenga dos convenciones (convención n° 26 y n° 31) que confieren al SM el papel de norma laboral universal. En cualquier caso, a lo largo del tiempo el SMI se ha asociado con otros objetivos, como por ejemplo la mejora de la protección social, disminuir las desigualdades de género, favorecer la inserción laboral, etc.. Pero con el transcurso del tiempo la finalidad del salario mínimo se ha transformado, y éste ya no se considera simplemente como herramienta de política aplicable de forma selectiva en algunos sectores de bajos salarios, sino que se ha convertido en un instrumento de cobertura mucho más amplia. Esta evolución puede observarse en las disposiciones de diversos Convenios y Recomendaciones de la OIT:

⁴⁰ STS, 538/2022, de 13 Junio de 2022 (ES:TS:2022:2371).

⁴¹ Barceló, C., *et alri.*, “Los efectos del salario...”, *op. cit.*, p. 8.

- El Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), dispone que los países deben establecer salarios mínimos “en industrias o partes de industria [...] en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos”.
- Adoptado varios decenios más tarde, el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), obliga a los Estados Miembros a dar protección a “*todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema [de salarios mínimos]*”. En el eje central de este Convenio se inscribe el principio de la celebración de consultas exhaustivas con los interlocutores sociales.
- Recomendación sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (nº. 135), concreta los objetivos de la fijación de salarios mínimos, que debería constituir uno de los elementos de toda política establecida para eliminar la pobreza y para asegurar la satisfacción de las necesidades de todos los trabajadores y de sus familias (párrafo 1), y tener como objetivo fundamental proporcionar a los asalariados la protección social respecto de los niveles mínimos permisibles de salarios (párrafo 2).
- Otros instrumentos pertinentes de la OIT sobre salarios.
- Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)
- Instrumentos pertinentes de la OIT sobre la negociación colectiva.

En virtud del artículo 1 del Convenio núm. 131, todo Estado Miembro de la OIT que ratifique este Convenio se obliga a establecer un sistema de salarios mínimos y la parte III de la Recomendación núm. 135 contiene precisiones sobre el campo de aplicación de este sistema. Además, el artículo 4 del citado Convenio establece la instauración y el mantenimiento de mecanismos adaptados a las condiciones y necesidades del país, que hagan posible fijar y ajustar en tiempo los salarios mínimos de los grupos de asalariados protegidos de conformidad con el artículo 1 mencionado anteriormente.

Cuando se define un salario mínimo, es importante indicar de manera específica qué componentes del salario podrán contabilizarse a efectos de calcular la cuantía mínima, cuáles serán las condiciones bajo las cuales se admitirá un pago en especie y el valor máximo de esta parte del pago, cuál será la forma de cálculo del salario mínimo para los trabajadores remunerados a destajo (es decir, por unidad de obra realizada), y si la tasa mínima corresponde a una tarifa horaria o a una tarifa mensual. El Convenio 131 no indica de manera explícita cuáles son los elementos que constituyen el salario mínimo⁴². En realidad, para asegurar la operatividad de las políticas sobre salarios mínimos es indispensable contar con criterios claros sobre su composición.

El ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales. Asimismo, los sistemas de salarios mínimos deberían ser definidos y diseñados de tal forma que actúen como complemento y refuerzo de otras políticas sociales y de empleo que tienen por objeto establecer las condiciones de empleo y de trabajo (por ejemplo, las políticas en materia de negociación colectiva). También deben ser un elemento integrante de las políticas destinadas a superar la pobreza y reducir la desigualdad, incluyendo las disparidades que existen entre sexos.

⁴² OIT: “Sistemas de salarios mínimos, Estudio General 2014”, p. 21.

Por su parte, en Europa, la Directiva (UE) 2022/2044 del Parlamento Europeo y del Consejo aprobada el 14 de diciembre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, ha venido a dar cobertura legal al principio sexto del Pilar Europeo de Derechos Sociales (remuneración justa y adecuada). El principal objetivo de la Directiva de la UE es establecer un marco para mejorar la adecuación de los salarios mínimos legales y mejorar el acceso efectivo de los trabajadores a la protección del salario mínimo, incluso a través de la NC. Promueve de manera explícita la NC, reconociendo que los sistemas de NC fuertes e inclusivos desempeñan una función importante para garantizar la protección de unos salarios mínimos adecuados.

Los salarios se consideran adecuados si son justos en relación con la distribución salarial en el Estado miembro de que se trate y si proporcionan un nivel de vida digno para los trabajadores sobre la base de una relación laboral a tiempo completo. En este sentido dispone que los Estados miembros con salarios mínimos legales establecerán los procedimientos necesarios para su fijación y actualización, las cuales deben guiarse por criterios establecidos para contribuir a su adecuación. Dichos criterios de adecuación, que se establecerán de forma clara, deben determinarse de conformidad con los usos nacionales en el Derecho nacional y las decisiones de sus organismos competentes o acuerdos tripartito, e incluir al menos los elementos siguientes:

- El poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida;
- La cuantía general de los salarios y su distribución;
- La tasa de crecimiento de los salarios;
- Los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo.

Desde el punto de vista jurídico, la norma es consciente de la imposibilidad de determinar un único salario mínimo, por lo que ha optado por la selección de los parámetros más idóneos para la negociación, actualización, deducción y revisión del salario mínimo legal⁴³. La Directiva garantiza de este modo la primacía de los Derechos nacionales y la función de la negociación colectiva en la fijación del salario mínimo⁴⁴. Los Estados miembros garantizarán que la actualización periódica y oportuna de los salarios mínimos legales se lleve a cabo al menos cada dos años o, en el caso de los Estados miembros que utilicen el mecanismo de indexación automático de los salarios mínimos legales, que debe basarse en criterios apropiados y de conformidad con el Derecho y usos nacionales y siempre que su aplicación no dé lugar a una disminución del salario mínimo legal, al menos cada cuatro años.

Sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para fijar el salario mínimo legal y permitir variaciones y deducciones, debe garantizarse que estas respeten los principios de no discriminación y proporcionalidad, por lo que deben perseguir un objetivo legítimo. Asimismo, se destaca la necesidad de una estrecha cooperación con los interlocutores sociales, para adoptar determinadas medidas en relación a la mejora del acceso efectivo de los trabajadores a la protección del salario mínimo legal, como el establecimiento de controles e inspecciones sobre el terreno efectivos, proporcionados y no discriminatorios, llevados a cabo por las inspecciones de trabajo o por los organismos responsables de garantizar el cumplimiento de los salarios mínimos legales.

⁴³ Román Vaca, E., “Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 168/2023, pp. 277-292.

⁴⁴ Ortiz González-Conde, F. M., “Los salarios mínimos adecuados en la Unión Europea”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° Extra 17, 2023.

2.2. El salario mínimo en el epicentro del trabajo decente y del garantismo jurídico

El Trabajo Decente (TD) es un paradigma ético de alcance universal que parte de una concepción iusnaturalista de los derechos fundamentales de los trabajadores⁴⁵, con una indudable proyección política y una gran versatilidad aplicativa. Convertido en un objetivo universal, el concepto ha logrado un consenso internacional entre gobiernos, empleadores, trabajadores y sociedad civil, coincidiendo en la necesidad de garantizar el TD en todo el mundo para alcanzar una globalización justa, reducir la pobreza, obtener un desarrollo equitativo, inclusivo y sostenible, y siendo integrado en las más importantes declaraciones de derechos humanos.

En este contexto, el TD supone la garantía jurídica y la efectividad de un “trabajo con derechos” sociales de desmercantilización relativa del trabajo. En la línea de política del Derecho Social defendida por la OIT, el trabajo “decente” o digno de la persona que trabaja significa el fomento y garantía de efectividad de un trabajo digno y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana para los trabajadores y las trabajadoras. Ello significa que, el TD, tiene por contenido básico varias finalidades estratégicas: fomentar los derechos en el trabajo, crear empleo de calidad, rentas y retribuciones justas y suficientes; garantizar y ampliar la protección social en general y la Seguridad Social en particular, y, por último, promover y reforzar los derechos de libertad sindical y de acción colectiva (señaladamente, la tutela de la huelga y la negociación colectiva), el diálogo social entre los agentes sociales y la concertación social tripartita entre éstos y los poderes públicos a distintos niveles.

La fijación del salario mínimo en el marco del trabajo digno y decente es un hito fundamental en el ámbito laboral y de derechos humanos, que implica no solo un salario digno y suficiente, sino también condiciones laborales que respeten la dignidad del trabajador e incluyan seguridad, protección social y derechos laborales⁴⁶. La propia OIT ha acordado una definición formal de salario digno y ha respaldado las políticas de salario digno: “Los salarios dignos son fundamentales para el desarrollo económico y social y para avanzar en la justicia social”; asimismo, también desempeñan un papel esencial para reducir la pobreza y la desigualdad y garantizar una vida decente y digna”. Ello significa que, el TD, tiene por contenido básico varias finalidades estratégicas: fomentar los derechos en el trabajo, crear empleo de calidad, rentas y retribuciones justos y suficientes; garantizar y ampliar la protección social en general y la Seguridad Social en particular, y, por último, promover y reforzar los derechos de libertad sindical y de acción colectiva (señaladamente, la tutela de la huelga y la negociación colectiva), el diálogo social entre los agentes sociales y la concertación social tripartita entre éstos y los poderes públicos a distintos niveles.

Por su parte, el fin último de las normas internacionales del trabajo es el desarrollo de las personas a través de un trabajo de calidad, lo que significa que están orientadas a que el crecimiento económico y el desarrollo se acompañen de la creación de un trabajo decente⁴⁷. Se parte de la base de que el desarrollo no es un fin en sí mismo, sino un medio para que las personas alcancen condiciones de trabajo adecuadas en libertad, con justa retribución, con seguridad en el empleo, con dignidad y con respeto por la vida. En este

⁴⁵ Vid. OIT, “Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global”, Memoria del Director General a la 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, p. 31.

⁴⁶ Novo Corti, I., Cruz Villalón, J., *Salario mínimo y el trabajo decente ante la innovación tecnológica en España*, Aranzadi, 2023.

⁴⁷ Gil y Gil, J. L.: “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 11/2014, Doctrina, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, p. 23.

sentido, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas⁴⁸, alienta a las empresas a promover y proporcionar un salario digno, señalando este aspecto del trabajo decente como crucial para garantizar que los trabajadores, sus familias y las comunidades puedan vivir con dignidad. Y es que, no sólo cada vez más empresas están asumiendo su responsabilidad con el ODS 8 sobre trabajo decente y el ODS 1 sobre fin de la pobreza, sino que además están adoptando medidas concretas para garantizar que los trabajadores reciban un salario digno y poder hacer frente a ambos ODS. Una acción urgente pues, la pandemia de la COVID, ha evidenciado la vulnerabilidad de los trabajadores mal pagados, haciendo más acuciante el establecimiento de salarios dignos.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, 2007) con arreglo al artículo 31, entronca en esa tradición de la cultura de los derechos sociales fundamentales al garantizar explícitamente el derecho del trabajador a condiciones de trabajo justas y equitativas. Se hace visible pues que este conjunto normativo – heterogéneo, pero finalísticamente orientado–, se sitúa en la lógica propia del “garantismo jurídico” (expresado en términos constitucionales como constitucionalismo democrático-social) y en relación a él, se impone a los Estados llevar adelante políticas activas en materia de garantía efectiva de los derechos sociales de la ciudadanía vinculados al trabajo subordinado o asalariado, los cuales están históricamente anudados a la forma política del Estado Social de Derecho⁴⁹.

Por tanto, en una labor de recapitulación, podría decirse que derecho a un salario mínimo en el marco del trabajo decente, se concreta:

En primer lugar, en un salario justo como sinónimo de salario digno, por cuanto que pretenden ofrecer a los trabajadores un nivel de vida decente y una remuneración suficiente para cubrir necesidades básicas como la alimentación y la vivienda. No existe una definición universalmente acordada de salario digno como concepto y no hay una cantidad universalmente aceptada que defina dicha remuneración. Definir concretamente un salario digno presenta varias dificultades. De un lado, la falta de consenso en torno a la definición. De otro, el que los salarios vienen determinados, en efecto, por una serie de factores, muchos de los cuales están fuera del control de una sola empresa. Aun así, casi todas las descripciones y definiciones de salario digno incorporan la idea de que se trata de una remuneración recibida por una semana de trabajo estándar por un trabajador en un lugar determinado, suficiente para permitir un nivel de vida decente para el trabajador y sus dependientes. Desde esta perspectiva, la Directiva europea sobre SM se ocupa del procedimiento de fijación de los salarios mínimos legales, considerándolos adecuados si son justos en relación con la distribución salarial en el Estado miembro de que se trate y si proporcionan un nivel de vida digno para los trabajadores sobre la base de una relación laboral a tiempo completo.

En cualquier caso, el sentido sociopolítico del SM es evidente si consideramos la idea de salario justo⁵⁰. Un salario mínimo justo puede ayudar a cerrar la brecha salarial entre diferentes grupos, incluidos géneros, razas y etnias, lo que contribuye a la igualdad de ingresos. La erradicación de la discriminación laboral y, particularmente, salarial es indispensable para lograr la justicia social, formando indisolublemente parte de cualquier

⁴⁸ Cfr., Informe de NU “Improving Wages to Advance Decent Work in Supply Chains”, “Mejorar los salarios para promover el trabajo decente en las cadenas de suministro”, 2022.

⁴⁹ Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B.: “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.177/2015, parte Estudio, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015, p. 5; Moreno Vida, M. N., “Trabajo decente y salario mínimo en el sistema multinivel de garantías”, en AA.VV., *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á.L. (Dirs.), López Insua, B. M. (Coord.), Granada, Comares, 2018, pp. 219-233.

⁵⁰ Banyuls Llopis, J., Cano Cano, E., “La incidencia...”, *op. cit.*, p. 366.

estrategia viable de lucha contra la pobreza y de desarrollo económico sostenible y constituyendo, por ello, un elemento esencial del mandato de la OIT. Sobre todo teniendo en cuenta que la “igualdad de remuneración por trabajo de igual valor” es uno de los conceptos menos comprendidos en el ámbito de la lucha contra la discriminación: se le suele dar una interpretación limitada en las leyes y reglamentaciones, y la ausencia de datos fiables y desglosados por sexos en materia de salarios dificulta el control de las tendencias”⁵¹. Se trata de uno de los puntales del concepto de trabajo decente para todos los hombres y mujeres, que a su vez se basa en la igualdad de oportunidades para cuantos trabajan o buscan un empleo y un sustento, ya sea como obreros, como empleadores o como trabajadores por cuenta propia, tanto en la economía formal como en la informal.

Pero también, la protección de grupos vulnerables e históricamente marginados, por cuanto que el SM asegura que estos grupos reciban una compensación justa por su trabajo promoviendo, así, su inclusión económica. Un salario mínimo actúa como una barrera contra la explotación laboral, asegurando que los trabajadores reciban una remuneración justa, lo que contribuye a la dignidad y a la justicia social. De ahí, que los ingresos salariales sean fundamentales para la consecución de muchos otros Objetivos de Desarrollo Sostenible, no sólo para los ODS 1 de fin de la pobreza y ODS 8 sobre trabajo decente. También para el ODS 5 de igualdad de género, ya que la mayor proporción de trabajadores con salarios por debajo de la cuota mínima son mujeres; o para ODS 10 sobre reducción de las desigualdades, en el que las políticas salariales, de relaciones laborales y de protección social son fundamentales para reducir progresivamente la desigualdad dentro de los países y entre ellos.

En segundo lugar, en un salario suficiente para cubrir las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias, promoviendo así un nivel de vida digno. Esto incluye no solo alimentación, sino también vivienda, educación y salud⁵². El principio de remuneración suficiente encuentra un amplio reconocimiento en los textos constitucionales situados en la tradición del constitucionalismo democrático-social (artículo 35.1 CE). Asimismo, para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho a una remuneración equitativa, los Estados Parte de la CDFUE se comprometen a reconocer (garantizar) el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso. La suficiencia de la remuneración ha sido uno de los grandes postulados originarios de la “justicia social” que pretende realizar el Derecho Social del Trabajo. La preocupación por la suficiencia de las retribuciones inherentes al desarrollo de una ocupación profesional ha sido reflejada en varios textos internacionales, destacando lo previsto en el artículo 4 de la Carta Social Europea Revisada de 1996 (CSE)⁵³, que lleva por título “Derecho a una remuneración equitativa”, comprometiéndose las partes contratantes a “reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y sus familias un nivel decoroso.

En el contexto del debate que abordamos en este trabajo, no es baladí hacer notar que España ha ratificado la CSE, lo cual va a tener una gran relevancia no sólo para la exigencia de incrementar y revalorizar el SMI, sino también, y más ampliamente, para acometer los procesos de reforma del ET y de la Ley General de la Seguridad (especialmente en materia de pensiones). De este modo, el derecho a una remuneración suficiente y equitativa está íntimamente vinculado al derecho matriz que constituye el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2 CSE), aunque adquiere, dada su innegable

⁵¹ OIT “La hora de la igualdad en el trabajo”, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 2003, 91a Reunión, p. xv.

⁵² Moreno Vida, M. N., “Trabajo decente y salario mínimo...”, *op. cit.*, pp. 224 yss.

⁵³ Burriel Rodríguez-Diosdado, P., “El salario mínimo interprofesional...”, *op. cit.*, pp. 498-529.

importancia, una regulación y fisonomía independiente. No es de extrañar, pues, que en el marco de la Parte I de la CSE, el citado artículo 4 se preocupe por garantizar el “Derecho a una remuneración equitativa”, indicando que “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes se comprometen:

- A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso;
- A reconocer el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinados casos particulares;
- A reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor;
- A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo;
- Y a no permitir retenciones sobre los salarios sino en las condiciones y con los límites establecidos por las leyes o reglamentos nacionales, o fijados por convenios colectivos o laudos arbitrales.

3. EL SALARIO MÍNIMO COMO ELEMENTO DE REDISTRIBUCIÓN DE LAS RENTAS Y DE PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA SOCIAL

Como hemos tenido ocasión de exponer *supra*, la literatura académica apunta a que unos niveles de desigualdad demasiado elevados pueden incidir negativamente no solo en el grado de cohesión social, sino también en la capacidad de crecimiento de la economía, a través de sus efectos adversos sobre el consumo agregado, la inversión, la acumulación de capital humano y las oportunidades de generaciones futuras. Por tanto, en cualquier economía, además de tener en cuenta la evolución de sus principales agregados macroeconómicos, resulta fundamental analizar también el comportamiento de las distintas medidas de desigualdad y determinar si existen bolsas relevantes de vulnerabilidad social, económica y financiera entre los hogares⁵⁴.

Desde esta perspectiva, lo que caracteriza al Estado Social es su renuncia a operar como mero garante negativo de las libertades individuales de los ciudadanos y su compromiso por intervenir en la vida social y económica con el propósito de modificar las desigualdades creadas por el funcionamiento del mercado, asegurando a todos un mínimo de bienestar. Precisamente, fue la adopción de estrategias abiertamente redistributivas durante una época de fortísimo crecimiento económico lo que logró en la Europa de la postguerra una histórica reducción de las desigualdades de ingresos.

En España, nuestra Constitución, asume sin ambages la minoración de la desigualdad interpersonal e interterritorial como un principio fundamental del Estado (arts. 1.1 y 40.1), de modo que, estos objetivos redistributivos que incorpora, conforman la vertiente económica del principio constitucional de solidaridad⁵⁵. Desde el artículo 1.1 CE, el Estado asume como uno de los “valores superiores de su ordenamiento jurídico” la igualdad, entendida, además, no sólo como igualdad formal ante la ley, sino como

⁵⁴ Vid. Banco de España, Eurosistema, “Informe Anual 2023”, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁵ Sanz Arcega, E., *Los fines redistributivos de la Constitución Española: la vertiente económica del principio constitucional de solidaridad y sus posibilidades financieras*, ed. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2018, p. 166; *Cfr.* “Informe sobre la distribución de la renta en España: desigualdad, cambios estructurales y ciclos Consejo Económico y Social de España”, (CES), 2013, p. 177.

“igualdad real y efectiva”, tanto del individuo como de los grupos en los que se integra, conforme apunta el artículo 9.2 CE. No cabe duda que para la consecución de ese objetivo los Poderes Públicos tienen asignado un rol capital ya que, como afirma el artículo 9.2 CE, corresponde a éstos “promover las condiciones” para que la libertad y la igualdad sean “reales y efectivas” y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”.

Pues bien, la distribución de la renta constituye un elemento fundamental para conocer las dinámicas que alimentan el crecimiento económico y el bienestar de la población. En concreto, y como hemos mencionado, el término redistribución refleja una influencia pública en la distribución de la renta y de la riqueza social con el fin de minorar las desigualdades económicas; interpersonales, interterritoriales, o ambas⁵⁶. Con todo, son muchos los factores que influyen activamente en la existencia de la desigualdad en la distribución de las rentas y, por tanto, de los ingresos de los hogares. Así, más allá de las explicaciones de la teoría sobre la distribución de las rentas, que señalan a los avances tecnológicos como impulsores de una mayor demanda de trabajadores cualificados⁵⁷ y a la educación de una mayor oferta, se pueden encontrar otras razones como las políticas en materia de educación, las regulaciones existentes en los mercados de productos y servicios, las políticas de inmigración, los sistemas impositivos, el esquema de cotizaciones sociales, las políticas sociales, la globalización, el funcionamiento de las instituciones y, por supuesto, las regulaciones del mercado de trabajo. Entre estas últimas, ocupan un lugar destacado los salarios mínimos garantizados⁵⁸.

La propia existencia de un nivel mínimo de ingresos garantizado es un reconocimiento de que el mercado laboral presenta un desequilibrio de poder estructural entre capital y trabajo. Pero si además de observar caídas en la renta per cápita advertimos incrementos en la desigualdad, medida por índices relativos, es porque la carga de la crisis no se está distribuyendo de forma proporcional entre los diferentes estratos de renta⁵⁹. A mayor abundamiento, a pesar de la complejidad de las relaciones cruzadas y de la controversia que la cuestión genera en la literatura empírica, se podría afirmar que existe consenso respecto a que una reducción de los salarios mínimos ampliaría la dispersión salarial entre los que están trabajando, aumentando la desigualdad⁶⁰. Igualmente, aun siendo escasos los trabajos que abordan si efectivamente el sueldo mínimo cumple con su objetivo básico de mejorar las rentas de los perceptores de bajos salarios, se demuestra en ellos que, en un buen sistema redistributivo, el salario mínimo es fundamental para corregir las excesivas desigualdades generadas por el mercado⁶¹.

De ahí, que el objetivo central del SM como instrumento de política laboral sea claramente la redistribución de ingresos a favor de los colectivos que reciben bajos salarios, de modo que, sin una regulación mínima, algunos sectores productivos se verían abocados a recortes salariales continuos y una parte de la población asalariada vería disminuir continuamente sus ingresos. Esta es la razón por la que en los últimos años,

⁵⁶ Sanz Arcega, E., *Los fines redistributivos de la Constitución Española...*, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁷ Vid. Novo Corti, I., Cruz Villalón, J., *Salario mínimo y el trabajo decente ante la innovación tecnológica en España*, Aranzadi, 2023.

⁵⁸ Sánchez Vellvé, F. J., “Política de salarios mínimos: influencia sobre la desigualdad económica en la Unión Europea”, *Investigación Económica*, vol. LXXVI, núm. 302, octubre-diciembre de 2017, p. 79.

⁵⁹ Goerlich Gisbert, F., “Distribución de la renta...”, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁰ Sánchez Vellvé, F. J., “Política de salarios mínimos...”, *op. cit.*, p. 80.

⁶¹ De la Rica, S., Gorjón, L., Martínez, D. y Romero, G., “El impacto de la subida del Salario Mínimo Interprofesional en la desigualdad y el empleo”, *Informe ISEAK 2021/6*, p. 20; Calonge, S., Manresa, A., *Crisis económica y desigualdad de la renta...*, *op. cit.*; Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G., “Política de rentas y salario mínimo interprofesional...”, *op. cit.*, pp. 17-45; Banyuls Llopis, J., Cano Cano, E., “La incidencia del salario mínimo interprofesional en sectores de bajos salarios”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 29 Núm. 2 (2011) pp. 363-389. http://dx.doi.org/10.5209/rev_CRLA.2011.v29.n2.38020.

en el contexto de la UE, se han reavivado las discusiones sobre la naturaleza del salario mínimo (SM) y éste vuelve a ser un tema incluido en las agendas de algunos gobiernos.

España tampoco ha sido ajena a esta tendencia. En 2004, el gobierno se propuso incrementar significativamente el SMI para recuperar la pérdida de poder adquisitivo que habían tenido en los años anteriores los perceptores de esta renta y conseguir que éste llegara a representar el 60% del salario medio. Con todo, detrás de este crecimiento del SM encontramos un cambio en la concepción del papel que éste juega en el mercado laboral. La finalidad del salario mínimo se ha ido transformado y ya no se considera simplemente como herramienta de política aplicable de forma selectiva en algunos sectores de bajos salarios, sino que se ha convertido en un instrumento de cobertura mucho más amplia⁶².

La retribución es, pues, uno de los factores esenciales a tener en cuenta para valorar la calidad intrínseca del trabajo y, por tanto, del desarrollo vital, de manera que su envés, la escasez o nulidad en las percepciones hace referencia a “trabajadores marginados del bienestar”⁶³. Por tanto, cuando la economía crece debemos mejorar la equidad en el reparto de la renta y esto pasa por alinear los salarios al crecimiento de la productividad⁶⁴. Si no lo hacemos estaríamos utilizando una política de rentas de efectos asimétricos difícilmente aceptable en el medio y largo plazo por los ciudadanos. La fijación de salarios mínimos es una de las medidas esenciales para evitar el empobrecimiento y propiciar una redistribución adecuada de las rentas⁶⁵, de modo que, estos objetivos redistributivos que incorpora, conforman la vertiente económica del principio constitucional de solidaridad⁶⁶.

Pero frente a su objetivo central como instrumento de política laboral, no podemos ignorar ciertos efectos asociados al SMI como la mejora de la protección social, disminución de las desigualdades de género, propiciar la inserción laboral o coadyuvar a una mayor protección salarial de la mano de obra ante el debilitamiento de la acción colectiva. En concreto, la subida del SMI afectará de manera directa o indirecta a todas las personas trabajadoras, especialmente a aquellas que no tienen convenio y repercute en quienes están recibiendo menos ingresos de lo estipulado. Pensemos que la incidencia del SMI tiene un claro componente sociodemográfico en torno a las dimensiones de sexo, edad y nacionalidad, y que España, tiene un desempleo estructural de los más elevados de la UE, especialmente entre la gente joven y las personas descalificadas. Por tanto, un 57% de las personas afectadas por la subida del SMI son mujeres, colectivo claramente sobrerrepresentado entre las personas afectadas, mientras que la subida ha afectado en mayor medida a las personas jóvenes, que también se encuentran sobrerrepresentados en el colectivo afectado por la reforma del SMI (22% en el colectivo SMI frente al 8% en el total de asalariados). Finalmente, las personas con nacionalidad extranjera conforman otro colectivo que está especialmente afectado por la subida del SMI (22,2% de las personas afectadas frente a un 9,9% de asalariadas)⁶⁷.

Asimismo, cada subida del SMI genera la correspondiente presión al alza, más o menos directa, más o menos inmediata, sobre la totalidad de los niveles salariales y, a la

⁶² Banyuls Llopis, J., Cano Cano, E., “La incidencia...”, *op. cit.*, p. 367.

⁶³ Vid. Monereo Pérez, J. L., “El Derecho del Trabajo en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000, p. 252; Monereo Pérez, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la ‘cuestión social’”, *Relaciones Laborales*, núms. 15-16, 2001, p. 32.

⁶⁴ CCOO, “La devaluación salarial continua durante la recuperación, a pesar de que la bonanza empresarial es generalizada”, Gabinete Económico CCOO. 29/06/2018, p. 22.

⁶⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Trabajadores pobres...”, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁶ Sanz Arcega, E., *Los fines redistributivos de la Constitución Española: la vertiente económica del principio constitucional de solidaridad y sus posibilidades financieras*, ed. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, p. 166.

⁶⁷ De la Rica, S., Gorjón, L., Martínez, D. y Romero, G., “El impacto...”, *op. cit.*, p. 24.

larga, sobre el montante de las rentas de trabajo (y de las rentas que, teniendo otro origen, conectan de alguna forma con el trabajo), de modo que el crecimiento del SMI es pues, el detonante de la evolución salarial del país. Además, hay que tener en cuenta que el incremento del SMI tiene la virtualidad positiva de incrementar la demanda agregada sin inflación en una sociedad de consumo como es típicamente la de la época actual⁶⁸, con lo cual un aumento en el poder adquisitivo de los consumidores (gracias al SMI) puede impulsar el crecimiento económico. Sustentando esta línea argumental, estudios recientes demuestran que, por ejemplo, la subida del SMI del 2019 se asocia a una disminución de la desigualdad de ingresos, especialmente, de los colectivos afectados por el SMI, así como a un efecto negativo limitado en el empleo. La subida aumentó los salarios más bajos, concentrándolos en unos niveles notablemente superiores a los de 2018, cumpliendo de esta manera uno de sus principales objetivos, que es comprimir la distribución salarial⁶⁹.

Con todo, en los objetivos asociados al SM los aspectos institucionales que regulan el funcionamiento del mercado laboral condicionan sus posibles efectos como instrumento de política laboral. Aspectos como por ejemplo el modelo de negociación colectiva, debilitamiento sindical, las estrategias y objetivos de los actores, la capacidad de control sobre la aplicación efectiva de las medidas, las prácticas de gestión laboral entre otros, van a determinar el resultado final del SM, hasta el punto de que la incidencia del SM no se puede separar del modelo de relaciones laborales de cada país⁷⁰.

Por ejemplo, una amplia literatura ha documentado que el mejor predictor de la dispersión salarial es el grado de descentralización de la NC⁷¹. El porcentaje de trabajadores a los que afecta directamente una subida del salario mínimo es muy reducido, en buena medida debido a la elevada tasa de cobertura de la NC que suele establecer umbrales salariales más altos⁷². Además, existe una gran variabilidad en los salarios pactados en los convenios colectivos para un mismo tipo de trabajador, con la misma categoría profesional, en el mismo sector de actividad. Este contexto facilita la persistencia de la diferenciación salarial y la extensión del empleo de bajos salarios. En este caso, el SMI sí que puede tener una influencia importante en la NC presionando al alza los niveles salariales los sectores de bajos salarios y reduciendo la brecha salarial⁷³. Asimismo, sin una fuerte representación sindical, es más difícil para los trabajadores influir en las políticas salariales y en la implementación efectiva de un salario mínimo.

En un contexto más general y sumado a lo anterior hay que destacar, de un lado, las restricciones presupuestarias a las que se enfrentan la mayoría de los gobiernos cuando hacen los programas de gasto, dificultando la financiación, y, de otro, como las opiniones públicas nacionales son cada vez más reacias a que el Estado aumente su capacidad recaudatoria. Pero, además, transferir recursos entre individuos implica disponer de un sistema de recaudación de impuestos y de gestión de gastos que es costoso de crear y de mantener, y, lo que es más importante, a menudo crea distorsiones en la actividad económica que acaban provocando que cuanto más tengamos que redistribuir para corregir el cada vez más desigual reparto de ingresos generados por el mercado, mayores

⁶⁸ Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, “Política de rentas...”, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁹ De la Rica, S., Gorjón, L., Martínez, D. y Romero, G., “El impacto...”, *op. cit.*, pp. 27 y 28; Ruesga Benito, S. M., Baquero Pérez, J., “Análisis de los efectos del aumento del salario mínimo en España en 2019”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar*, núm. 148/2019, pp. 13-40.

⁷⁰ Banyuls Llopis, J., Cano Cano, E., “La incidencia...”, *op. cit.*, pp. 366 y 367.

⁷¹ Cfr: Informe “Evolución de la desigualdad salarial en los países desarrollados y en España en los últimos treinta años”, VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España, 2014, p. 5.

⁷² Vivero Serrano, J. B., “El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, (464), 2021, pp. 49-88. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2496>.

⁷³ Banyuls Llopis, J., Cano Cano, E., “La incidencia...”, *op. cit.*, p. 377.

serán los costes colectivos de las redistribución. En este estado de cosas, bien poco ayuda la globalización toda vez que hace más movibles las bases imponibles necesarias para financiar ambiciosos programas de gasto público redistributivo.

Por último, y como abordaremos a continuación, queremos apuntar la necesidad que tiene el orden establecido de acudir a mecanismos de cooperación para resolver de forma dialogada y pacífica los conflictos que afecten a los grupos y clases sociales existentes. De modo que la concertación es hoy un elemento estructural y de carácter necesario como forma de gobernabilidad de los procesos sociales⁷⁴. Ello contrasta con la gestión no siempre fluida de los dilemas distributivos serios por parte de los agentes sociales, y la complejidad para encontrar consensos básicos relativos a cómo repartir los costes de los ajustes, qué grupos son más merecedores de apoyo institucional, o quién debe contribuir más a sanear los presupuestos públicos.

3.1. La vocación antiinflacionista de la política de rentas española

Sabido es que, en ausencia de intervención pública en la economía, el crecimiento económico estimula la desigualdad, motivando una petrificación del *statu quo* económico. Precisamente, las políticas públicas de redistribución son estrategias dirigidas a asegurar que los recursos se distribuyan de manera más equitativa en la sociedad. Estas políticas buscan mejorar el bienestar de los grupos más vulnerables y fomentar un desarrollo sostenible. De hecho, España ha tenido diversas experiencias inflacionarias, especialmente en los años 70 y 80, donde las políticas de rentas se han utilizado como herramienta para combatir la inflación durante periodos de crisis económica.

Es más, aunque a través de la predistribución de la renta⁷⁵ podemos mejorar y contribuir a obtener una mejora de las condiciones de trabajo y una distribución de la riqueza más justa y equitativa, en la *praxis* institucional, la política de rentas y la política salarial han tenido como objetivo prioritario el control de la inflación⁷⁶. Es aquí dónde la política de rentas española ha encontrado su razón de ser, convirtiéndose en uno de los instrumentos de política económica con los que el gobierno intenta manejar la formación y evolución de los distintos tipos de rentas de los agentes económicos. Incluiría la estabilización de los precios de algunos productos o servicios (una cierta meta o rango de inflación), disminuir el desempleo, el precio de alquileres y la regulación de los salarios (precio del trabajo), dado que ésta última, se suele percibir como una medida de redistribución más que de predistribución⁷⁷. En consecuencia, la vocación antiinflacionista de las políticas de rentas en España es fundamental para mantener la estabilidad económica y social.

Recordemos que las medidas adoptadas en España en 2022 para el control de precios y limitar los márgenes en algunos sectores inflacionistas (electricidad, gas), lograron contener la inflación y evidencian la existencia de mejores alternativas menos dañinas a una política monetaria de trazo grueso que, con subidas indiscriminadas de tipos de interés, busca resolver la inflación destruyendo tejido productivo sano y capacidad adquisitiva de los hogares. Por tanto, debemos seguir incidiendo en la rebaja de los márgenes empresariales excesivos (energía, cadena alimentaria) y lograr que las bajadas en los precios de la energía y materias primas se trasladen completamente e igual de rápido a como lo hicieron las subidas en estos insumos⁷⁸. Precisamente, los beneficios y

⁷⁴ Monereo Pérez, J. L., *Concertación y Diálogo Social*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 106.

⁷⁵ Noguera Ferrer, J. A., “Redistribución, predistribución y garantía de rentas”: en AA.VV., *Repensar las políticas sociales: predistribución e inversión social* / coord. por J Zalakain, B. Barragué Calvo, 2017, pp. 207-228.

⁷⁶ Calonge, S., Manresa, A., *Crisis económica y desigualdad de la renta en España...*, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁷ Noguera Ferrer, J. A., “Redistribución, predistribución...”, *op. cit.*, pp. 207-228.

⁷⁸ *Vid.*, CC.OO. Estudios, “La inflación media se modera hasta el entorno de la subida salarial media pactada en 2023”, Gabinete Económico, IPC (diciembre 2023), 12 de enero de 2024, p. 2.

márgenes empresariales han sido los principales responsables del fuerte aumento de la inflación desde 2022.

Por lo que respecta al salario mínimo español, entre 2018 y 2023, aumentó un 30,2% ajustado a la inflación el segundo mayor incremento entre los países más avanzados. Esta subida duplicó las de Alemania y Portugal, triplicó la de Japón y multiplicó por seis los incrementos de países como Canadá, Francia o Reino Unido. En el mismo período, la productividad registró en España una caída del 3,8%, la mayor entre los países más avanzados, que tuvieron un incremento medio del 4,6%, lo cual ha impedido la creación de en torno a 163.000 empleos⁷⁹. En este sentido, en 2023, el salario medio en España alcanzó los 26.555,89 euros brutos. Los sectores mejor pagados, como el suministro de energía eléctrica (63.076,97 euros) y las actividades financieras y de seguros (51.092,81 euros), contrastan fuertemente con los sectores peor remunerados, como las actividades administrativas y servicios auxiliares (18.500,16 euros) y la hostelería (16.014,78 euros).

A pesar del crecimiento salarial general, las disparidades entre sectores y regiones continúan siendo un desafío que exige políticas redistributivas, implementar medidas que aumenten la progresividad del sistema fiscal y mejoren la inversión en servicios públicos, fomento del empleo de calidad y un desarrollo regional equitativo que permita invertir en infraestructura y capacitación para fomentar un desarrollo más equilibrado, especialmente, en las regiones desfavorecidas. Con lo cual, las políticas de rentas en España seguirán siendo necesarias en un marco de creciente inflación y al objeto de asegurar una distribución mínimamente equitativa de los ingresos. En este contexto, la adaptación a las nuevas realidades económicas será crucial para su garantizar su efectividad.

3.2. Concertación social y búsqueda de simetría en el reparto de costes

Con las expresiones de “diálogo social” y de “concertación social” se suele designar, de modo indiferente o indistinto, el proceso de intercambio político entre los poderes públicos y la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios para la atención a las exigencias de gobierno y formación del consenso en las sociedades democráticas desarrolladas, a partir de una fórmula sutil de corrección y enriquecimiento del esquema constitucional clásico procedente de la tradición liberal.

La concertación o diálogo social desempeñan un papel fundamental para la estabilidad social, política y económica, la equidad y la democracia, favoreciendo la cohesión territorial y la unidad de mercado⁸⁰. Pero, en particular, crean un marco de procedimientos pacíficos y ordenados para la resolución de conflictos potencialmente perjudiciales, aumentando, pues, las posibilidades de que el sistema de salarios mínimos responda a las necesidades de las distintas partes⁸¹. Precisamente, en esta línea, uno de los elementos esenciales de un sistema de salarios mínimos previstos por el Convenio 131 OIT, es “*la consulta exhaustiva a los interlocutores sociales en pie de igualdad, respecto a la concepción y la aplicación del sistema de salarios mínimos y, si fuera necesario, su participación directa en este sistema*”.

El escenario descrito hasta el momento parece dejar clara la necesidad de grandes acuerdos que tenía la economía española. No hay duda de que era el momento de un pacto

⁷⁹ CEPYME, “Repercusión de la subida del SMI en la pyme española”, Edición diciembre 2023, p. 5.

⁸⁰ Cfr. Monereo Pérez, J. L., *Concertación y Diálogo Social...*, op. cit.; Monereo Pérez, J. L., “John Maynard Keynes (1883-1946): La política económica como Elemento de Sostenibilidad del Estado del Bienestar”. (2024). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 39, 309-394.

⁸¹ OIT, “Sistemas de salarios mínimos, Estudio General 2014”, ILC.103/III/1B Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014, p. 129.

social, impulsando desde el Gobierno y desde las mesas de negociación colectiva un reparto de los costes y los beneficios de la inflación en los distintos sectores implicados. Por ello, entre las medidas planteadas por el Gobierno para frenar el ascenso del IPC se puso sobre la mesa un “Pacto de Rentas” (PR), consistente en un acuerdo entre los representantes de los trabajadores (CCOO y UGT) y los empresarios (CEOE y Cepyme) por el que ambas partes pactan repartirse equitativamente el coste de la inflación, buscando consenso en la subida de las rentas del trabajo, mediante la firma del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023-2025. De no controlar la inflación, se entraría en una espiral inflacionista de la que costaría mucho tiempo salir y cuyos efectos aún son impredecibles. Desde luego, tendría consecuencias negativas generalizadas: en el poder adquisitivo de los ciudadanos, en la competitividad de las empresas y en el suministro de productos y servicios.

El pacto ha sido una convergencia de voluntades a dos bandas, en la que el conjunto del sector empresarial se debía comprometer a mantener una senda moderada de crecimiento de los precios y, por tanto, de los márgenes empresariales, a subir los salarios y a mantener el empleo y no trasladar en exceso la subida de la inflación a sus artículos o servicios para mantener sus márgenes de beneficio (precisamente, en el periodo histórico de los 70-80 el problema vino por las espirales inflacionistas a través de los crecimientos salariales, forzada por la presión sindical en sistemas de negociación colectiva poco coordinados o descentralizados). Y del lado de los sindicatos, incrementos en el salario mínimo de manera que cubra el costo de vida y refleje la productividad y ajustes salariales periódicos vinculadas a la inflación y el crecimiento económico. Ha de tratarse de subidas de sueldo más moderadas, ligeramente por debajo del aumento de la inflación, que no mermen demasiado los costes a las empresas.

La versión propia de la concertación social, requiere naturalmente la presencia —directa o indirecta— del poder político en el acuerdo. El gobierno desempeña pues un papel esencial en un pacto de rentas al actuar como mediador, regulador y supervisor, así como al promover políticas que favorezcan una redistribución equitativa de la riqueza. Su intervención es clave no sólo para garantizar el desarrollo de políticas redistributivas, sino para implementar estrategias que complementen el pacto de rentas, como programas de bienestar social y protección a grupos vulnerables. En este sentido, su aportación puede ir orientada también a reducir la presión fiscal cuando los sueldos se adaptan al IPC, lo que técnicamente se denomina deflactación del IRPF, es decir, modificar los tramos del IRPF para ajustar la progresión del impuesto al incremento del coste de la vida evitando que el alza de los precios se traduzca en una subida impositiva.

Dicho de otro modo, si suben el salario porque el coste de la vida aumenta, el poder adquisitivo de un trabajador es el mismo, pero paga más impuestos. Ahí es donde reside ese doble golpe fiscal que la deflactación del IRPF evita. Algunos gobiernos autonómicos han planteado la posibilidad de llevar a cabo esta deflactación. De hecho, buena parte de las comunidades autónomas deflactaron el IRPF en 2023 y en 2024 como respuesta al aumento de precios por la inflación, mientras que los bancos centrales han cambiado su política de tipos de interés para combatir la inflación. Tras incrementarse hasta los 15.876 euros brutos anuales en 2024, el Ejecutivo ha modificado la ley para que los rendimientos íntegros del trabajo de quienes perciben el SMI no sean sometidos a retenciones fiscales.

Debemos señalar que, aparte del SMI, los instrumentos redistributivos por excelencia del sistema español son las pensiones, el gasto público en educación y sanidad, el impuesto sobre la renta y el subsidio por desempleo⁸². De ellos, el más importante son las pensiones

⁸² Goerlich Gisbert, F., “Distribución de la renta...”, *op. cit.*, pp. 113-115.

públicas cuya revalorización está indexada al IPC, ligada a la inflación (reforma 2021). El sistema de pensiones español, basado en los principios de contributividad, equidad y solidaridad, que lo caracterizan como de reparto, constituye el programa de rentas públicas con mayor potencia redistributiva (intergeneracional) y dicho papel se acentúa durante los años de crisis. Por tanto, puede resultar una estrategia económica muy útil en el control de un conflicto distributivo estructural, como la inflación y, simultáneamente, un neutralizador muy efectivo de la desigualdad social.

En cuanto a nuestro sistema fiscal no está de más recordar que, comparado con los países de nuestro entorno, es uno de los que menos redistribución genera⁸³. Además, esta crisis de desigualdad extrema se está agravando como resultado de unos niveles sin precedentes de evasión y elusión fiscal por parte de los más favorecidos⁸⁴. Con lo cual, la política fiscal es responsable de gran parte de las diferencias entre países en materia de desigualdad debido, en buena parte, a los vacíos legales de un sistema fiscal internacional obsoleto que favorece la evasión. La política fiscal puede ayudar a los gobiernos a abordar altos niveles de desigualdad, dado su rol redistributivo, al tiempo que minimiza las posibles compensaciones entre eficiencia y equidad⁸⁵.

Debe fijarse un periodo de tiempo durante el que estas medidas del PR deberían estar activas, teniendo en cuenta el episodio actual de inflación sería útil que el pacto cubriera un periodo de unos tres años, para facilitar los ajustes que se pudieran producir de recuperación controlada de poder adquisitivo. En este tiempo se podría volver a una senda de inflación más moderada, lo más cercana posible al 2%, que es el objetivo del BCE. La importancia reside en qué pasa cuando no se respeta el pacto. Lo que se hizo en tiempos pasados fue que, en caso de que los precios o los márgenes superen el umbral acordado en el pacto, había un mecanismo de garantía de recuperación. Esto es una posibilidad que se puede introducir en el PR.

Por último entendemos que, un modelo de política de rentas con moderación salarial debería ir acompañada de tres condiciones clave a modo de herramientas fundamentales para promover una economía más equitativa y justa, aquilatando y compensando el sacrificio de los trabajadores y proporcionando un colchón a los ciudadanos en tiempos de crisis:

- Una expansión del salario indirecto y más Estado del bienestar. Salud, desempleo, jubilación, educación, vivienda, etc. El fomento de la innovación es fundamental para el crecimiento económico, la competitividad y la creación de empleo especialmente, en regiones con menor desarrollo económico para crear nuevas oportunidades laborales y diversificar las economías locales. Además, un fortalecimiento del diálogo social y flexibilidad en la negociación colectiva. Todo esto asegura un crecimiento económico que respalde aumentos salariales sin comprometer la balanza comercial.
- Más empleo y de mayor calidad (avanzar con la reforma laboral 2021), políticas de inclusión laboral, fomento de la formación, capacitación y promoción de sectores estratégicos, etc.
- Y mejoras en la distribución primaria de la renta. Aumento de salarios; igualación de ingresos; aumento de la participación de los trabajadores en beneficios; mejoras en las condiciones laborales; fomento del emprendimiento, etc.

⁸³ Martín Carretero, J. M., "Nueva desigualdad en España...", *op. cit.*, pp. 15 y 16.

⁸⁴ Según el informe "The National Bureau of Economic Research" (2021), en 2020, España dejó de recaudar una media de 4.300 millones de euros por la fuga de beneficios de las multinacionales a los paraísos fiscales y países con una tributación más baja a la nuestra.

⁸⁵ Fondo Monetario Internacional, "Monitor Fiscal del FMI: Abordar la desigualdad, octubre de 2017".

3.3. De la macroconcertación al V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023-2025

La macroconcertación como idea de concertación centralizada a nivel nacional, basada en grandes Pactos Sociales, con un fuerte carácter político, centrada en medidas de política de rentas salariales y en declive desde los años 80, ha ido dando paso en la actualidad a los Pactos Sociales y Acuerdos Marco. Ambos participan de la misma razón política y la misma dinámica y su práctica en nuestro país ha ido paralela, apareciendo los Pactos Sociales como cúpula de una NC articulada y ordenada a través de los Acuerdos Marco. Si bien, la forma más directa de participación de los interlocutores sociales se materializa en la NC, siendo, además, un mecanismo perfectamente legítimo de fijación del SMI, de conformidad con el Convenio 131 OIT y la Directiva 2022. Es más, cabe decir que la NC, es el principal mecanismo de determinación de los ingresos salariales⁸⁶. Promueve la igualdad y equidad en los salarios dentro de un sector, reduciendo la desigualdad salarial y fomenta la comunicación y colaboración entre empleadores y trabajadores, lo que propicia un ambiente laboral más estable y productivo⁸⁷. De hecho, existe una relación de causa efecto entre el deterioro de la capacidad de negociación de los trabajadores y la caída de las rentas salariales en la renta nacional⁸⁸.

Por ello, cuando comenzó la crisis energética desde todos los foros se pedía, mayoritariamente, un pacto de rentas entre todos los agentes sociales⁸⁹. El pacto ha llegado un año y medio después dentro del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC; 2023)⁹⁰. Además, ha llegado cuando el precio del gas se ha desplomado hasta 35 euros megavatio hora, desde los 250 euros del verano 2022, y la inflación había bajado al 4%. Es más, sin pacto de rentas el comportamiento de los salarios en España en 2022 ha sido ejemplar y fue también gracias a los acuerdos de negociación colectiva de sindicatos y empresarios en el ámbito sectorial y provincial. Aun así, España sufre una crisis institucional desde 2007 y es muy complicado ver acuerdos de esta naturaleza, con lo cual debemos valorar la disposición de los líderes sindicales y patronales para ceder y llegar a este acuerdo.

El V AENC, es fruto de la negociación entre las patronales CEOE y CEPYME y los sindicatos CC.OO. y UGT. Los agentes sociales han buscado, desde la NC, la mejora de la situación de los trabajadores/as, las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, y también enriquecer los contenidos de la NC y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo. Su firma está sirviendo para impulsar las subidas salariales en los próximos años en el marco de la NC. El Acuerdo aborda los criterios para la determinación de los incrementos salariales en los años 2023 a 2025 (Capítulo VI. Retribución). Concretamente, los salarios negociados en los próximos años deberían incrementarse de acuerdo con las siguientes directrices:

⁸⁶ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (CES), “El diálogo social y las relaciones laborales en el contexto de la recuperación”, *Caucus: Cuadernos del Consejo Económico y Social*, Nº. 30, 2015, p. 48.

⁸⁷ Informe de referencia de la OIT sobre Diálogo Social (2022).

⁸⁸ Cárdenas del Rey, L., Herrero Alba, D., “Determinantes socio-institucionales de la distribución de la renta. El caso de España (1987-2015)”, *Working Papers ICEI* 03, 2018, <https://hdl.handle.net/20.500.143.52/17424>; p. 22.

⁸⁹ La consecución de un gran pacto político en nuestro país como lo fueron los Pactos de la Moncloa de 1977, teniendo en cuenta el actual clima de polarización y crispación política, era una hipótesis poco plausible. Por tanto, aunque pueda ser lo deseable para hacer frente a las consecuencias económicas –esencialmente, el empobrecimiento generalizado que provocará la actual crisis–, la situación política que tenemos convierte en (casi) imposible tal posibilidad. Sólo nos quedaría, como de hecho ha sucedido, volver al instrumento clásico basado en un gran acuerdo social entre los principales agentes sociales.

⁹⁰ Disponible en: [//efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.ccoo.es/d44899d601a725e92eca4a892f7094ce000001.pdf](https://www.ccoo.es/d44899d601a725e92eca4a892f7094ce000001.pdf).

- Incremento salarial para 2023: 4%.
- Finalizado 2023, si el IPC interanual de diciembre de 2023 fuera superior al 4%, se aplicará un incremento adicional máximo del 1%, con efectos a 1 de enero de 2024.
- Incremento salarial para 2024: al resultado del incremento del párrafo anterior se aplicará un 3%.
- Finalizado 2024, si el IPC interanual de diciembre de 2024 fuera superior a 3%, se aplicará un incremento adicional máximo del 1%, con efectos a 1 de enero de 2025.
- Incremento salarial para 2025: al resultado del incremento del párrafo anterior se aplicará un 3%.
- Finalizado 2025, si el IPC interanual de diciembre de 2025 fuera superior al 3 %, se aplicará un incremento adicional máximo del 1%, con efecto de 1 de enero de 2026.

Las partes negociadoras deberán tener en cuenta las circunstancias específicas de su ámbito para fijar las condiciones salariales, de tal manera que la aplicación de las directrices anteriores podrá adaptarse en cada sector o empresa con situaciones muy desiguales de crecimiento, resultados o incidencia del incremento del SMI, teniendo como objetivo el mantenimiento y la creación de empleo.

Pues bien, los convenios firmados bajo la vigencia del V AENC cubren ya a 3,68 millones de personas (el 34% de la población con convenio en 2023) lo que representa un porcentaje significativo, con una subida salarial media pactada del 4,1% y una ganancia media de poder de compra de cinco décimas respecto a la subida media del IPC en 2023. En positivo, señalar la creciente brecha entre la evolución de los sueldos que abonan las empresas y las subidas comprometidas en los convenios colectivos, especialmente los sectoriales, dado que se ha convertido en uno de los fenómenos más llamativos del mercado laboral español durante el último año, y apunta a que el acuerdo alcanzado entre patronal y sindicatos en mayo 2023 se está quedando por detrás de la realidad de las compañías. El Banco de España ha analizado esta divergencia y apunta a una causa: los incrementos salariales vinculados a los cambios de empleo⁹¹, así como a estrategias para reclutar y retener a los trabajadores en un mercado laboral cada vez más competitivo.

Sorprende que en el pacto no haya referencia alguna a la productividad. España lleva 20 años con crecimientos de productividad mínimos, similares a los de nuestros socios europeos⁹², pero lejos de los países que mejor se están adaptando a la era de la tecnología global; Israel, Taiwan, Corea, etc. Si queremos conseguir el objetivo de pleno empleo con mejores salarios para reducir la desigualdad, necesitamos aumentar la productividad. El gobierno español ha mostrado una evidente tendencia a promover el aumento de los salarios incluso en contextos donde éstos pueden crecer por encima de la productividad, incrementado en los últimos años el SMI de manera significativa al objeto de garantizar un nivel de vida digno para los trabajadores. Ahora bien, si los salarios crecen más que la productividad, como sucedió en la década anterior a la crisis de 2008, volveremos a tener otra depresión económica con fuerte destrucción de empleo y aumento de la pobreza, severa y relativa. La idea es que, aunque los salarios puedan crecer por encima de la productividad a corto plazo, lo que podría llevar a un aumento

⁹¹ Vid. Banco de España, Eurosistema, "Informe trimestral de la economía española. Septiembre 2024".

⁹² Todolí Signes, A., *Salarios y productividad: un análisis jurídico-económico de los complementos salariales vinculados con la productividad empresarial*, Directores de la Tesis: Eva López Terrada (dir. tes.), Tomás Sala Franco (dir. tes.), Universitat de València (España), 2015.

de la demanda y, eventualmente, a una mejora de la productividad a largo plazo si se invierte en formación, innovación y desarrollo. Por lo tanto, el éxito de estas políticas dependerá de una adecuada gestión y monitoreo para equilibrar el crecimiento salarial con la productividad y la sostenibilidad económica a largo plazo.

4. BALANCE CRÍTICO Y PROPUESTAS DE MEJORAS

Pese a que la minoración de la desigualdad interpersonal e interterritorial es un principio fundamental en el marco constitucional español que orienta la acción del Estado hacia la justicia social y la equidad, las desigualdades producidas por el mercado han aumentado sustancialmente en España de modo que, ni los aumentos observados del gasto social han sido capaces de contener el aumento de la desigualdad. En concreto, los bajos salarios representan una de las principales causas de la desigualdad y el incremento de la pobreza entre las personas trabajadoras, representando un desafío persistente que requiere una acción concertada en múltiples frentes. A través de políticas redistributivas, se busca construir una sociedad más justa y cohesiva que contribuya a un crecimiento equilibrado y sostenible.

En este contexto, el SMI, como suelo mínimo por debajo del cual no se puede contratar, incorpora un suelo o red de seguridad mediante un dispositivo que garantiza un auxilio económico encaminado a la inclusión social por el trabajo decente, libremente elegido, de modo que una reducción del mismo, ampliaría la dispersión salarial entre los que están trabajando, aumentando la desigualdad. Su función, como instrumento de política sociolaboral, es claramente la redistribución de ingresos a favor de los colectivos que reciben bajos salarios. Carecer de una garantía de ingresos básicos que proteja a los ciudadanos frente a las oscilaciones del mercado, no es ni solidario, ni justo, por lo que una distribución socialmente deseable de las rentas tiene que ir más allá y repensar el sistema salarial en términos de sus posibilidades para la solidarización.

Por supuesto, el logro de este propósito no se entiende fuera del marco de intercambio político entre los poderes públicos y la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios (Conv. 131 OIT) dado el papel fundamental que desempeñan para la estabilidad social, política y económica, la equidad y la democracia, favoreciendo la cohesión territorial y la unidad de mercado.

Con todo, la efectividad del SMI frente a la desigualdad y al desequilibrio de rentas exige que se considere no solo su establecimiento legal, sino también los aspectos institucionales, económicos y sociales que afectan a su aplicación y limitan su eficacia. En la consecución de este objetivo proponemos:

- Un enfoque pluralista respecto de las fuentes de la desigualdad y reformulación de las políticas públicas de cohesión social y redistributivas para dar solución a otros graves problemas estructurales que también coadyuvan al empobrecimiento de los ciudadanos.
- Políticas salariales equitativas con un salario mínimo adecuado, que considere las diferencias regionales y sectoriales, garantizando que todos los trabajadores puedan alcanzar un nivel de vida digno. Entendemos, por tanto, que cuando la economía crece debemos mejorar la equidad en el reparto de la renta y esto pasa por alinear los salarios al crecimiento de la productividad. De otro modo, estaríamos utilizando una política de rentas de efectos asimétricos difícilmente aceptable, tanto desde la perspectiva de la justicia social como desde el compromiso adquirido a través de la Carta Social Europea.

- Incentivar el desarrollo económico en regiones menos favorecidas. Las disparidades entre sectores y regiones pese al crecimiento salarial general, continúan siendo un desafío que exige políticas redistributivas, implementar medidas que aumenten la progresividad del sistema fiscal y mejoren la inversión en servicios públicos, fomento de empleos de calidad, incentivos fiscales, subvenciones y ayudas financieras, inversiones en infraestructura, apoyo a emprendedores, pequeñas y medianas empresas, desarrollo sostenible, políticas de inclusión social, etc.
- Inversiones en formación y educación, incidiendo en programas formativos que permitan a los trabajadores de sectores menos remunerados adquirir nuevas habilidades y mejorar sus oportunidades laborales.
- Redistribución fiscal a través de un sistema tributario progresivo, con el que financiar programas sociales que beneficien a las regiones y sectores más desfavorecidos y que evite la elusión y evasión fiscal.
- Y fomento de la Innovación: especialmente, en regiones con menor desarrollo económico para crear nuevas oportunidades laborales y diversificar las economías locales. Para ello se requiere un enfoque integral que involucre a diversos actores, incluidos gobiernos, empresas, universidades y la sociedad en general. Con esta medida se pueden impulsar no solo el crecimiento económico, sino también la mejora de la calidad de vida y la sostenibilidad a largo plazo, asegurando así un crecimiento económico que respalde aumentos salariales sin comprometer la balanza comercial.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguilera Izquierdo, R., “Cuestiones actuales sobre el salario mínimo interprofesional”, *Revista española de derecho del trabajo*, N.º. 246, 2021, pp. 13-22.

Álvarez-Ossorio Micheo, F., “El salario mínimo inferprofesional como derecho fundamental: su adecuado cálculo como contenido esencial del derecho”, en AA.VV., *Política de rentas salariales, salario mínimo y negociación colectiva*, Jesús Cruz Villalón (Coord.), Bomarzo, 2022, pp. 133-162.

Barceló, C.; Izquierdo, M.; Lacuesta, A.; Puente, S. Villanueva, E., “Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España”, *Documentos ocasionales - Banco de España*, N.º. 13, 2021, pp. 1-45.

Banyuls Llopis, J., Cano Cano, E., “La incidencia del salario mínimo interprofesional en sectores de bajos salarios”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 29 Núm. 2 (2011) pp. 363-389. http://dx.doi.org/10.5209/rev_CRLA.2011.v29.n2.38020.

Bogoni, M., “La regulación europea del salario mínimo en la directiva (UE) 2022/2041 de 19 de octubre”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.166/2023, pp. 171-207.

Boundi, F., “Relaciones de producción y conflicto capital-trabajo en la economía política”, *Barataria. Revista Castellano-Manchega De Ciencias Sociales*, (18), pp. 81-96. <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i18.45>.

Burriel Rodríguez-Diosdado, P., “El salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: el desacuerdo permanente”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(1), 2022, pp. 498-529. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6477>.

Cabrera Calvo-Sotelo, M., “Los pactos de la Moncloa: acuerdos políticos frente a la crisis”, *Historia y Política*, núm. 26, Madrid, julio-diciembre (2011), pp. 81-110.

Calonge, S., Manresa, A., *Crisis económica y desigualdad de la renta en España. Efectos distributivos de las políticas públicas*. Estudios de la Fundación. Serie Economía y Sociedad. Funcas, Madrid, 2019.

Camps i Cervera, V., “El sentido del trabajo y el ethos individualista”, *El socialismo del futuro: revista de debate político*, núm. 6, 1992, pp. 123-132.

Cantó Sánchez, O., “El efecto redistributivo del impuesto sobre la renta y las prestaciones monetarias ante el incremento de la desigualdad de rentas”, *Presupuesto y Gasto Público*, 71/2013, pp. 153-170.

Cárdenas del Rey, L., Herrero Alba, D., “Determinantes socio-institucionales de la distribución de la renta. El caso de España (1987-2015)”, *Working Papers ICEI* 03, 2018, <https://hdl.handle.net/20.500.14352/17424>; pp. 1-33.

Comajuncosa Ferrer, J. M., “Las causas de la reaparición de la inflación en 2020-2023”, *Mediterráneo económico*, Nº. 38, 2024 (Ejemplar dedicado a: Inflación, políticas y sociedad), pp. 23-37.

De la Rica, S., Gorjón, L., Martínez, D. y Romero, G., “El impacto de la subida del Salario Mínimo Interprofesional en la desigualdad y el empleo”, Informe ISEAK 2021/6, pp. 1-71.

Diéguez Cuervo, G., “Conceptos económicos en la regulación de las relaciones de trabajo (una novedad de nuestras reformas laborales)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 86, 1997, pp. 828-836.

Domínguez-Olabide, P., Zalakain, J., “Bajos salarios y garantía de ingresos: diseño e impacto de los complementos salariales”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, Nº. 80, 2023, pp. 35-60. <https://doi.org/10.5569/1134-7147.80.0>

Esteban Gómez, A., “La inembargabilidad del salario mínimo interprofesional”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 165/2022, pp. 121-149.

Gil y Gil, J. L.: “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num.11/2014, Doctrina, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

Goerlich Gisbert, F., *Distribución de la renta, crisis económica y políticas redistributivas*, Fundación BBVA, 2016, pp. 1-256.

Grimshaw, Bosch y Rubery, “Minimum wages and collective bargaining: What types of pay bargaining can foster positive pay equity outcomes?” en *British Journal of Industrial Relations*, vol. 52, núm. 3, 2014, pp. 470-498.

Lantarón Barquín, D., “Economía, flexibilidad y esencia finalista del salario en aras de un nuevo modelo (I)”, *Revista española de derecho del trabajo*, Nº. 164, 2014, pp. 21-53.

Llompert Bennàssar, M., “La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social”, *Trabajo y Derecho, número 57*, septiembre 2019, p. 50-65.

Martín Carretero, J. M., “Nueva desigualdad en España y nuevas políticas para afrontarla”, *Observatorio social de la Fundación la Caixa*, 2019, pp. 1-25.

Melle Hernández, M., “Precariedad laboral: reto pendiente en España”, *Estudios Latinoamericanos*, núm. 14-Año 2022-Vol.II, pp. 35-52.

Monereo Pérez, J. L., *Concertación y Diálogo Social*, Editorial Lex Nova. Valladolid, 1999.

Monereo Pérez, J. L., “El Derecho del Trabajo en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000, pp. 237-300.

Monereo Pérez, J. L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la ‘cuestión social’”, *Relaciones Laborales*, núms. 15-16, 2001, pp. 429-499.

Monereo Pérez, J. L., López Insua, B.: “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.177/2015, parte Estudio, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015

Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G., “Política de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas”, *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, 1/2021, pp. 17-45.

Monereo Pérez, J. L., “John Maynard Keynes (1883-1946), “La política económica como Elemento de Sostenibilidad del Estado del Bienestar”, (2024). *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, 39, 2024, 309-394.

Moreno Vida, M. N., “Trabajo decente y salario mínimo en el sistema multinivel de garantías”, en AA.VV., *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á.L. (Dirs.), López Insua, B. M. (Coord.), Granada, Comares, 2018, pp. 219-233.

Novo Corti, I., Cruz Villalón, J., *Salario mínimo y el trabajo decente ante la innovación tecnológica en España*, Aranzadi, 2023.

Ochando Claramunt, C., Albert Moreno, J. F., “La política de rentas en España como instrumento de -pre-distribución-”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2020 (Economía y Sociología), Nº 146, pp. 113-136.

Ortiz González-Conde, F. M., “Los salarios mínimos adecuados en la Unión Europea”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra 17, 2023.

Pérez del Prado, D., “El salario mínimo interprofesional en el debate jurídico y económico”, *Revista de información laboral*, Nº. 1, 2017, pp. 229-248.

Pérez Hernández, M. M., “El salario mínimo interprofesional y la negociación colectiva. Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 74/2022, de 26 de enero. ECLI:ES:TS:2022:74”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.163/2022, pp. 245-254.

Noguera Ferrer, J. A., “Redistribución, predistribución y garantía de rentas”: en AA.VV., *Repensar las políticas sociales: predistribución e inversión social* / coord. por J Zalakain, B. Barragué Calvo, 2017, pp. 207-228.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Trabajadores pobres y derecho del trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 septiembre 2009, Año XXV, Tomo 2, Editorial LA LEY.

Román Vaca, E., “Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 168/2023, pp. 277-292.

Ruesga Benito, S. M., Baquero Pérez, J., “Análisis de los efectos del aumento del salario mínimo en España en 2019”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar*, núm. 148/2019, pp. 13-40.

Sanz Arcega, E., *Los fines redistributivos de la Constitución Española: la vertiente económica del principio constitucional de solidaridad y sus posibilidades financieras*, ed. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2018.

Sánchez Vellvé, F. J., “Política de salarios mínimos: influencia sobre la desigualdad económica en la Unión Europea”, *Investigación Económica*, vol. LXXVI, núm. 302, octubre-diciembre de 2017, pp. 77-101.

Tarabini-Castellani Aznar, M., “El salario mínimo interprofesional”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco* / coord. por José María Goerlich Peset, 2016, pp. 533-544.

Vivero Serrano, J. B., “El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, (464), 2021, pp. 49–88. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2496>.

**PONENCIA INVITADA DE UNIVERSIDAD NO ANDALUZA:
EL TRATAMIENTO RETRIBUTIVO DEL ABSENTISMO**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

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

Universitat de València

jose.m.goerlich@uv.es

ORCID: 0000-0002-2910-2153

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS DIFERENTES DIMENSIONES JURÍDICAS DEL ABSENTISMO
3. LAS DIFICULTADES DE LA LUCHA CONTRA EL ABSENTISMO: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO
4. ABSENTISMO Y RETRIBUCIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN
5. UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LA EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA
6. ¿QUÉ PUEDE HACER LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?
7. REFLEXIÓN FINAL
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

EXTRACTO:

Ciertas reformas normativas, de forma directa o a través de la interpretación que los tribunales están haciendo de ellas ponen en cuestión los instrumentos usados en las empresas para la reducción del absentismo. Ello es particularmente evidente para los de carácter extintivo, en trance de desaparición. Pero afecta también a los incentivos de naturaleza económica. Partiendo de que estos pueden ser una forma razonable de gestión empresarial, el análisis que sigue describe las razones que han provocado el fenómeno, desarrolla su crítica y analiza las posibilidades que quedarían abiertas para negociación colectiva y políticas empresariales en este terreno.

PALABRAS CLAVE: Absentismo, incentivos antiabsentismo, enfermedad, conciliación de la vida laboral y familiar

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier reflexión sobre el absentismo se ha de enfrentar a una serie de cuestiones de suma dificultad y sobre cuya respuesta es, probablemente, imposible alcanzar un consenso pleno. Es fácil encontrar un punto de partida común para toda reflexión: el absentismo, al menos cuando alcanza una determinada trascendencia, es un problema y, por tanto, es conveniente reducirlo. Diría que esta idea la tenemos todos clara a nivel intuitivo; y, sobre todo, podemos contrastarla en el plano normativo. En efecto, aunque no son muchos los datos normativos de carácter general con los que contamos en relación con él, los pocos que podemos utilizar se sitúan claramente en esta línea.

De un lado, quiero llamar la atención sobre el preámbulo de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia que, entre las múltiples ventajas del recurso al trabajo a distancia se refiere a la “reducción del absentismo”. No hace falta mucho entendimiento para interpretar esta mención en la línea indicada: al presuponerse que pueden existir problemas derivados del absentismo, su superación no puede sino ser beneficiosa. De otro, y sobre todo, cabe traer a colación la reiteración de contenidos sobre él en la negociación interconfederal. Desde 2010, las sucesivas versiones de los Acuerdos sobre el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) han llamado la atención sobre la necesidad de actuar al respecto. La única excepción la constituye el II AENC (2012/2014, BOE 6 febrero 2012), cuyas preocupaciones esenciales estaban lejos del tema: firmado el 25 de enero de 2012, fue, como es sabido, un último intento de evitar la intervención normativa que fue aprobada en febrero.

Existe, por otra parte, consenso en que, desde la perspectiva causal, el absentismo tiene una explicación multifactorial. Se ha insistido, con base en los análisis empíricos, en que las ausencias al trabajo son variables en función del “entorno institucional, el empleado, la empresa y las características del trabajo realizado”. Lo primero se relaciona con la protección que se obtiene durante la ausencia (facilidad para conseguirla, entidad de la sustitución de las rentas de activo...); lo segundo, con los factores sociales y económicos de cada persona (“edad, sexo, estado civil, renta, sector y tipo de contrato, permanente o no”); en cuanto a los dos últimos factores, la dimensión de la empresa sería relevante, como lo son las políticas que desarrolla en relación con el absentismo y, de otro lado, las condiciones de trabajo también influirían –por ejemplo, los trabajos mejor retribuidos implican mayores incentivos al compromiso, etc.– (Carreras Roig, 2013, p. 25 ss.). A la postre, ello implica que el absentismo no solo se vea como un problema que daña la eficiencia de las empresas, por sus efectos sobre productividad y en términos de

desorganización y de costes injustificados, sino que también pueda ser considerado una consecuencia de la forma en que aquellas se organizan, en términos de falta de atención a las necesidades de quienes prestan sus servicios en ellas y/o de oferta de condiciones adecuadas de trabajo (con detalle, Boada i Grau et al., 2013).

Esta doble dimensión causal deja también trazas en las escasas referencias legales al absentismo y, sobre todo, en los acuerdos interconfederales a los que hice referencia más arriba. Por lo que se refiere a las primeras, cabe llamar la atención sobre el art. 64.2.d) ET que incluye entre las competencias del comité de empresa el “derecho a ser informado trimestralmente... de las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen”. La jurisprudencia constitucional, al analizar la divulgación de un informe sobre absentismo desde la perspectiva de libertad de expresión e información, confidencial a juicio de la empresa, ha destacado “que el tema sobre el que se informó y opinó revestía un indudable interés laboral y sindical, por tratarse de una materia estrechamente vinculada con la prevención de riesgos laborales, con la gestión y control de la incapacidad temporal, o, con los inconvenientes derivados del régimen de turnos es decir, con cuestiones todas ellas de claro interés para los trabajadores y de clara repercusión en las relaciones laborales por afectar, en definitiva, a la salud laboral” (STC 213/2002, 11 noviembre). En cuanto a los segundos, aunque no son los únicos en los que ha estado presente la temática, hay que traer a colación el III AENC, para el período 2015/2017 (BOE 20 junio 2015), en cuyo capítulo IV, apartado 6, se indicaba, entre otras cosas, que “la reducción de las ausencias injustificadas en el ámbito sectorial o de empresa debe ser un objetivo compartido por la representación sindical y empresarial, dado que se proyecta sobre las condiciones de trabajo, el clima laboral, la productividad y la salud de los trabajadores”. Más recientemente, en el vigente hasta 2025 V AENC (BOE 31 mayo 2023), las partes firmantes manifiestan su “preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes” así como su deseo de “establecer líneas de actuación que mejoren la salud de las personas trabajadoras” (capítulo VII, sobre “Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes”).

Por supuesto, una cierta cantidad de ausencias es inevitable en la fisiología de la organización empresarial. Por ello, el absentismo únicamente “se conceptualiza como un problema cuando excede de los límites de la normalidad y de las circunstancias inevitables que pueden provocar esas ausencias” (Carreras Roig, 2013, p. 22). Diferentes informes recientes emitidos por organizaciones patronales, o entidades próximas a ellas, tienden a poner de manifiesto que en nuestro país, el absentismo constituye efectivamente un problema; y, aunque no es fácil comparar los datos de los países de nuestro entorno, se apunta incluso a una realidad común en todos ellos (CEIM & KPMG Abogados, 2024, p. 3 ss.). El tema esencial se encontraría en la evolución en ascenso del absentismo, sobre todo como consecuencia de las ausencias debidas a incapacidad temporal, que es la más importante causa de horas no trabajadas. En concreto, por lo que se refiere a los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes, se hace hincapié en que las bajas por enfermedad que inician tales procesos van en aumento, sin que este efecto pueda ser imputado al aumento del empleo y, por tanto, de la población protegida al detectarse igualmente un aumento de la incidencia media mensual. Ello implica que, aunque la duración media de los procesos haya venido disminuyendo ligeramente respecto de las cifras previas a la pandemia, el coste para el sistema de Seguridad Social y para las empresas viene aumentando (AMAT, 2024, p. 13 ss.; Foment del Treball Nacional & The Adecco Group Institute, 2024, p. 34 ss.; UMIVALE Activa & IVIE, 2024). Como es previsible, del otro lado, estas conclusiones vienen siendo rechazadas. En sus propios

informes, las organizaciones sindicales han ofrecido valoraciones numéricas diferentes que desmontarían “las mentiras del absentismo” (CCOO Cataluña, 2019, p. 9 ss.).

Sin entrar en la valoración de estos datos, lo que sí parece posible es afirmar la conveniencia de que existan sistemas adecuados de gestión del absentismo, fundamentalmente por lo que se refiere a las ausencias derivadas de incapacidad temporal. Estos pueden tener, por otro lado, una doble dimensión. En un modelo como el nuestro, de gestión fuertemente burocratizada de esta situación, existe una primera de carácter público, relacionada con el control de los criterios de acceso y permanencia a tal situación en el marco de la Seguridad Social. En cuanto a la segunda, se basa en las medidas que pueden utilizarse dentro de la ordenación del contrato de trabajo para reaccionar o prevenir las ausencias. Aunque es probable que la primera cuestión sea tanto o más importante que la segunda, las consideraciones que siguen se mueven exclusivamente en esta última. Esta opción viene justificada por los recientes desarrollos normativos e interpretativos que han afectado a las posibilidades de control contractual del absentismo que parecen apuntar a la eliminación o, al menos, a una intensa alteración de las bases en las que tradicionalmente se ha desarrollado.

2. LAS DIFERENTES DIMENSIONES JURÍDICAS DEL ABSENTISMO

Entrando en este terreno, lo primero que conviene reseñar es que no existe un tratamiento normativo sistemático del absentismo. De hecho, la búsqueda de este término en la legislación laboral es prácticamente infructuosa: efectuada una de carácter automático en el extenso *Código Laboral y de la Seguridad Social* que puede encontrarse en el sitio web del BOE solo hallaremos cuatro menciones al término que nos preocupa. Dos de ellas han sido reseñadas en el apartado anterior; la otra son los ecos de la vigencia del art. 52.d) ET que han quedado olvidadas tras su desaparición. Con todo, a partir del conjunto de referencias normativas a las ausencias del trabajador es posible reconstruir sistemáticamente lo que haya de entenderse por absentismo y el tratamiento jurídico que le corresponde. De hecho, es esta la forma en que se ha venido afrontando la cuestión tradicionalmente (Pedrajas Moreno & Sala Franco, 2009; Sala Franco, 2001, 2019).

2.1. Ausencias y absentismo

En primer lugar, la normativa laboral contiene una clasificación de las ausencias, lo que permite la reconstrucción de la noción de absentismo. Una primera gran división se relaciona con su justificación. En este terreno, se contraponen “las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”, a las que se refiere el art. 54.2.a) ET, y que constituyen un incumplimiento del contrato, y toda una serie de supuestos dispersos en otros lugares del Estatuto en los que las ausencias no tienen la condición de incumplimiento contractual. Aunque existen otros preceptos relevantes (arts. 23, 30 o 68.e], por ejemplo), estos supuestos se concentran en las secciones dedicadas al “tiempo de trabajo” (fundamentalmente, art. 37 ET) y a la “suspensión del contrato”.

La noción de justificación no es, por otra parte, unitaria. Las razones que el legislador utiliza para delimitarla son de muy diferente naturaleza; y ello se advierte en el régimen jurídico aplicable. Aunque, en todo caso, quedan excluidas de su consideración como incumplimiento, los derechos que corresponden a la persona que deja de trabajar se modulan en función del fundamento o la finalidad perseguida o en atención a otros aspectos o circunstancias de cada supuesto. La diferenciación entre interrupciones o permisos y suspensión del contrato es la más obvia demostración de esta idea, si bien

conviene destacar que tampoco estas categorías incluyen supuestos uniformes. Son atravesadas de forma transversal por diferentes posibilidades de explicación que incluyen desde la relevancia del interés del trabajador en la ausencia –que, a veces, es del máximo nivel y, en otras ocasiones, no–, hasta la posibilidad de imputársela a la empresa, pasando por otros aspectos –como la duración–.

Esta extraordinaria diversidad hace que la reconstrucción de la noción jurídica de absentismo no pueda hacerse de forma sencilla, contraponiendo de forma binaria las ausencias justificadas y las injustificadas. Podemos verlo en el precepto que se ha dedicado tradicionalmente a este tema. Me refiero al art. 52.d) ET que, a pesar de su derogación por RDL 4/2020, de 18 de febrero, sigue siendo aludido en algunos preceptos que están formalmente vigentes, aunque con toda probabilidad han devenido inaplicables desde su desaparición (cfr. arts. 16.2.d) 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, y 14.2 Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción). Recuerdo que el art. 52.d) ET, hasta su reforma por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, mencionaba un “índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo” que había de superar un determinado porcentaje en los períodos de tiempo relevantes para proceder al despido objetivo basado en absentismo. De acuerdo con la jurisprudencia (SSTS 23 enero y 18 septiembre 2007, recs. 4465/2005 y 4224/2006), este índice de absentismo debía calcularse de acuerdo con las reglas de cómputo de las ausencias individuales establecidas en el propio precepto. De este modo, hasta la derogación del precepto en 2020, la noción de absentismo incluía ausencias, justificadas o no, a condición de que no estuvieran incluidas en el listado que establecía el propio precepto, que en su última redacción excluía.

Las ausencias justificadas consideradas no computables, por otro lado, tenían relación con muy diferentes realidades. Una parte de ellas conectaba con derechos fundamentales de carácter colectivo (“las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores”); otra, con la prohibición de discriminación por razón de género, sea de carácter directo (“maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia”; “violencia de género”) o indirecto, a través del paulatinamente consolidado derecho a la conciliación de la vida laboral o familiar (“paternidad”); un tercer grupo, con la misma ordenación del contrato de trabajo, que reconoce tiempos de descanso y otros derechos de audiencia (“licencias y vacaciones”); el cuarto valoraba, en fin, la imputación a la empresa de la ausencia (“accidente de trabajo”). Si lo vemos en positivo, además de las injustificadas, solo resultaban computables eran las derivadas la incapacidad temporal por contingencias comunes; pero solo si eran de corta duración o se relacionaban con situaciones de salud graves, caracterizadas por la posibilidad de faltas recurrentes.

2.2. El control del absentismo: mecanismos legales y convencionales

El hecho de que el absentismo, como sabemos, sea un problema desde la perspectiva empresarial implica, en tercer lugar, que en el marco del contrato de trabajo se atribuyan a la empresa específicos derechos para reaccionar frente a él. De una parte, se prevén diversas facultades de control de las ausencias. Al amparo de la facultad de vigilancia general (art. 20.3 ET), no cabe duda de que el empresario puede establecer sistemas de control de la efectiva presencia de los trabajadores en sus puestos. Es más, está obligado a hacerlo desde el RDL 8/2019, de 8 de marzo (cfr. art. 34.9 ET). Adicionalmente, suelen establecerse expresas exigencias de preaviso y justificación para los diferentes supuestos de ausencias justificadas a los que he hecho referencia (cfr. art. 37.3 ET). Finalmente, para

ciertos tipos de ausencias se prevén específicos mecanismos de control. Es el caso, sobre el que después se harán algunas reflexiones adicionales, del establecido para “verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo”, al que se refiere el art. 20.4 ET. De otra, la reacción empresarial puede desarrollarse en el terreno extintivo. Las faltas injustificadas, a condición de que sean “reiteradas”, posibilitan la utilización del despido disciplinario (art. 54.2.a] ET); y, desde su introducción en 1977 hasta su desaparición en 2020, el art. 52.d) ET ha permitido recurrir a la extinción por causas objetivas, cuando las faltas, justificadas o no, alcancen un cierto volumen. Por último, aunque sus trazas son menos obvias en la normativa legal vigente, cabe concebir la posibilidad de que existan incentivos dirigidos a la reducción del absentismo, normalmente, aunque no solo, mediante específicos complementos salariales. Es claro que la amplísima forma en que estos se configuran en el art. 26.3 ET así lo ampara al caber que estos tomen en consideración “circunstancias relativas... al trabajo realizado”.

Esta última idea nos lleva a un último aspecto que merece ser resaltado: el papel que puede desarrollar la negociación colectiva en relación con el absentismo. Seguramente, el principio de libertad de contenidos es suficiente para sustentarlo. Pero es posible encontrar algún pasaje en nuestra normativa legal que sirve de sustento adicional. Aunque normalmente reparamos poco en ella, la declaración general contenida del art. 82.2 ET confía a los convenios colectivos la regulación también de las “condiciones... de productividad”. La conexión que existe entre esta noción y el absentismo permite concluir que su tratamiento forma parte de sus posibles contenidos. En realidad, la negociación colectiva tiene mucho que decir en materia de absentismo. Así se ha señalado con cierta reiteración por quienes se han aproximado al tema. Ello es así por varias razones. De entrada, como he indicado más arriba, la cuestión del absentismo admite muy diferentes aproximaciones desde una perspectiva causal. La pactación colectiva aparece por ello como un método adecuado para dar cobertura a los diferentes intereses en juego. En otro orden de consideraciones, y ahora desde un punto de vista formal, si bien existen elementos del régimen jurídico que esquemáticamente se ha trazado para el absentismo que dependen fundamentalmente de la ley, otros han de ser necesariamente desarrollados por vía negocial. Existe, de algún modo, una suerte de reparto de competencias en materia de absentismo entre los aspectos legales, fundamentalmente, los relacionados con la extinción del contrato, y los convencionales, los incentivos salariales o de otro tipo que asumen funciones en la materia. Es más, se ha señalado que las previsiones de los convenios en este terreno son “herramientas básicas para su gestión” (Nieto Rojas, 2016, párr. II), puesto que “cualquiera de estas medidas convencionales positivas puede hacer más por la reducción del absentismo laboral que las medidas de control o negativas” (Sala Franco, 2019, párr. X).

No es ni mucho menos infrecuente que la negociación colectiva manifieste su interés en el absentismo. Como ya he indicado, cuatro de los cinco AENC suscritos hasta ahora han incluido la cuestión entre los temas que deben ser abordados en los convenios. En efecto, de forma general o, específicamente, en relación con las ausencias relacionadas con la incapacidad temporal por contingencias comunes, la cuestión ha estado presente en ya el IAENC (2010/2012; BOE 22 febrero 2010), que incluía la mención a “Absentismo. IT. Mutuas” entre las “otras materias” que, según se preveía, debían formar parte de las negociables en el período de seis meses siguientes a la firma. Del mismo modo, el III AENC (2015/2017; BOE 20 junio 2015) situaba en lugares bien próximos los criterios dedicados a IT (§ 5) y absentismo (§ 6), en el capítulo IV del III, y establecía una estrecha conexión conceptual entre ambas nociones en el primero de estos apartados entre el compromiso de que los convenios colectivos impulsaran “medidas para mejorar la gestión

y control de la situación por ITCC” y la previsión de incluir “criterios dirigidos a reducir los índices de absentismo en la empresa”. Por su parte, el IV Acuerdo (2018/2020; BOE 18 julio 2018) preveía en el Anexo de “Acuerdos alcanzados en el ámbito bipartito que deben ser desarrollados en el ámbito tripartito con el Gobierno de España” la cuestión que nos ocupa, previendo “la creación de un observatorio que en el plazo de seis meses emita un informe a partir del cual se puedan realizar pruebas piloto que puedan mejorar todas las situaciones de absentismo no deseado”. Por último, al todavía vigente V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2023/2025; BOE 31 mayo 2023) ha dedicado su capítulo VII a la “incapacidad temporal derivada de contingencias comunes” y, tras constatar la preocupación de las organizaciones firmantes, exhorta a la negociación colectiva a “establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos” y a “fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones”.

Por otro lado, la información cualitativa ofrecida en las Estadísticas del Ministerio a partir de la hoja estadística que se presenta en el momento del registro muestra que un relativamente elevado número de convenios colectivos contienen “medidas relacionadas con el absentismo”. Los datos de los últimos tres años sitúan el porcentaje de convenios que las contienen en torno al 30 % (2021: 29,41; 2022: 31,25; 2023 –provisionales–: 29,22), lo que implica un ligero incremento respecto a lo que ocurría diez años antes cuando se situaban en el entorno del 27 % (2013: 26,83; 2014: 27,22; 2015: 26,46). En todo caso, la mayor parte de los convenios que las contienen se negocian en las empresas. Aunque el número de trabajadores afectados sea muy inferior, lo cierto es que en ambos períodos el porcentaje de convenios de empresa supone aproximadamente el 85 % del total.

Los estudios cualitativos (García Ninet, 2016, p. 101 ss.; Moreno i Gené, 2013, p. 377 ss.; Romero Burillo, 2013) sobre las cláusulas concretas muestran que su fisonomía es muy variable. Aparte las de carácter obligacional –constitución de comisiones u observatorios–, las normativas se diversifican tanto por las condiciones a que afectan (salariales, descansos, mejoras voluntarias) como por la forma que lo hacen. Por lo que se refiere a esto último, a veces, funcionan de manera lineal, como en el caso de las primas de asistencia. En este caso, pueden tener referentes más o menos largos para su devengo, diario o en períodos más amplios, de forma que así las ausencias relevantes producen efectos más que proporcionales. Se ha señalado que este tipo de complementos tienen una utilidad relativa: su escasa cuantía hace que sus efectos puedan ser poco perceptibles y, sobre todo, no se relacionan con la productividad sino que garantizan únicamente la presencia de la persona en su puesto de trabajo (Nieto Rojas, 2016, párr. II). Por eso en muchas ocasiones los efectos de las ausencias se despliegan sobre los diferentes tipos de retribución variable (por objetivos, por resultados, etc.), bien condicionando su percepción bien siendo valorados para determinar su cuantía. Por lo demás, su valoración puede ser estrictamente individual o tener además una dimensión colectiva, utilizándose, por ejemplo, el índice global para determinar el esfuerzo salarial que debe hacer la empresa.

En todo caso, las conclusiones sobre el papel efectivamente desarrollado por la negociación no son muy halagüeñas. Se ha afirmado que “los convenios colectivos no suelen regular planes de resolución del absentismo”(García Viña, 2010, párr. 5); y, poco después que es “escaso (el) intento de control” desarrollado por la negociación colectiva (García Ninet, 2016). En su momento, se sugirió que ello podría deberse a que “el empresario ya cuenta con un arsenal de armas en el ámbito laboral y de la Seguridad

Social para combatir eficazmente el absentismo injustificado” (García Ninet, 2016, p. 114). Es posible, sin embargo, que las circunstancias hayan cambiado en la actualidad.

3. LAS DIFICULTADES DE LA LUCHA CONTRA EL ABSENTISMO: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

En efecto, los acontecimientos normativos y jurisprudenciales de los últimos años han incidido sobre el marco que acaba de ser trazado, hasta el punto de que podríamos estar ante una inminente y completa crisis de los sistemas tradicionales de control. La causa de este fenómeno se encuentra en el modo en que se ha planteado la interferencia de la protección de los derechos fundamentales de las personas que trabajan en la empresa. Expresando la hipótesis de manera sencilla, lo que parece estar ocurriendo es que la creciente conexión de sus ausencias con los derechos fundamentales de los que son titulares dificulta, si no imposibilita directamente, la utilización de los mecanismos tradicionales para combatir el absentismo. Esta hipótesis se proyecta tanto sobre los de carácter legal como sobre los convencionales.

Por lo que se refiere a los primeros, de las dos vías extintivas que se han descrito una ha quedado definitivamente cegada y la segunda está en trance de llegar al mismo resultado. No voy a entrar en detalles sobre ninguna de ellas puesto que no son el tema de esta ponencia. Pero sí que me interesa resaltar que este efecto se ha producido precisamente por la causa indicada.

3.1. La desaparición de la extinción objetiva por absentismo

En relación con el despido por absentismo, son dos los aspectos que me interesa destacar. El primero se relaciona con la permanente reforma de su conceptualización por el art. 52.d) ET. La regla original de 1980 sufrió cuatro modificaciones entre 1999 y 2012, tres de las cuales se relacionan directamente con aspectos vinculados a la no discriminación por razón de sexo o género, de forma directa o a través de su conexión con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. En concreto, se relacionan con este aspecto las modificaciones introducidas en el precepto por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras – que excluyó del cómputo las ausencias debidas a “riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia”–, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –que hizo lo propio con las “motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda”– y por el RDL 10/2010, de 16 de junio –que añadió al listado el “riesgo durante... la lactancia” y la “paternidad”–. Únicamente la Ley 3/2012 se movió en un terreno diferente al prever que tampoco habían de computarse “las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”.

En cuanto al segundo, me gustaría recordar que hasta inicios de la década pasada la extinción objetiva por ausencias había tenido un uso muy residual fundamentalmente por las dificultades de alcanzar, e incluso de acreditar, el porcentaje de absentismo del conjunto de la plantilla que se requería para la concurrencia de la causa. Solo cuando en 2010, ese porcentaje se redujo y, sobre todo, a raíz de su eliminación en 2012, se generalizó el recurso a este supuesto extintivo. En este nuevo contexto, a lo largo de la década pasada se abrió un proceso de cuestionamiento judicial de estos despidos objetivos, sobre la base de su posible contradicción con los derechos fundamentales, y en concreto con la

prohibición de discriminación. Este proceso acabó, sin embargo, rechazándola; y ello en todas las jurisdicciones en las que se planteó.

De un lado, el debate que se había desarrollado en suplicación, relacionado con la posibilidad de estirar la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad de la Directiva 2000/78 para enervar el cómputo a efectos de absentismo de las bajas por enfermedad, fue zanjado por el TS (sentencia 700/2017, 21 septiembre, seguida por otras). El TS manejó a estos efectos la necesaria diferenciación entre discapacidad y enfermedad, elaborada en años anteriores por el TJUE y acogida también por nuestra jurisprudencia ordinaria. Este mismo planteamiento se recogió, de otro lado, en la posterior STJUE 18 enero 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16, que resolvía cuestión prejudicial en relación con la admisibilidad del despido objetivo fundado en absentismo. El punto de partida del pronunciamiento es, desde luego, la afirmación de que “es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de «discapacidad» y de «enfermedad»”; y si bien acepta que, cuando los días de baja se relacionan con una previa discapacidad cabe asimilar a esta la enfermedad que la motiva, el hecho de que aquellos puedan ser computados a efectos de absentismo no implica necesariamente discriminación por discapacidad, si ello responde a “la finalidad legítima de combatir el absentismo” y no va “más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad” —lo que debe ser evaluado por los órganos judiciales nacionales—. Por último, la STC 118/2019, 16 octubre, rechazó la cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto que nos ocupa por su posible contradicción con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE) y a la salud (art. 43.1 CE), valorando, como había hecho el TJUE, el “objetivo legítimo” que perseguía el precepto (“proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador”), que tendría “fundamento en la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE”.

Finalmente, y dejando al margen el intento fallido de eliminar el precepto aplicando el llamado control de convencionalidad (cfr. STSJ Cataluña 17 enero 2020, rec. 5532/2019, recovada por STS 270/2022, 29 marzo; véanse también SSTS 888/2022, 2 noviembre, y 489/2023, 6 julio), la cuestión fue resuelta en sentido diferente por el propio legislador. El RDL 4/2020, de 18 de febrero, tramitado luego como Ley 1/2020, de 15 de julio, procedió a derogar el art. 52.d) ET. El preámbulo de estas normas es, en todo caso, ilustrativo de la idea que se desarrolla: a pesar de los precedentes jurisprudenciales reseñados, estas normas apoyan su decisión en diferentes dimensiones relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, utilizando en concreto determinados pasajes de aquellos o argumentos que se habían sostenido en el debate judicial, en concreto, en los votos particulares de la STC 118/2019.

3.2. Enfermedad y despido injustificado

Por otro lado, por lo que se refiere al posible recurso al despido disciplinario, se ha abierto un nuevo frente como consecuencia de la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Aunque este cambio no se incorpora al Estatuto de los Trabajadores, el art. 2.1 Ley 15/2022, diferencia como causas separadas de discriminación “discapacidad” —contemplada expresamente en nuestro ordenamiento desde que la Ley 62/2003 incorporara la Directiva 2000/78/CE— y “enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”. Esta separación ha implicado la reapertura del debate

interpretativo sobre la calificación adecuada al despido injustificado relacionado con la enfermedad.

Desde la desaparición en 1994 de la nulidad del despido injustificado durante la situación de suspensión del contrato –que, por cierto, no implica efectos muy diferentes a la improcedencia al no tener la consideración entonces cualificada como “radical”–, se había planteado la posibilidad de que la extinción sin causa suficiente relacionada con la enfermedad hubiese de ser calificada como nula por discriminatoria. Este planteamiento, sin embargo, ha sido rechazado tanto por la jurisprudencia ordinaria como por la constitucional. En el primer terreno, ya la STS 29 enero 2001, rec. 1566/2000, afirmó que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”. Esta aproximación, reiterada en otros pronunciamientos posteriores (por ejemplo, SSTS 23 septiembre 2002, rec. 449/2002, 12 julio 2004, rec. 4646/2002, o 22 noviembre 2007, rec. 3907/2006), fue por otra parte compartida por el Tribunal Constitucional. En su sentencia 62/2008, 26 mayo, partió de que “una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE”. La discriminación solo aparecería “en determinadas circunstancias” que, en el “ámbito de las decisiones de contratación o de despido” podrían aparecer “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.

Por otro lado, la diferenciación entre discapacidad y enfermedad, a la que ya se ha hecho referencia, ha impedido extender la tutela prevista para aquella a los despidos relacionados con la enfermedad, cuando en esta no puedan observarse las características de aquella. En la STJUE 11 julio 2006, C-13/05, *Chacón Navas*, se afirmó con rotundidad, en relación con el problema que nos ocupa, que “una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad” y que “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”. Otra cosa es, como se ha visto en la STJUE 11 abril 2013, C-335/11, *Ring*, y en otros pronunciamientos posteriores, que, en ciertas condiciones, pueda producirse la equiparación de ambos conceptos. En concreto, la discapacidad “comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”. Este planteamiento ha venido siendo aplicado por nuestra jurisprudencia (cfr. STS 764/2020, 15 septiembre, con cita de otros precedentes).

Pues bien, la adquisición de autonomía de la “enfermedad” como causa de discriminación tras la Ley 15/2022, podría suponer una alteración de este estado de cosas. De hecho, aunque, como se verá después, en la reflexión teórica existen aproximaciones diferentes, en la doctrina judicial de suplicación se ha extendido la aplicación de la tutela antidiscriminatoria en los casos en los que puede conectarse el despido con la enfermedad (para un análisis de los primeros pronunciamientos, Moreno i Gené, 2023). Si bien se ha excluido la aplicación automática de la nulidad, enfermedad y/o incapacidad temporal pueden funcionar como indicio de discriminación y, a la hora de valorar la prueba, suponer la necesidad de que la aportada por la empresa sea suficiente para destruir el panorama discriminatorio. Si esto no se consigue, el despido se declarará nulo; si se consigue, será procedente o improcedente, si existe una causa suficiente para destruir los indicios de discriminación aunque no lo sea para justificar la decisión empresarial.

4. ABSENTISMO Y RETRIBUCIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como se indicó, junto a las más radicales reacciones frente al absentismo que comportaban los instrumentos legales de naturaleza extintiva, es posible concebir mecanismos de perfil más bajo, dirigidos a combatir el absentismo mediante el incentivo a la efectiva presencia de la persona en su puesto de trabajo. Podemos pensar en este sentido en complementos salariales o mejoras de otro tipo –por ejemplo, días de descanso adicionales–, previstos en convenios o acuerdos colectivos o, incluso, en decisiones empresariales de carácter unilateral, contenidos en las políticas retributivas dirigidas al conjunto de la plantilla o a una parte de ella.

En principio, la configuración de este tipo de incentivos parece completamente libre. No existe, como he insistido varias veces, un concepto legal de absentismo con proyección general. Lo más parecido era lo que se establecía en el art. 52.d) ET. Pero fue derogado en 2020; y, en todo caso, antes de su derogación no existía ningún indicio de que sus previsiones se proyectaran más allá de su ámbito de aplicación. De este modo, de entrada, resultaría de aplicación el art. 26.3 ET, que remite a “la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual” la determinación de “la estructura del salario” que incluye “en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten”. Ello no obstante, la tensión por la interferencia entre los derechos fundamentales y los mecanismos antiabsentismo ha sido también una constante en las últimas décadas. Pero, como en las facetas extintivas, se ha incrementado de forma notable como consecuencia de la aprobación de la Ley 15/2022.

4.1. Incentivos antiabsentismo y derechos fundamentales

El tema viene planteándose, en relación con las ausencias derivadas de huelga, desde principios de la década de los 90. La utilización de determinados complementos salariales en clave antihuelga se había venido discutiendo a lo largo de la década anterior ante los tribunales del orden social (Goerlich Peset, 1994, p. 38 ss.) y, finalmente, desembocó ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, la STC 189/1993, 14 junio, se ocupó sobre la admisión de un incentivo anual, cuya percepción que dependía del índice de absentismo en el que se incluían todo tipo de ausencias, incluyendo las relacionadas con el ejercicio del sufragio, en las llamadas elecciones sindicales y en las políticas y las ausencias derivadas de la

participación en huelga legal. El posible conflicto entre tales previsiones y los derechos fundamentales de los arts. 23.1 y 28.2 CE tuvo, sin embargo, soluciones diferentes. Por lo que se refiere al primer aspecto, si bien se excluyó que esta solución fuera aplicable a los procesos electorales sindicales –que no se fundamentan en el art. 23.1 CE–, el Tribunal consideró que el permiso retribuido para ejercer el derecho al sufragio es “un acto de ejecución de un derecho fundamental”. De este modo, no resulta admisible que “por convenio colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario se establezcan incentivos tendentes a contrarrestar o enervar la finalidad de la ventaja reconocida a los trabajadores”, sin que “el fomento de la productividad” pueda “nunca erigirse en obstáculo que dificulte la participación de los trabajadores en la vida política (art. 9.2 CE)”. El cómputo de las correspondientes ausencias se consideraba, pues, contrario al art. 23.1 CE. Sin embargo, el de las horas perdidas a causa de “conflictos colectivos (huelgas, paros voluntarios, etc.)” no se consideró contrario al art. 28.2 CE. A pesar de que las primas antihuelga, al implicar una reducción salarial más que proporcional a la duración de la inactividad por huelga, sí lo vulnerarían, tal no sería el caso de un complemento que mira inespecíficamente al conjunto de las ausencias. Se afirma al respecto que “es obvio que el tipo de incentivo aquí analizado es algo ajeno a las primas antihuelga en la medida en que la prima no está directa y únicamente conectada al ejercicio del derecho de huelga, ni se pierde por el mero hecho de cualquier ausencia por huelga”. En otras palabras, “constituye un instrumento disuasorio de las ausencias laborales, que no grava especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga... que se diluye en el cómputo global de ausencias como una causa más sin que tenga una especial repercusión”. De este modo, “en la medida en que la pérdida de la prima se condiciona a alcanzar un cierto porcentaje total de ausencias, es lo cierto que las debidas a huelga puede que no adquieran reflejo alguno en el devengo de ese incentivo, ... rompiéndose en ese caso la regla de la proporcionalidad en beneficio del trabajador... (y) cuando se pierde el referido incentivo por superar el umbral mínimo de faltas previsto, no hay por qué cohonestar la pérdida del incentivo con las ausencias por huelga, puesto que éstas sólo son una de las causas computables y no necesariamente la única”. En definitiva, “la cláusula convencional, en tanto que no conlleva efecto multiplicador alguno o sacrificio adicional a la pérdida de la remuneración correspondiente al tiempo de huelga, no vulnera el derecho de huelga”.

La única posibilidad de comprender la diversidad de soluciones para los dos derechos fundamentales implicados se relaciona con la mayor relevancia que se parece asignar al derecho de sufragio sobre la base del art. 9.2 CE. Pero ni siquiera ello resulta completamente convincente habida cuenta que también el reconocimiento del derecho de huelga guarda obvia conexión con las cláusulas de igualdad sustancial y remoción de obstáculos a la participación a las que se refiere aquel precepto. Quizá por ello, la jurisprudencia ordinaria se ha situado inmediatamente después en un terreno de reflexión parcialmente diferente. Desde finales de 1993, en efecto, el TS ha entendido que, cuando el convenio no hace mención expresa a las ausencias por huelga entre las que se excluyen del cómputo del absentismo, ha de entenderse que no pueden ser computadas para salvaguardar la integridad del derecho fundamental (véanse ya sentencias de 10 diciembre y 27 diciembre 1993, recs. 3015/1992 y 2975/1992 –la segunda con un voto particular–; con posterioridad SSTs 19 abril 1994, 36/2003, 5 mayo 1997, rec. 3310/1996, y 1 diciembre 1998, rec. 1747/1998). Varios de estos pronunciamientos han cohonestado la interpretación del TS con la apuntada en su momento por el TC sobre la base de la interpretación más favorable al derecho fundamental. El último, STS 128/2023, 9 febrero, insiste en esta línea en que “solo cabría incluir el tiempo de ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo si el convenio colectivo lo hubiera establecido así

expresamente, sin que el silencio del convenio pueda interpretarse en el sentido más desfavorable al derecho fundamental, sino que, por el contrario, ha de hacerse en el sentido más favorable al derecho fundamental”.

En todo caso, en los comentarios a esta sentencia, se ha indicado que su doctrina es incompleta, por cuanto que, si el convenio incluyera expresamente el cómputo de la huelga y esto tuviera un efecto desincentivador del ejercicio del derecho, se produciría la vulneración del derecho fundamental. Sin embargo, “la crítica no es a la sentencia del TS comentada, absolutamente respetuosa con el derecho fundamental y con la doctrina constitucional, sino más bien con la dictada en su día por el más alto Tribunal: la STC 189/1993” puesto que probablemente “la proporcionalidad alegada por el TC en aquél caso” encubría “una vulneración «indirecta» del derecho constitucionalmente reconocido en la medida en que claramente lleva consigo un «efecto desaliento» del ejercicio de un derecho fundamental de dudosa conformidad con la doctrina internacional” (Nogueira Guastavino, 2023).

4.2. El tratamiento del ejercicio de derechos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar

Esta idea viene confirmada por el otro gran espacio de conflicto entre los incentivos frente al absentismo y los derechos fundamentales de las personas que trabajan en la empresa: la discriminación por razón de género, directa o indirecta en relación esta última con el ejercicio de facultades en materia de conciliación de la vida laboral. Aunque la integración expresa por vía legislativa de este último aspecto en el derecho a la igualdad y no discriminación solo se ha producido a raíz del RDL 5/2023 (cfr. redacción vigente del art. 4.2.c] ET), lo cierto es que mucho tiempo antes había sido preconizado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 3/2007, 15 enero). Por lo que aquí interesa, la jurisprudencia ordinaria lo ha proyectado sobre diferentes tipos de ausencias.

Por una parte, la consideración de las ausencias causadas por embarazo y maternidad a efectos de absentismo ha sido rechazada desde la STS 10/2017, 10 enero, en un supuesto en que la condiciones para la percepción de las retribuciones variables establecidas en la empresa se ponían a cero cuando se producían. De este modo, las trabajadoras no percibían incentivos hasta que no volvían a transcurrir los periodos necesarios para su devengo a contar desde la reincorporación. “Tal consecuencia”, concluye la sentencia, “implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la plenitud del mismo”. En esta misma línea, la STS 589/2019, 16 julio, llegó a idéntica conclusión en un caso en el que, a diferencia de otras causas de ausencia, no se consideraban horas trabajadas a efectos de conseguir alcanzar el mínimo exigido, las relacionadas con embarazo o maternidad.

Por otra, y por lo que se refiere a las ausencias derivadas del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, se ha alcanzado una conclusión similar sobre la base de su conexión indirecta con la prohibición de discriminación por razón de género. Existe doctrina legal sobre la retribución de los permisos que, en concreto, viene a señalar que los convenios colectivos no pueden excluir de ella determinadas partidas salariales vinculadas a la productividad sin vulnerarla (véanse, SSTS 9 diciembre 2009, rec. 8/2008, y 815/2019, 3 diciembre). Del mismo modo, las correspondientes ausencias no pueden ser tomadas en consideración desde la perspectiva de la lucha contra el absentismo. Aunque hasta fecha bien reciente se había venido aceptando en la doctrina judicial si tal era el sentido de la previsión que las instituía (por ejemplo, SSTSJ Castilla y León, Valladolid, 23 julio 2019, rec. 1187/2019, o Cataluña 5512/2019 de 15 noviembre), la

doctrina del TS parece haber evolucionado en un sentido diferente. Y ello tanto en el caso de que los derechos de conciliación sean ejercidos por mujeres, pues estadísticamente son ellas quienes los utilizan en mayor medida, como si lo son por hombres. En este último terreno, la STS 793/2020, 23 septiembre, en un caso en el abono de los objetivos se veía afectado, por las ausencias derivadas del permiso de paternidad, ha afirmado que “el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos, lo que, en el supuesto que analizamos queda gravemente comprometido por la existencia de una regulación que, como se ha acreditado, impide a los titulares del permiso de paternidad disfrutar del mismo sin que de ello se desprenda ningún tipo de perjuicio ni de consecuencia retributiva negativa.

Por lo demás, la configuración concreta de este tipo de permisos vinculados a la conciliación no parece afectar a esta conclusión. En la doctrina judicial se ha señalado, en este sentido, que es irrelevante el hecho de que el convenio que los establece los considere no retribuidos. Si los mismos se conectan con la conciliación de la vida personal o familiar, no es admisible su valoración a efectos de absentismo. Esto ocurre, por ejemplo, en los que establecen los convenios para acompañar al médico a niños o dependientes (cfr. STSJ Galicia 310/2023, 29 junio).

4.3. Ausencias por enfermedad y ausencias injustificadas: evolución jurisprudencial

Por último, tradicionalmente no parece haber existido problema en considerar absentismo las ausencias que no pueden ser vinculadas con los derechos fundamentales o que carecen de toda justificación. Es posible, sin embargo, que se haya abierto un proceso de replanteamiento interpretativo, muy claro por lo que se refiere a las ausencias por incapacidad temporal y algo menos nítido en cuanto a las injustificadas.

Respecto de las primeras, la cuestión se ha centrado en las derivadas de contingencias comunes puesto que, normalmente, las de carácter profesional suelen ser incluidas en el listado de las que no se consideran absentismo. Hasta la Ley 15/2022, se ha admitido que este tipo de ausencias puedan ser computadas como absentismo a efectos de modular determinados derechos. Vale como ejemplo la SAN 102/2016, 8 junio, en relación con su valoración en la mejora voluntaria de la incapacidad temporal que se establecía. Ciertamente, existe alguna sentencia anterior de la propia Audiencia Nacional en la que se ha aplicado la doctrina general en materia de discriminación por discapacidad. Me refiero a la SAN 176/2014, 30 octubre, que parte de la posibilidad de que existieran enfermedades, aun curables que produjeran “una imposibilidad de integración en la vida laboral a largo plazo”, y por tanto hubieran “de considerarse como una situación de discapacidad... (siendo) la diferencia de trato por causa de la misma... discriminatoria”. En casación, desaparecieron los matices que la sentencia de instancia introducía para salvaguardar la legitimidad del convenio sobre la base de esta idea (STS 438/2016, 18 mayo), aunque no quedan completamente claros los motivos del cambio. En todo caso, lo relevante es que, en principio, la consideración como absentismo de la enfermedad común ha venido admitiéndose, como se puede ver en los pronunciamientos dictados por los TTSSJJ (por ejemplo, SSTSJ Asturias 564/2012, 24 febrero, Com. Valenciana 3197/2008, 7 octubre, Galicia 2909/2022, 16 junio, y 4379/2022, 27 septiembre, y País Vasco 16 noviembre 2010, proc. 8/2010).

Tras la aprobación de la Ley 15/2022, la inclusión de la enfermedad entre las causas de discriminación prohibida, de forma separada a la discapacidad, ha supuesto la revisión de este planteamiento en la doctrina judicial. Aunque, como veremos luego, existe un reciente pronunciamiento que parece contradictorio con ellas (SAN 106/2024,

16 septiembre), varias sentencias de la Audiencia Nacional en efecto han considerado discriminatorio el cómputo de las ausencias por incapacidad temporal a efectos de absentismo en relación con la percepción o cuantificación complementos relacionados con objetivos. El efecto discriminatorio se relaciona, en algunos de los casos resueltos, con el impacto más que proporcional que despliegan las ausencias y, en otros, con su configuración como circunstancia impeditiva de la percepción [SSAN 80/2023, 19 junio (valorada por Desdentado Daroca, 2023), 4/2024, 22 enero y 18/2024, 13 febrero (comentada por Arias Domínguez, 2024)]. El planteamiento está presente igualmente en la doctrina de los TTSSJJ (STSJ Galicia 3107/2023, 29 junio).

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las ausencias injustificadas, existen indicios que podrían implicar la apertura de un proceso de revisión interpretativa. Tradicionalmente se ha permitido que puedan desplegar efectos como condicionantes o factores de reducción más que proporcional de determinados complementos vinculados a objetivos o resultados, que se adicionan a la deducción salarial ordinaria que corresponde y a la posible sanción disciplinaria impuesta. En este sentido, la SAN 176/2014, 30 octubre, ha permitido que se consideren absentismo las ausencias relacionadas con suspensiones de empleo y sueldo: aparte de que *non bis in idem* no se aplica en el terreno privado, aunque así fuera, el impacto sobre aquellos “no puede concebirse como una sanción, ni siquiera laboral, porque no es sino una mera consecuencia de la inasistencia al trabajo y esa falta de trabajo puede tomarse en consideración para excluirla del cómputo, sin que haya detrás un derecho constitucional tutelable que obligue a su inclusión”. Sin embargo, la prohibición estatutaria de las multas de haber (art. 58.3 ET) podría conducir a la revisión de esta idea.

Este precepto ha empezado a ser utilizado en la doctrina judicial para valorar los criterios de determinación o devengo de los incentivos variables. La ya citada STSJ Galicia 3107/2023, 29 junio, lo ha empleado en relación con los permisos no retribuidos establecidos por los convenios colectivos para facilitar la vida laboral y familiar, aunque como argumento adicional a la existencia de discriminación directa o indirecta. Pero además existe una relativamente extensa serie de pronunciamientos de la Audiencia Nacional que lo proyectan de forma aislada (cfr. SSAN 102/2016, 8 junio, 80/2023, 19 junio, y 65/2024, 10 junio) cuya argumentación, si bien no se refiere expresamente a las faltas injustificadas, limita las posibilidades de reacción empresarial ante ellas. Lo que no se admite, en concreto, es que la existencia de previas sanciones disciplinarias pueda ser tomado en consideración para valorar o excluir la percepción del complemento de que se trate. Si así fuera, y la configuración del incentivo posibilitara que “cualquier amonestación, así como cualquier tipo de sanción” incidiera en su devengo o cuantía”, aparecería “mecánicamente, en la práctica, una multa de haber, adicionada a la sanción en sí, que está expresamente prohibida por el art. 58.3 ET” (SAN 102/2016, 8 junio). Aunque estos pronunciamientos no se refieren específicamente a las faltas de asistencia injustificadas, nada impide que su interpretación sea proyectada sobre ellas si es que han sido objeto de sanción disciplinaria, aunque sea en su más mínimo nivel mediante la amonestación. De hecho, en la reflexión teórica sobre los límites del poder disciplinario ha estado tradicionalmente presente, como luego veremos.

5. UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LA EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA

La evolución interpretativa deja abiertas, a mi juicio, dos cuestiones diferentes. Por un lado, cabe discutir su corrección. Es más, en algunas de las cuestiones planteadas, resulta de todo punto necesario porque en el momento de escribir estas líneas no contamos con

jurisprudencia del TS que permita considerarla consolidada. Se hace precisa, por tanto, una reflexión crítica al respecto. Por otro, es igualmente necesario, en previsión de que acabe por consolidarse, analizar su alcance real. Se trata con ello de determinar cuáles son las posibilidades que seguirían quedando a disposición de la negociación colectiva o de las políticas de empresa para desincentivar las ausencias al trabajo.

5.1. ¿Existe un margen para condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales?

La respuesta a la primera cuestión es, desde mi punto de vista, diferente para cada uno de los aspectos que hemos analizado. Por lo que se refiere al primero, la exclusión del ejercicio de los derechos fundamentales de la consideración como absentismo a efectos retributivos, las conclusiones interpretativas alcanzadas pueden compartirse en línea de principio, sin perjuicio de que acaso, en algún punto en concreto, pudiera ser objeto de revisión crítica. Seguramente, no cabe discutir que los efectos más que proporcionales sobre la retribución de las ausencias relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los art. 23 y 28 así como las vinculadas a embarazo y maternidad son contrarias a aquellos o a la prohibición de discriminación por razón de género. No creo, sin embargo, que sea posible extrapolar esta idea al conjunto de facultades y permisos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar. Diría que la interpretación que se viene haciendo es demasiado mecánica, vinculando todos los derechos que se establecen en este terreno a la discriminación por razón de género, sea por vía directa, si se piensa en su ejercicio por mujeres, o indirecta, en caso de que se considere que lo ejercitan los hombres.

Sin embargo, no todos los derechos legal o convencionalmente establecidos en este terreno tienen la misma significación, ni por tanto conectan igualmente con la protección dispensada por el art. 14 CE. No es lo mismo, creo, la (desaparecida) suspensión por paternidad que el permiso retribuido por hospitalización (art. 37.3.b] ET). En la primera –y en la titularidad intransferible de la suspensión por nacimiento o adopción que la ha sustituido–, es obvia la conexión con la corresponsabilidad y, a su través, con la igualdad real en el seno de la familia; pero no lo es tanto en el segundo que, al menos en la interpretación consolidada hasta la fecha (cfr. STS 23 abril 2009, rec. 44/2007, o SAN 32/2010, 26 marzo), puede ser utilizado para llevar unas flores a la cuñada que acaba de tener un hijo. Por otro lado, una parte de las facultades de conciliación reconocidas legal o, sobre todo, convencionalmente se relacionan con el recurso a determinados servicios públicos. Pero estos pueden tener, y de hecho tienen, una oferta variada que en muchos casos posibilitará la selección de horarios de forma compatible con la prestación laboral. En estos casos, por ejemplo, el de los permisos para acompañar a menores o dependientes, establecer la relación con el art. 14 CE no resulta fácil; ni menos discutir que la empresa pueda legítimamente incentivar la adopción de determinadas opciones por los trabajadores.

Estoy hablando, en definitiva, de la posibilidad de justificar la proporcionalidad de la configuración de los incentivos aunque puedan tener efectos colaterales indirectos sobre el derecho fundamental, reconociendo la existencia de un margen, al menos para algunas de las facultades a través de las que se produce la conciliación de la vida laboral y familiar. Después de todo, es una idea que ha manejado la jurisprudencia constitucional en este terreno, sobre la base del impacto económico y organizativo que tienen las ausencias sobre las empresas. Es muy interesante en este terreno la doctrina sentada en la STC 125/2018, 16 noviembre, que resolvió un supuesto en el que se habían computado, a efectos de despido por absentismo, las ausencias relacionadas con el ejercicio de un cargo público electivo. En ella se afirmó que “la protección que dispensa el artículo 23.2 CE no puede

implicar la absoluta intangibilidad de la situación profesional o laboral que el cargo electo haya tenido antes de ejercer su actividad política”; puede que el empresario esté “obligado a facilitar su legítimo ejercicio, pero la Constitución no ampara que los costes derivados del legítimo ejercicio de tal función representativa sean unilateralmente asumidos, más allá de lo razonable”. El juicio de proporcionalidad, sobre el que volveré de inmediato al hablar de las ausencias por enfermedad, podría permitir un margen de actuación a la negociación colectiva, como fuente normativa más próxima a la realidad y concededora, por tanto, de la real posibilidad de compaginar las necesidades de conciliación con la organización de los servicios públicos.

5.2. ¿Es discriminatorio considerar absentismo las ausencias derivadas de enfermedad?

En cuanto a la enfermedad, se ha discutido, ante todo, si su configuración como causa de discriminación separada pueda hacerse mediante una ley ordinaria, que es el rango de la Ley 15/2022 (Monreal Bringsvaerd, 2023, p. 38 ss.). Sin embargo, no es fácil que esta argumentación acabe por prosperar. De un lado, es doctrina consolidada del TC desde la STC 76/1983, 5 agosto, que la reserva de ley orgánica del art. 81 CE se refiere a los derechos fundamentales, en sentido estricto (arts. 15 a 29). De otro, la cláusula abierta que contiene el inciso final del art. 14 CE no ha impedido que, siempre que concurren los rasgos típicos, hayan aparecido nuevos supuestos de discriminación que han sido reconducidos por la jurisprudencia a aquella. Tal es el caso, por poner un ejemplo reciente, de la discriminación relacionada con la identidad de género (SSTC 67/2022, 2 junio, y 81/2024, 3 junio). No es por ello de extrañar que la aproximación mayoritaria haya descartado el planteamiento (Agustí Maragall, 2023, Sección II; Álvarez del Cuvillo, 2024, p. 49 ss.; Menéndez Sebastián & Rodríguez Cardo, 2024, Sección IV).

Sin embargo, en el terreno sustantivo, las cosas son probablemente más complicadas. Y ello por dos razones. Por una parte, en la reflexión teórica, existe división de opiniones sobre el sentido que tiene la referencia que el art. 2.1 Ley 15/2022 hace a la “enfermedad”. Desde luego, en relación con el problema del tratamiento del despido injustificado, existe una corriente de pensamiento que desarrolla una interpretación mecánica de la noción. Su sola concurrencia, sin necesidad de que venga acompañada por características adicionales, desencadena el funcionamiento de la tutela antidiscriminatoria (Agustí Maragall, 2023; Cabeza Pereiro, 2023; Cordero Gordillo, 2023; Gordo González, 2023; Villarino Moure, 2024). Existe otra, no obstante, que alcanza conclusiones diferentes. Sobre la base de los requisitos que necesariamente han de acompañar a las circunstancias sociales o personales para que puedan ser consideradas discriminatorias, entiende que la mención a la enfermedad del art. 2.1 Ley 15/2022 no admite una interpretación literal. Habida cuenta que el conjunto de la población está expuesto con carácter temporal al riesgo, no es fácil identificar la circunstancia a la que se anuda la discriminación ni el grupo víctima que la padece. De este modo, su sola concurrencia no sería suficiente para activar la tutela antidiscriminatoria, salvo que fuera acompañada de elementos que permitieran superar esta objeción. En otras palabras, la nueva norma no habría cambiado el panorama interpretativo previo (Aguilera Izquierdo, 2023, 2024; Álvarez del Cuvillo, 2024; Crespí Ferriol, 2023, p. 135 ss.; Menéndez Sebastián & Rodríguez Cardo, 2024, Sección VIII). En mi opinión, esta última es la interpretación correcta, sin perjuicio de que la consideración específica de la “enfermedad” que hace la Ley 15/2022 pueda tener, como se ha indicado (Álvarez del Cuvillo, 2024, Sección V), un alcance más amplio que el que deriva de su posible consideración como discapacidad.

Incluso aunque eso no fuera así, no creo, por otra parte, que la doctrina establecida por la Audiencia Nacional y algún TSJ haya de ser compartida. No se puede olvidar en este sentido el terreno en el que se desarrolla el debate al que acabo de aludir, el del despido injustificado. El que ahora interesa, el de los incentivos retributivos o de análoga significación, es conceptualmente bien diferente puesto que no esté en juego la estabilidad en el empleo. Esto hace que, incluso si acabara por prevalecer la primera de las dos interpretaciones expuestas, no sea necesario que se extienda a aquellos. Recuerdo al respecto que la reconstrucción jurisprudencial del alcance de la prohibición de discriminación no impide la existencia de diferencias en el tratamiento de las personas sino solo de aquellas que, como indica el art. 4.2 Ley 15/2002, no pueden “justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”. Pues bien, cabe sostener que el tratamiento del absentismo mediante incentivos económicos o de otro tipo supera esta exigencia de justificación, lo que acaso no ocurre cuando enfrentamos decisiones empresariales extintivas.

No cabe duda, en este sentido, que la reducción del absentismo es una finalidad legítima. Como hemos visto en páginas anteriores existen indicios normativos (*supra*, 1) y pronunciamientos jurisprudenciales del máximo nivel (*supra*, 3.1) que lo prueban. No puede ser de otra manera habida cuenta que el art. 38 CE “reconoce la libertad de empresa y encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como la defensa de la productividad” (STC 118/2019, 16 octubre), siendo la conexión entre esta y aquella bastante obvia. En este contexto, la discusión se traslada a la posible proporcionalidad de la medida diferenciadora. Y aquí no cabe una extensión inmediata de la elaboración desarrollada en relación con la pérdida del empleo. Los reproches que, desde las máximas instancias se han movido a la regulación de la extinción vinculada a la enfermedad, valoran la trascendencia de este efecto. Como se ha sugerido (Crespí Ferriol, 2023, p. 112), esto se advierte en la jurisprudencia constitucional, en relación con ausencias que están claramente vinculadas a los derechos fundamentales. En la ya citada, STC 125/2018, 16 noviembre, resolvió un supuesto en el que se habían computado, a efectos de despido por absentismo, las ausencias relacionadas con el ejercicio de un cargo público electivo. El Tribunal Constitucional entendió que el recurso al despido vulneraba los derechos fundamentales del art. 23 CE; pero también que el objetivo de reducir el absentismo “podría haber sido alcanzado con otras medidas alternativas, menos gravosas para la trabajadora, que están previstas en el ordenamiento, y que habrían podido satisfacer también aquellos intereses legítimos empresariales... (pues) hubieran permitido la consecución del mismo objetivo empresarial de hacer cesar el incumplimiento reiterado del horario laboral de aquella y, al mismo tiempo, permitirle a la actora que hubiera seguido con el vínculo laboral, subsistente durante el ejercicio del cargo público representativo”. Si se piensa bien, esta misma idea se encuentra presente en el preámbulo del RDL 4/2020 cuyo principal reproche al derogado art. 52.d) ET se centró en que preveía un “procedimiento de aplicación automática que no permite el juicio de adecuación y proporcionalidad”. Por eso, en fin, son muy diferentes las aproximaciones doctrinales a la relevancia de la enfermedad en los dos planos que estamos considerando. Mientras la cuestión de la discriminación por enfermedad del despido ha sido objeto de un extenso tratamiento, no existe una intensidad paralela de esta controversia en relación con los incentivos antiabsentismo.

Diría, pues, que la exclusión en todo caso de la consideración de las ausencias por enfermedad como absentismo a efectos retributivos –o de otros incentivos– es posible. Y también que quizá el legislador no sea enteramente ajeno a esta conclusión. Llamo la atención en este sentido a la nueva redacción que una norma prácticamente coetánea de la Ley 15/2022, la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de

pensiones de empleo, ha dado al art. 5.1.a) 2º del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. En su redacción anterior, el precepto aclaraba que el principio de no discriminación en los planes de empleo es “compatible con la diferenciación de aportaciones del promotor correspondientes a cada partícipe, conforme a criterios derivados de acuerdo colectivo o disposición equivalente o establecidos en las especificaciones del plan”. Este reenvío a la negociación de los criterios de posible diferenciación ha sido matizado en el sentido “debe garantizarse el desarrollo de medidas correctoras para evitar la brecha de género como, entre otras, el mantenimiento de las contribuciones en los supuestos de reducción de jornada y de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo recogidos en los artículos 37.6 y 48, apartados 4 a 8, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”. Ello permite entender que no todas las posibles ausencias tienen la misma relevancia en este terreno.

5.3. ¿Integran una multa de haber los efectos retributivos de las ausencias injustificadas?

Por último, por lo que se refiere a las dificultades para computar como absentismo las ausencias injustificadas que pudieran haber sido objeto de sanción disciplinaria sobre la base de la posible aparición de una “multa de haber, o, si el incentivo se mueve en el terreno del tiempo de trabajo, de una “minoración de los derechos al descanso”, no se trata de un debate que se haya abierto últimamente. Dan cuenta de él los tratamientos tradicionales de los límites del poder disciplinario empresarial (véase ya Fernández López, 1991; también, Poquet Catalá, 2011). El análisis parece moverse en un difícil equilibrio entre la literalidad legal, que podría implicar la proscripción de que las ausencias injustificadas puedan tener efectos retributivos, o relacionados con el descanso, que no sean proporcionales a su duración, y la razonabilidad presente en las partidas salariales que persiguen la finalidad de reducir el absentismo, mediante el establecimiento de este tipo de efectos.

A mi juicio, para resolver este conflicto hemos de atender al fundamento de la prohibición legal contenida en el art. 58.3 ET. Doctrinalmente, parece existir consenso en que estas prohibiciones miran a evitar la aparición de un enriquecimiento injusto del empresario. Si esto es así, entiendo que es decisiva la cuestión del devengo de las partidas salariales cuya cuantía se vea afectada por las ausencias de forma desproporcionada: únicamente, si podemos considerar que estos efectos se producen sobre cantidades ya devengadas en función del trabajo desarrollado, pueden ser incluidas en el ámbito de aplicación del art. 58.3 ET. Por el contrario, si, como ocurre en los pluses lineales de asistencia, la inexistencia de ausencias injustificadas resulta ser una condición de devengo, no es fácil aceptar que los efectos salariales constituyan una multa de haber, puesto que nunca se habría consolidado la retribución correspondiente. En presencia de una condición suspensiva, “la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición” (art. 1114 CC).

Es verdad que el recurso a la teoría de la condición ha de hacer las cuentas con sus límites generales –inadmisión de “las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley” (art. 1116 CC)–. Por eso, quienes se han ocupado del tema con anterioridad han intentado que por esta vía no se introduzcan indebidamente minoraciones salariales. Para conseguirlo, han insistido en la necesidad de que sea posible conectar la condición que afecta a la reducción desproporcionada basada en el previo ejercicio del poder disciplinario con los criterios que permiten delimitar

los diversos componentes de la estructura salarial. Si es posible hacerlo, no estaríamos ante consecuencias sancionadoras de los comportamientos del trabajador sino ante meros efectos secundarios admisibles. Por eso, los condicionantes deben tener un sentido no específicamente sancionador sino de carácter indiferenciado (Fernández López, 1991, p. 268 ss.), que permita asociarlos con “prestaciones defectuosas del trabajador, con independencia de que fuesen o no constitutivas de faltas, pues en ese caso ya no tendría la función sancionadora adicional” (Poquet Catalá, 2011, p. 236).

Pero incluso en este terreno más estricto, entiendo que los efectos de las ausencias injustificadas superan sobradamente las exigencias de admisibilidad. En relación con los complementos vinculados a rendimiento, desempeño o circunstancias análogas, es indudable que las ausencias injustificadas tienen tal dimensión de “prestación defectuosa”, tanto desde la perspectiva individual como, sobre todo, desde la colectiva –razonable integración en los equipos de trabajo–. Por ello, los estudios específicamente relacionados con la admisibilidad de los complementos antiabsentismo han tendido a descartar que queden afectados por la regla del art. 58.3 ET (Romero Burillo, 2013, p. 151 ss.)

6. ¿QUÉ PUEDE HACER LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

La segunda gran cuestión que plantea la evolución normativa y jurisprudencial es la de determinar las posibilidades que quedan abiertas a la negociación colectiva, en caso de que finalmente prevalezcan las tendencias que se detectan, sobre todo en relación con la enfermedad. La situación es confusa porque las señales que proceden de nuestros tribunales no son unívocas. Si a ello añadimos que la fisonomía de los incentivos antiabsentismo es muy variada y está sujeta a su concreta configuración en cada convenio y/o en cada empresa, resulta sumamente difícil hacer una previsión segura, más allá de algunas afirmaciones de carácter general. En este terreno, creo que es posible hacer tres afirmaciones diferentes: no es seguro, en primer lugar, que la misma afecte a los complementos antiabsentismo más tradicionales, los de carácter lineal; los pronunciamientos parecen referirse más bien, en segundo lugar, a la interferencia del absentismo en complementos vinculados a objetivos o resultados, si bien no es seguro que el pretendido efecto discriminatorio se produzca en todo caso; finalmente, cabe pensar que la evolución interpretativa en ningún caso puede proyectarse sobre los incentivos vinculados a las mejoras de las prestaciones de la seguridad social.

Por lo que se refiere a la primera idea, las sentencias de la AN que se han producido después de la Ley 15/2022 no parecen, en realidad, poner en cuestión los complementos antiabsentismo más tradicionales, las primas de asistencia y puntualidad, incluso si despliegan efectos más que proporcionales. En realidad, en tres de las sentencias dictadas sobre la cuestión se hace salvedad de la doctrina establecida por la SAN 102/2016, 8 junio, sobre la posibilidad de que existan incentivos dirigidos a reducir el absentismo (SSAN 80/2023, 19 junio, 4/2024, 22 enero y 18/2024, 13 febrero). De hecho, existen un par de sentencias recientes que aplican este tipo de complementos sin hacer cuestión del tema que nos ocupa (SSTS 795/2022, 4 octubre, en relación con devengo de carácter mensual, y 1028/2024, 17 julio, para un complemento anual) –si bien la cuestión planteada era la de su percepción completa o proporcional en las jornadas reducidas–. Se ha señalado, en todo caso, que esta inmunidad de las cláusulas “puras” de absentismo no es segura y habrá que aguardar a ver la evolución de la interpretación judicial (Gimeno Díaz de Aauri, 2024).

En realidad, lo que parece afirmarse en la nueva doctrina judicial es, en segundo lugar, que no resulta admisible que el absentismo se interfiera en incentivos o complementos vinculados a productividad o resultados, bien condicionando su percepción bien reduciéndola en forma más que proporcional. Desde este punto de vista, puede encontrarse cierta relación entre el planteamiento de la nueva doctrina judicial y la forma en que el TS ha abordado la interferencia del absentismo sobre este tipo de complementos asociados a objetivos, cuando está constatada su consecución (véase STS 68/2023, 25 enero, y pronunciamientos citados en ella). Sin embargo, puede no ser exactamente el mismo caso, porque al menos en algunos de los nuevos, se está discutiendo sobre complementos individuales en los que, además, la valoración del absentismo puede ser sumamente razonable desde la perspectiva organizativa. Después de todo, la presencia continuada de las personas que trabajan en la empresa en sus lugares de trabajo, además de eliminar los problemas organizativos y de costes derivados de su ausencia, optimiza la cohesión de los equipos. Sin embargo, la Audiencia Nacional no parece reparar en ello. En SAN 80/2023, 19 junio, se parte de la falta de alegación alguna de la empresa en este terreno lo que, conforme a las reglas generales (art. 96.1 LRJS), permite entender que falta justificación en su conducta diferenciadora. Pero en SAN 4/2024, 22 enero, la parte demandada sí que adujo que “la diferencia de trato está justificada por cuanto que la actividad especializada que realiza la empresa - producción de envases de vidrio- que se realiza en turnos continuos los 7 días de la semana, hace que cuando se acude a personal contratado por ETT para sustituir a los trabajadores ausentes existan más riesgos de que aparezcan productos defectuosos, lo que incide en la producción”; pero ello quedó falto de respuesta.

En todo caso, la más reciente SAN 106/2024, 19 septiembre, parece protagonizar un sorprendente giro, en relación con un convenio que condiciona la cuantía y percepción de una prima por objetivos a determinados períodos de permanencia en la empresa durante el año en que se devenga. A efectos de calcularlos, se establece que, si “acumula treinta días naturales o menos de ausencia por procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes en el año a valorar, esos días se considerarán tiempo de trabajo a efectos del cómputo para el percibo de la prima”. Pero, “si se supera el plazo anterior de treinta días, la totalidad de las ausencias por procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes en el año a valorar, no se considerarán tiempo de trabajo a efectos del cómputo para el percibo de la prima”. La circunstancia que permite excluir que este aspecto del convenio sea discriminatorio se relaciona con la conexión del objetivo con la efectiva presencia: “si se observan los parámetros de medición del objetivo, contenidos en los documentos obrantes a los descriptores 42 y 43, se comprueba que todos ellos están ligados al desempeño efectivo de las funciones encomendadas, por lo que resulta justificado que el convenio no compute periodos de tiempo elevados en situación de IT, en los que el trabajador no puede llevar a cabo cometido alguno ni cumplir los estándares de comportamiento fijados por la empresa”. Se trata de una razonable justificación, por supuesto, pero cuya relevancia contrasta con las soluciones sostenidas en el pasado inmediato –a las que, por cierto, no se hace ninguna referencia–. De nuevo habrá que aguardar a que estos asuntos alcancen el Tribunal Supremo y este nos dé criterios seguros en este terreno.

Habida cuenta de todo lo anterior, y hasta la definitiva unificación de las cuestiones que hemos visto, cabe pensar que los incentivos económicos antiabsentismo únicamente parecen seguros en el terreno de las mejoras voluntarias. Esta es la tercera idea general que quería señalar. No parece haber problema, en principio, en establecer escalas variables en este terreno, en función de la causa o la duración de los procesos de incapacidad temporal: habida cuenta que las diferencias afectarán siempre a personas enfermas, no

será fácil una reconstrucción cuasiautomática de la existencia de discriminación, salvo que quepa inferir, de lo que se pacte, algún tipo de circunstancia específica que permita reconstruirla. Adicionalmente, el establecimiento de este tipo de complementos abre la posibilidad específica de control establecida en el art. 20.4 ET.

7. REFLEXIÓN FINAL

La conclusión general que resulta del análisis anterior es que, en un período relativamente corto, el sistema tradicional de control contractual del absentismo parece haber entrado en una profunda crisis. Y ello tanto por lo que se refiere al marco extintivo como, por lo que aquí interesa, en el terreno del establecimiento de incentivos económicos para la efectiva asistencia al centro de trabajo. He intentado argumentar, sin embargo, que las soluciones que se adopten en el primer terreno no necesariamente han de ser extendidas, siempre y en todo caso, al segundo. En todo caso, la cuestión solo quedará resuelta mediante la intervención del Tribunal Supremo.

Eso sí, si las tendencias que se vislumbran en la doctrina judicial resultaran confirmadas, debería abrirse una intensa reflexión sobre los aspectos públicos del control del absentismo, como ha sido reiteradamente auspiciado por las organizaciones empresariales o entidades conexas (por ejemplo, AMAT, 2024, p. 6) y, al menos en ciertos aspectos, ha sido aceptado en el marco del diálogo social. Recuerdo en este último sentido que el vigente V AENC (2023/2025), entre otras cosas insta, al diálogo social tripartito, a explorar “el aprovechamiento de los recursos de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social” con idea “de mejorar los tiempos de espera, la atención sanitaria de las personas trabajadoras y la recuperación de su salud, así como a reducir la lista de espera en el Sistema público” así como a desarrollar un análisis de “la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el seguimiento de las causas, la incidencia y duración de los procesos” y “estudiar el impacto que la respuesta del Sistema Nacional de Salud, en cada uno de los ámbitos, tiene en los procesos de IT”. A mi juicio, ello debería ir acompañado, como también se ha auspiciado en la doctrina (Cabeza Pereiro, 2023, p. 54 ss.), del replanteamiento de los costes directos que la incapacidad temporal implica para las empresas.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguilera Izquierdo, R. (2023). El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022. *Trabajo y Empresa: Revista de Derecho del Trabajo*, 2(2), 69-90. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9335629>

Aguilera Izquierdo, R. (2024). El despido en situación de incapacidad temporal ¿Indicio suficiente de discriminación por razón de enfermedad? *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 8, 51-70. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9684993>

Agusti Maragall, J. (2023). El despido por enfermedad o condición de salud: Puntos críticos a la vista de la primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales). *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 243, 18-36. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8966474>

Álvarez del Cuvillo, A. (2024). La calificación del despido por enfermedad tras la Ley15/2022: Una cuestión controvertida. En T. (dir.) Guerrero Padrón (Ed.), *Derecho del Trabajo y Seguridad*

Social. Aspectos críticos de su regulación (pp. 33-62). Murcia : Ediciones Laborum, 2024. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9337673>

AMAT. (2024). *El absentismo laboral derivado de la incapacidad temporal por contingencias comunes (ITCC)*. <https://www.amat.es/wp-content/uploads/2022/09/2022-06-27-Informe-AMAT-ABSENTISMO-ITCC-2021-Avance-ICT-2022.pdf>

Arias Domínguez, Á. (2024). Control del absentismo y control de las bajas por incapacidad temporal: circunstancias deseablemente diferentes. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9484199>

Boada i Grau, J., Ficapal Cusi, P., & Soler Calleja, C. (2013). Absentismo laboral: visión psicosocial. En *Romero Burillo, A., Moreno Gené (coord.), La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral* (pp. 49-88). Valencia : Tirant lo Blanch, 2013. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5260014>

Cabeza Pereiro, J. (2023). La discriminación por enfermedad en el despido. *Revista de derecho social*, 102, 37-56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9043475>

Carreras Roig, L. (2013). Impacto económico del absentismo laboral. En *Romero Burillo, A., Moreno Gené (coord.), La gestión del absentismo laboral* (1.a ed., pp. 19-48). Tirant lo Blanch.

CCOO Cataluña. (2019). *El absentismo laboral*. https://www.ccoo.cat/salutlaboral/documents/folleto_absentismo_laboral.pdf

CEIM, & KPMG Abogados. (2024). *El absentismo laboral: un análisis de las bajas médicas temporales en Europa*. <https://umivaleactiva.es/salud-y-absentismo-laboral/estudio-sobre-it-y-siniestralidad>

Cordero Gordillo, V. (2023). El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Lex social: revista de los derechos sociales*, 13(1), 1-27. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8932043>

Crespí Ferriol, M. del M. (2023). *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*. AEDTSS/Cinca.

Desdentado Daroca, E. (2023, noviembre 13). *La discriminación por razón de enfermedad en las relaciones laborales. Reflexiones a partir de la SAN de 19 de junio de 2023*. Briefs AEDTSS, 61.

Fernández López, M. F. (1991). *El poder disciplinario en la empresa*. Civitas.

Foment del Treball Nacional, & The Adecco Group Institute. (2024). *Informe sobre absentismo laboral*. <https://www.foment.com/wp-content/uploads/2024/07/informe-absentismo-laboral-foment.pdf>

García Ninet, J. I. (2016). El absentismo y su escaso intento de control en la negociación colectiva española 2014-2016. En J. García Viña, J. I. García Ninet, J. Barceló Fernández, & P. Burriel Rodríguez-Diosdado (Eds.), *La incapacidad temporal en el trabajo: régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo* (pp. 73-114). Barcelona, Atelier, D.L. 2016. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=6278270>

García Viña, J. (2010). ¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo en las empresas? *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 58(1), 311-327. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=3321271>

Gimeno Díaz de Atauri, P. (2024, abril 26). *La enfermedad como factor de discriminación ¿el fin de los complementos de absentismo?* ElForodeLabos.

Goerlich Peset, J. M. (1994). *Los efectos de la huelga*. Tirant lo Blanch.

Gordo González, L. (2023). Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4, 103-121. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9061875>

Menéndez Sebastián, P., & Rodríguez Cardo, I. A. (2024). La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 110. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9305709>

Monreal Bringsvaerd, E. J. (2023). Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional: una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes. *Trabajo y Empresa: Revista de Derecho del Trabajo*, 2(2), 35-68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9335628>

Moreno i Gené, J. (2013). El tratamiento del absentismo laboral en la negociación colectiva. En *Romero Burillo, A., Moreno Gené (coord.), La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral* (pp. 357-416). Valencia : Tirant lo Blanch, 2013. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5260026>

Moreno i Gené, J. (2023). La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022: valoración de los primeros pronunciamientos judiciales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8815258>

Nieto Rojas, P. (2016). La incidencia de los complementos salariales en la reducción del absentismo.: Su recepción en la negociación colectiva. *Revista de información laboral*, 5, 181-198. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5695888>

Nogueira Guastavino, M. (2023). Huelga feminista y premio por presencia: el tiempo empleado en una huelga no puede ser considerado absentismo a tales efectos, en ausencia de especificación expresa en el convenio colectivo. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8910753>

Pedrajas Moreno, A., & Sala Franco, T. (2009). *Ausencias al trabajo y absentismo: tratamiento jurídico*. Tirant lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extlib?codigo=833095>

Poquet Catalá, R. (2011). *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*. Tirant.

Romero Burillo, A. M. (2013). La retribución del trabajador como estrategia para la gestión del absentismo laboral. En A. M. Romero Burillo & J. Moreno Gené (Eds.), *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral* (pp. 123-158). Valencia : Tirant lo Blanch, 2013. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5260018>

Sala Franco, T. (2001). *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*. Tirant lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extlib?codigo=24146>

Sala Franco, T. (2019). Acerca del absentismo laboral. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 49, 16-25. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=6856376>

UMIVALE Activa, & IVIE. (2024). *Estudio sobre la incapacidad temporal y siniestralidad*. <https://umivaleactiva.es/salud-y-absentismo-laboral/estudio-sobre-it-y-siniestralidad>.

Villarino Moure, C. (2024). A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: Sobre la causa y la posible justificación. *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, 252, 18-44. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=9441358>

**PONENCIAS GENERALES DEL TERCER PANEL:
OTRAS MANIFESTACIONES DE FLEXIBILIDAD
(MSCT, directiva condiciones transparentes,
modificación del despido)**

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
FLEXIBILIDAD LABORAL Y PROTECCIÓN SOCIAL

MANUEL GARCÍA MUÑOZ

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

Universidad Pablo de Olavide

Mgarmun@upo.es

<https://orcid.org/0000-0002-4243-4355>

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONTEXTO ESTADÍSTICO DE LA POBLACIÓN ESPAÑOLA CON RELACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO
3. EVOLUCIÓN DESDE LA CRISIS FINANCIERA DE 2008 A 2019
4. EVOLUCIÓN DURANTE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19
5. EVOLUCIÓN A PARTIR DE 2022
6. CONCLUSIONES

EXTRACTO

La evolución de la configuración legal del procedimiento de regulación de empleo temporal y definitivo, probablemente, constituya una de las manifestaciones más significativas de la flexiseguridad, no solo por las reglas que intentan aportar medidas, por un lado, de flexibilidad a las empresas en situaciones de dificultad económica o modificaciones importantes de carácter técnico, organizativo o de producción, fuerza mayor o circunstancia macroeconómica general o en un determinado sector o sectores de actividad de cambios permanentes que precisen procesos de recualificación o transformación profesional, y, por otro, de seguridad para las personas trabajadoras afectadas por estas medidas, sino por la interacción entre ellas. Las reformas introducidas durante casi los últimos treinta años e impulsadas por la crisis financiera de 2008 y por la situación de emergencia sanitaria por Covid-19 se han orientado en esta doble línea, incluso, con transformaciones sustanciales en los presupuestos y el procedimiento para su adopción, como sucedió en 2012, mediante la supresión de la necesidad de realizar una proyección de futuro sobre su resultado y de la autorización administrativa hasta entonces requerida, así como por la incorporación de nuevas acciones sociales de acompañamiento, como, entre otras, para incrementar la formación y empleabilidad de las personas trabajadoras afectadas por estos procedimientos y de especialidades en algunas de las existentes, como en las prestaciones por desempleo, para la mejora de la protección. Consecuentemente, se han inclinado, sobre esta base, como es lógico, a favorecer, antes que las medidas de carácter definitivo, las de carácter temporal, menos drásticas y reversibles, priorizándose en estas últimas la reducción de jornada sobre la suspensión de contrato. Así se trasluce no solo del plano teórico, sino igualmente del aplicado, como muestran las estadísticas correspondientes a los años inmediatos anteriores a 2008 y a partir de esta fecha, en las que se puede observar una diferencia significativa en el número de procedimientos entre estas y aquellas, en las que, seguramente, han podido influir, en mayor o menor parte, esta evolución.

1. INTRODUCCIÓN

La crisis financiera erigida en el año 2008 supuso, entre otros, un reforzamiento de la idea de la flexiseguridad, conocida, desde la década de los noventa -si bien en aquellos momentos iniciales referida al equilibrio entre la tutela del trabajo temporal y el dinamismo de la oferta y la demanda de empleo-, como técnica legislativa orientada a procurar, de un lado, medidas que reporten a las empresas capacidad para adaptarse a las nuevas circunstancias, bien generadas por factores internos de la propia organización productiva (económicos, técnicos, organizativos, productivos, etc.), bien por externos de diferente índole (financiera, social, sanitaria, energética, bélica, etc.). De otro, elementos de protección de carácter laboral, de Seguridad Social o ambos simultáneamente a las personas trabajadoras afectadas por su aplicación o por la concurrencia de alguno o algunos de estos factores. Con ello, se pretende, pues, no solo amparar a los empleadores y empleados que individualmente estén atravesando, en un momento concreto, una situación desfavorable propiciada por algunos o varios de estos factores, sino también, como se ha señalado por la doctrina científica, intentar que el mercado de trabajo funcione de una manera más eficiente y equitativa, con un elevado nivel de empleo y un crecimiento más inclusivo, que facilite una distribución más uniforme de los avances del progreso en toda la sociedad.¹ A fin de dar respuesta a este doble objetivo, pero

¹ Doménech R., García J.R. y Ulloa C.: “Hacia un mercado de trabajo más flexible y seguro”, *Revista de empleo y Seguridad Social, Derecho del trabajo, el modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español*”, número extraordinario, 135/2018, p. 16.

sobre todo para intentar mitigar los efectos de la mencionada crisis financiera y sentar las bases para la recuperación, se aprobaron sucesivas medidas legislativas de distinto orden. Particularmente, en el laboral y en el de la Seguridad Social, tanto íntimamente conectadas entre sí, para ofrecer una actuación conjunta ante situaciones concretas, como de forma individualizada, para regular determinados aspectos de la relación laboral, del ejercicio autónomo de una actividad productiva y de la Seguridad Social.

Posteriormente, cuando se consideraba que esos efectos en su mayor parte se habían desvanecidos y, por tanto, podría entenderse superada la etapa de recesión económica, incluso, como también se ha pronosticado por la doctrina, completado “*el ciclo de la flexiseguridad*”, aun sin renunciar a un buen número de sus orientaciones,² se desencadenó, a principios de 2020, como es conocido por todos, un nuevo período de depresión sin precedentes, motivado por la irrupción del virus SARS-Cov-2 (Covid-19), que paralizó casi completamente la actividad económica, profesional, social y personal, en los Estados de la UE, de forma muy significativa en España, y en la inmensa mayoría de los países de todos los continentes. Igualmente, con el doble objetivo de paliar las consecuencias derivadas del impacto de la emergencia sanitaria por la propagación de este virus, especialmente en el ámbito económico, laboral y de la protección social, y de impulsar, en la medida de lo posible y en el menor lapso temporal, un crecimiento inclusivo, se dictaron progresivamente diversas normas, sustentadas nuevamente en el esquema de la flexiseguridad. Pero, a diferencia de las adoptadas en la etapa anterior, en esta ocasión, con una orientación más procíclica, para evitar los defectos apreciados por la aplicación de determinados aspectos de sus predecesoras, y, aunque en principio gozaban de una vigencia limitada, susceptible de ser prorrogada durante el tiempo que se estimara necesario, algunas de ellas se han incorporado, a continuación, al ordenamiento jurídico de manera permanente o se ha reflejado su contenido o inspiración en las establecidas estructuralmente con posterioridad.

Concretamente, las normas elaboradas en estos dos períodos (crisis financiera 2008 y situación de emergencia sanitaria 2020), tanto de carácter temporal como indefinido, sobre la base de la flexiseguridad, se han centrado, por una parte, en potenciar, ante la aparición de causas objetivas o fuerza mayor, la denominada flexibilidad interna, preteriendo la extinción de la relación laboral, si bien facilitando su ejecución en situaciones que sea inevitable, en favor de la reducción de jornada, de salario, de la modificación de las condiciones de trabajo, de la movilidad geográfica o funcional y de la suspensión del contrato de trabajo, acompañadas, en su caso, de medidas de Seguridad Social que favorezcan su adopción. Asimismo, en el supuesto que sea ineludible la extinción, porque no pueda continuar la actividad productiva o porque su mantenimiento, sin disminuir el número de puestos de trabajo, suponga comprometer su viabilidad presente o futura, con los consiguientes perjuicios empresariales y laborales, incluida una disminución superior de empleos, allanando el procedimiento para su realización, también junto con acciones de Seguridad Social, pero que, al mismo tiempo, preserven la sostenibilidad financiera del Sistema, mediante el desplazamiento de su coste económico a las empresas que la acometan en determinadas circunstancias. De otra parte, en conseguir, en el marco de la Estrategia Europea del Empleo, como prescribe el art. 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “*una mano de obra de cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico*”, para alcanzar los objetivos descritos en el art. 3 del tratado de la Unión Europea, entre los que destacan, junto con los generales de promoción de “*la paz, sus valores y el bienestar de los pueblos*”, a este respecto, la tendencia “*al pleno empleo*

² García Murcia, J.: “Editorial”, *Revista de empleo y Seguridad Social, Derecho del trabajo, el modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español*, número extraordinario, 135/2018, p. 12.

y al *progreso social*”, la lucha contra *“la exclusión social y la discriminación”* y el fomento de *“la justicia y la protección sociales, la igualdad entre hombres y mujeres, la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño”*.

Ciertamente, la totalidad de estas normas responden las directrices de la flexiseguridad, independientemente de que puedan asentarse en una vertiente (flexibilidad) más que otra (seguridad) y con una mayor o menor dosis para alcanzar sus objetivos, seguramente, para no menoscabar otros fines que puedan considerarse imprescindibles en sus justos términos. Pero, en nuestra opinión, son las normas que combinan elementos de flexibilidad laboral, para facilitar la actividad de los empleadores ante las transformaciones experimentadas en el ámbito en el que se desarrolla, y de seguridad, proporcionados por la protección social, las que pueden cumplir más fielmente su finalidad de procurar el mantenimiento, antes situaciones adversas, cuando no su incremento, en un clima favorable o de normalidad en el mercado de trabajo, más aún si se apoyan con acciones activas para el empleo. De este modo, no solo se conforma el denominado *“triángulo de oro: mercado de trabajo flexible, prestaciones de desempleo generosas y énfasis en políticas activas”*,³ sino que, a nuestro juicio, se amplía, al no limitarse únicamente la flexibilidad al mercado de trabajo, como lugar de encuentro entre la oferta y demanda de empleo, sino también a la organización interna empresarial y a las condiciones en las que se ejerce, ni las prestaciones se circunscriben a las que cubren la situaciones de desempleo, sino que se extiende a otras contingencias derivadas de la extinción de la relación de trabajo y a otros beneficios de la protección social.

Entre ellas, se encuentra la regulación de la reducción temporal de jornada y la suspensión de contrato de trabajo, como instrumento de flexibilidad interna, y del despido colectivo, como instrumento de flexibilidad externa, con las correspondientes acciones de protección social asociadas, fruto, en gran medida, del impacto en el ámbito social y económico, en general, y en el de las relaciones laborales, en particular, ejercido por la sucesión de las dos crisis globales más importantes de las dos primeras décadas del presente siglo. El tiempo transcurrido, sobre todo desde la originada en 2008, por el mayor especial temporal, quizás, permita realizar un acercamiento a la evolución de su configuración y a los resultados obtenidos, siquiera a efectos estadísticos, de su aplicación.

2. EL CONTEXTO ESTADÍSTICO DE LA POBLACIÓN ESPAÑOLA CON RELACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO

En los dos años inmediatamente anteriores, como período de contraste, al estallido de la crisis financiera de 2008, la población de más de 16 años, en España, se elevaba (unidades: miles de personas) a 37.142,8, en 2006 y 37.833,1, en 2007, la población activa a 21.780,0 y a 22.426,0, la población inactiva a 15.362,9 y a 15.407,0, así como la población ocupada a 19.939,1 y a 20.579,9 (la población ocupada asalariada a 16.390,6 y a 16.968,1), con una tasa de actividad del 58,6 y del 59,3%, respectivamente. Asimismo, la población desocupada a 1.840,9 y a 1.846,2 (la población desocupada que busca su primer empleo en 209,9 y 200,0), con una tasa de empleo del 53,7% y del 54,4% y una tasa de paro del 8,5% y del 8,2%, respectivamente.⁴

El año siguiente, 2008, en el que se empiezan a exteriorizar los síntomas de la crisis financiera que se avecinaba, la población de más de 16 años, en España, se situaba en

³ Doménech R., García J.R. y Ulloa C.: op. cit., p. 16.

⁴ Fuente: INE, datos publicados en la Web gencat (Instituto de Estadística de Cataluña). Acceso: Idescat. Encuesta de población activa.

(unidades: miles de personas) 38.390,2, la población activa en 23.065,6, y la población inactiva en 15.324,6, así como la población ocupada en 20.469,7 (la población ocupada asalariada en 16.861,2), con una tasa de actividad del 60,1%. Asimismo, la población desocupada en 2.595,9 (la población desocupada que busca su primer empleo en 234,4) y con una tasa de empleo del 53,3% y una tasa de paro del 11,3%.⁵ Estos síntomas, como se puede apreciar, se concretan, respecto al ejercicio previo, 2007, en el descenso del número de personas ocupadas, que se reduce en 110,20 (de ocupadas asalariadas en 106,90), y la tasa de empleo en 1,1 puntos, así como, correlativamente, en el aumento de la tasa de paro, que se eleva en 3,1 puntos, de la población desocupada, en 749,7 (de la población desocupada que busca el primer empleo en 34,40), si bien, la tasa de actividad experimenta un incremento de 0,80 puntos.

POBLACIÓN ESPAÑOLA	2006 Unidades: miles de personas	2007 Unidades: miles de personas	2008 Unidades: miles de personas	DIFERENCIAS 2007-2008 Unidades: miles de personas
Población de 16 y más años	37.142,80	37.833,10	38.390,20	557,10
Población activa	21.780,00	22.426,00	23.065,60	639,60
Población inactiva	15362,9	15.407	15.324,60	-82,40
Población ocupada	19.939,10	20.579,90	20.469,70	-110,20
Población ocupada asalariada	16.390,60	16.968,10	16.861,20	-106,90
Población desocupada	1.840,90	1.846,20	2.595,90	749,70
Población desocupada que busca el primer empleo	209,9	200	234,40	34,40
	2006 Porcentajes	2007 Porcentajes	2008 Porcentajes	DIFERENCIAS 2007-2008 Porcentajes
Tasa de actividad	58,60%	59,30%	60,10%	0,80%
Tasa de empleo	53,70%	54,40%	53,30%	-1,10%
Tasa de paro	8,50%	8,20%	11,30%	3,10%

Fuente: INE, datos publicados Web gencat (Instituto de Estadística de Cataluña). Elaboración propia: diferencias entre ejercicios.

En los años siguientes, en los que la crisis financiera se manifiesta de forma más severa, de 2009 a 2013, continuarán en progresión estos datos, alcanzado su vértice en este último ejercicio. Efectivamente, en 2013, respecto a los cuatro años anteriores (2009, 2010, 2011 y 2012), la población de más de 16 años, en España, descendió, llegando (unidades: miles de personas) a 38.638,6, la población activa a 23.190,2 personas y la población ocupada a 17.139,0 (la población ocupada asalariada a 14.069,1), en cambio, la población inactiva ascendió a 15.448,5, bajando la tasa de actividad al 60,0%. Asimismo, la población desocupada aumento hasta 6.051,1 (la población desocupada que busca su primer empleo hasta 542,0), disminuyendo la tasa de empleo al porcentaje más bajo, el 44,4%, desde 2008, y la tasa de paro alcanzó el porcentaje más alto, el 26,1%, desde ese año.⁶

⁵ Idem.

⁶ Idem.

En comparación con el año inicio de la crisis financiera, 2008, en 2013 se incrementó la población de 16 años y más (unidades: en miles de personas) en 248,4, la población activa en 124,6 y la población inactiva en 123,9. En cambio, el número de personas ocupadas decreció (unidades: miles de personas) en 3.330,7 (el de ocupadas asalariadas en 2.792,1) y la tasa de empleo en 8,9 puntos. Consecuentemente, la tasa de paro se incrementó en 14,8 puntos, la población desocupada en (unidades: miles de personas) 3.455,2 (la población desocupada que busca el primer empleo en 307,6), minorándose la tasa de actividad en 0,1 punto

POBLACIÓN ESPAÑOLA	2009 Unidades: miles de personas	2010 Unidades: miles de personas	2011 Unidades: miles de personas	2012 Unidades: miles de personas	2013 Unidades: miles de personas	DIFERENCIAS 2008-2013 Unidades: miles de personas
Población de 16 y más años	38.651,00	38.760,10	38.842,30	38.815,00	38.638,60	248,40
Población activa	23.260,40	23.364,60	23.434,10	23.443,70	23.190,20	124,60
Población inactiva	15.390,50	15.395,50	15.408,20	15.371,30	15.448,50	123,90
Población ocupada	19.106,90	18.724,50	18.421,40	17.632,70	17.139,00	-3.330,70
Población ocupada asalariada	15.881,10	15.529,30	15.394,20	14.573,40	14.069,10	-2.792,10
Población desocupada	4.153,60	4.640,20	5.012,70	5.811,00	6.051,10	3.455,20
Población desocupada que busca el primer empleo	303,50	356,20	420,90	496,50	542,00	307,60
	2009 Porcentaje	2010 Porcentaje	2011 Porcentaje	2012 Porcentaje	2013 Porcentaje	DIFERENCIAS 2008-2013 Porcentaje
Tasa de actividad	60,20%	60,30%	60,30%	60,40%	60,00%	-0,10%
Tasa de empleo	49,40%	48,30%	47,40%	45,40%	44,40%	-8,90%
Tasa de paro	17,90%	19,90%	21,40%	24,80%	26,10%	14,80%

Fuente: INE, datos publicados Web gencat (Instituto de Estadística de Cataluña). Elaboración propia: diferencias entre ejercicios.

A partir del año inmediato posterior, 2014, si bien, con relación al año previo, 2013, continúa disminuyendo la población de 16 años y más y la población activa (unidades: miles de personas) en 124,0 y 235,6, respectivamente, así como la tasa de actividad en 0,40 puntos, y aumentando la población inactiva en 111,50 y la población desocupada que busca el primer empleo en 9,10, empiezan a atisbarse signos de recuperación. Concretamente, la población ocupada crece (unidades: miles de personas) en 205,2 (la población ocupada asalariada 216,7) y la tasa de empleo 0,60 puntos, así como se reduce la población desocupada en 440,70 y la tasa de paro en 1,70 puntos. En los años sucesivos permanecerá esta tendencia, pero habrá que esperar, por ejemplo, al año 2021 para que población activa (unidades: miles de personas), 23.309,9 rebase y supere, desde 2015, el número de personas que reflejaba en 2008, 23.065,6, a 2022 para que la población ocupada, 20.547,5, y la población ocupada asalariada, 17.369,4, superen las existentes en 2008, 20.469,7 y 16.861,2, respectivamente, y al segundo trimestre de 2024 para que

la tasa de paro, 11,3%, iguale a la de 2008, 11,30%, siendo este, en nuestra opinión, el dato positivo que, quizás, mejor pueda traslucir la situación del mercado de trabajo, si, además, se tiene en cuenta que la población activa desde 2008 al segundo trimestre de 2024 (último dato disponible) se ha ampliado en 1.374,40 personas y la perspectiva es que la tasa de paro continúe aminorándose, llegando, probablemente, a alinearse en 2025 por debajo de las dos cifras, con los consiguientes efectos positivos para la población, tanto en la vertiente individual como colectiva, y para la sostenibilidad de la Seguridad Social, específicamente respecto a las prestaciones por desempleo, ya que podría permitir destinar los posibles excedentes a otras acciones, entre ellas, la dotación del Mecanismo RED, reservas económicas e, incluso, propiciar la disminución de tipos para el cálculo de las cuotas para la financiación de esta contingencia.

POBLACIÓN ESPAÑOLA	2014 Unidades: miles de personas	2015 Unidades: miles de personas	2016 Unidades: miles de personas	2017 Unidades: miles de personas	2018 Unidades: miles de personas
Población de 16 y más años	38.514,60	38.497,60	38.531,50	38.654,10	38.886,80
Población activa	22.954,60	22.922,00	22.822,70	22.741,70	22.806,80
Población inactiva	15.560,00	15.575,50	15.708,80	15.912,40	16.079,90
Población ocupada	17.344,20	17.866,10	18.341,60	18.824,80	19.327,70
Población ocupada asalariada	14.285,80	14.773,50	14.228,20	15.715,10	16.234,20
Población desocupada	5.610,40	5.056,00	4.481,20	3.916,90	3.479,10
Población desocupada que busca el primer empleo	551,10	534,10	451,40	410,70	353,10
	2014 Porcentaje	2015 Porcentaje	2016 Porcentaje	2017 Porcentaje	2018 Porcentaje
Tasa de actividad	59,60%	59,50%	59,20%	58,80%	58,60%
Tasa de empleo	45,00%	46,40%	47,60%	48,70%	49,70%
Tasa de paro	24,40%	22,10%	19,60%	17,20%	15,30%

Fuente: INE, datos publicados Web gencat (Instituto de Estadística de Cataluña).

POBLACIÓN ESPAÑOLA	2019 Unidades: miles de personas	2020 Unidades: miles de personas	2021 Unidades: miles de personas	2022 Unidades: miles de personas	2023 Unidades: miles de personas	T2/2024 Unidades: miles de personas
Población de 16 y más años	39.269,30	39.578,80	39.926,10	40.367,30	40.982,70	41.497,00
Población activa	23.027,10	22.733,30	23.309,90	23.626,70	24.119,70	24.440,00
Población inactiva	16.242,20	16.845,50	16.616,10	16.740,60	16.863,00	17.057,00
Población ocupada	19.779,30	19.202,40	19.833,50	20.547,50	21.182,20	21.648,70
Población ocupada asalariada	16.670,50	16.109,10	16.660,70	17.369,40	17.963,00	18.441,00
Población desocupada	3.247,80	3.530,90	3.476,40	3.079,20	2.937,50	2.755,30
Población desocupada que busca el primer empleo	332,70	303,80	351,40	333,00	315,10	286,10

POBLACIÓN ESPAÑOLA	2019 Unidades: miles de personas	2020 Unidades: miles de personas	2021 Unidades: miles de personas	2022 Unidades: miles de personas	2023 Unidades: miles de personas	T2/2024 Unidades: miles de personas
Tasa de actividad	58,60%	57,40%	58,40%	58,50%	58,90%	58,90%
Tasa de empleo	50,40%	48,50%	49,70%	50,90%	51,70%	52,30%
Tasa de paro	14,10%	15,50%	14,90%	13,00%	12,20%	11,30%

Fuente: INE, datos publicados Web gencat (Instituto de Estadística de Cataluña).

Asimismo, durante estos períodos de referencia, los datos relativos a las reducciones de jornadas (sobre todo, a partir del 2010) y a las suspensiones de contratos de trabajo por causas objetivas y fuerza mayor, así como las extinción por estas causas, experimentaran significativos cambios, debido, en nuestra opinión, no solo a la vicisitudes de la situación económica y financiera desencadenada en esos años, sino también a las reformas normativas operadas sobre estos instrumentos de flexibilidad interna y externa, respectivamente, que tienen asociadas acciones específicas de protección social.

3. EVOLUCIÓN DESDE LA CRISIS FINANCIERA DE 2008 A 2019

El art. 47 del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 20/03/1995),⁷ solamente preveía, ante la concurrencia causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por causa derivada de fuerza mayor, como medida temporal de flexibilidad interna para prescindir durante un período de tiempo de la prestación de servicios del trabajador, la suspensión del contrato de trabajo, a iniciativa del empresario, remitiendo el procedimiento para su realización al establecido para la extinción del contrato de trabajo por estas causas en el art. 51 de esta ley y en sus normas de desarrollo,⁸ salvo en lo relativo a las indemnizaciones, no previstas para este supuesto. No obstante, recogía como peculiaridad, respecto al procedimiento extintivo, la reducción a la mitad del tiempo fijado para el período de consultas y la aportación de documentación acreditativa a la estrictamente necesaria en los términos reglamentarios, disponiendo, a su vez, que la suspensión procedería si de la mencionada documentación se deducía que era razonable para superar la situación coyuntural que estuviera atravesando la empresa. Los demás trámites del procedimiento de despido colectivo se mantenían, igual que las posibles disfunciones que podrían evitar que cumpliera adecuadamente su finalidad y que determinaron las sucesivas reformas legislativas para procurar su corrección, fundamentalmente, durante el período en el que la crisis financiera se comporta de forma más severa, concretamente desde 2010, fecha en la que efectúa la primera modificación de su régimen jurídico, a 2013⁹, en el que se realiza sustancialmente, no formalmente, la última, en este etapa.¹⁰

Los datos referidos al año previo a la exteriorización de la crisis financiera y a los dos primeros de su desarrollo muestran que, en 2007, sobre una población ocupada

⁷ Entra en vigor el 01/05/1995.

⁸ Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (BOE 20/02/1996), vigente desde el 21/02/1996 al 14/06/2011.

⁹ El art. 9.4 del Real Decreto Ley 11/2013, de 3 de agosto, modificó los apartados 2 y 4 del art. 51 del ET y, a continuación, manteniendo intacta su redacción, el art. 9.4 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, constituyendo solamente una reforma formal practicada por ley, sin alterar el contenido previamente introducido por real decreto-ley.

¹⁰ Nueve modificaciones operadas a través de diez instrumentos legislativos.

asalariada de 16.968,10 (unidades en miles de personas) el número total de trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo autorizados se situaba en 58.401 (0,34%), correspondiendo a extinción 25.742 (44,08), a suspensión 32.433 (55,54%) y a reducción 226 (0,39%). Esto es, en una situación de normalidad o, incluso, fin de ciclo de auge económico, las medidas de flexibilidad interna superaban en un total de 11,85 puntos (11,46 suspensión y 0,39 reducción) a las de flexibilidad externa, siendo el sector de actividad con mayor número trabajadores afectados el de la industria con 36.165 (61,93%), seguido del de los servicios con 14.684 (25,14%), del agrario con 6.519 (11,16%) y finalmente de la construcción con 1.033 (1,77%), así como por sexo los varones con 44.197 (75,68%) se distanciaba de la mujeres con 14.204 (24,32%) en 51,36 puntos.

En el año 2008, primero del inicio de la fase de depresión, la población ocupada asalariada desciende a 16.861,20 (unidades en miles de personas), y, correlativamente, el número de expedientes autorizados 6.249 se incrementó en el 64,7% y el número de trabajadores afectados por medidas de flexibilidad interna (suspensión 104.841 reducción 2.675) en 43,4 puntos respecto a trabajadores afectados por medidas de flexibilidad externa, 40.572 (27,40%), perteneciendo de nuevo al sector de la industria el mayor número con 114.459 (77,29%), y, a continuación, el de los servicios con 22.796 (15,39%), el de la construcción con 7.307 (4,93%) y, en ese año, en último lugar, el sector agrario con 3.526 (2,38%), así como, por sexo, también se incrementa el número de varones 115.808 (78,20%) al de mujeres 32.280 (21,80%) y en el 56,4%.

El año siguiente, 2009, y previo al año en el que se realizan las primeras reformas de esta etapa, la población ocupada asalariada se reduce a 15.881,10 y la variación de expedientes autorizados, 19.434, se elevó en el 211%, con un número de total de trabajadores afectados de 549.282, por extinción 63.476 (11,56%), por suspensión 465.215 (84,70%) y por reducción 20.591 (3,75%). Nuevamente correspondió el mayor número de trabajadores comprendidos en estas medidas a la industria 429.699 (78,23%), a los servicios 91.984 (16,75%), a la construcción 20.223 (3,68%) y, por último al sector agrario 7.376 (1,34%), la proporción por sexo, vuelve a incrementarse con un número de varones de 444.214 (80,87) y de mujeres de 105.068 (19,13%), alcanzando una diferencia de 61,74 puntos.

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2007	%	Variación año anterior		Año 2008	%	Variación año anterior		Año 2009	%	Variación año anterior	
			Abs.	%			Abs.	%			Abs.	%
	En unidades											
EXPEDIENTES	4.020		265	7,1	6.823		2.803	69,7	20.757		13.934	204,2
AUTORIZADOS	3.794	94,38	313	9,0	6.249	91,59	2.455	64,7	19.434	93,63	13.185	211,0
Extinción	2.319	61,12	43	1,9	2.914	46,63	595	25,7	3.985	20,51	1.071	36,8
Suspensión	1.444	38,06	280	24,1	3.060	48,97	1.616	111,9	13.318	68,53	10.258	335,2
Reducción	31	0,82	-10	-24,4	275	4,40	244	787,1	2.131	10,97	1.856	674,9
Pactados	3.163	83,37	98	3,2	5.583	89,34	2.420	76,5	17.532	90,21	11.949	214,0
No pactados	631	16,63	215	51,7	666	10,66	35	5,5	1.902	9,79	1.236	185,6
NO AUTORIZADOS	96	2,39	-37	-27,8	276	4,05	180	187,5	523	2,52	247	89,5
DESISTIDOS	130	3,23	-11	-7,8	298	4,37	168	129,2	800	3,85	502	168,5
EMPRESAS AFECTADAS	2.036		34	1,7	4.664		2.628	129,1	14.898		-	-
TRABAJADORES AFECTADOS	76.042		19.002	33,3	181.156		105.114	138,2	583.049		401.893	221,8
EXPEDIENTES AUTORIZADOS	58.401	76,80	6.449	12,4	148.088	81,75	89.687	153,6	549.282	94,21	401.194	270,9
Varones	44.197	75,68	5.604	14,5	115.808	78,20	71.611	162,0	444.214	80,87	328.406	283,6
Mujeres	14.204	24,32	845	6,3	32.280	21,80	18.076	127,3	105.068	19,13	72.788	225,5

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2007	%	Variación año anterior		Año 2008	%	Variación año anterior		Año 2009	%	Variación año anterior	
			Abs.	%			Abs.	%			Abs.	%
	En unidades											
Extinción	25.742	44,08	-1.427	-5,3	40.572	27,40	14.830	57,6	63.476	11,56	22.904	56,5
Suspensión	32.433	55,54	7.807	31,7	104.841	70,80	72.408	223,3	465.215	84,70	360.374	343,7
Reducción	226	0,39	69	43,9	2.675	1,81	2.449	1.083,6	20.591	3,75	17.916	669,8
Pactados	47.855	81,94	2.426	5,3	124.404	84,01	76.549	160,0	477.542	86,94	353.138	283,9
No pactados	10.546	18,06	4.023	61,7	23.684	15,99	13.138	124,6	71.740	13,06	48.056	202,9
Agrario	6.519	11,16	3.121	91,8	3.526	2,38	-2.993	-45,9	7.376	1,34	4.019	119,7
Industria	36.165	61,93	838	2,4	114.459	77,29	78.294	216,5	429.699	78,23	315.741	277,1
Construcción	1.033	1,77	523	102,5	7.307	4,93	6.274	607,4	20.223	3,68	12.875	175,2
Servicios	14.684	25,14	1.967	15,5	22.796	15,39	8.112	55,2	91.984	16,75	68.559	292,7
EXPEDIENTES NO AUTORIZADOS	1.167	1,53	-1.003	-46,2	16.825	9,29	15.658	1.341,7	11.003	1,89	-5.822	-34,6
EXPEDIENTES DESISTIDOS	16.474	21,66	13.556	464,6	16.243	8,97	-231	-1,4	22.764	3,90	6.521	40,1

Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadísticas. Regulación de Empleo. Datos anuales. Acceso: Estadística de Regulación de Empleo. Ministerio de Trabajo y Economía Social (mites.gob.es). Elaboración propia: porcentajes anuales de cada grupo y subgrupo.

3.1. Período 2010-2011

En primer lugar, el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 10/06/2010),¹¹ como se desprende de su Preámbulo, pretendía dotar de una mayor causalidad la extinción de la relación laboral, a fin de que se instrumentara por el procedimiento que realmente correspondiera y no por el de despido improcedente, como sucedía en un buen número de ocasiones, mediante la redefinición de las causas objetivas y la exigencia de que se acreditaran por la empresa y se justificara que de su concurrencia “*se deduce mínimamente la razonabilidad de la medida extintiva*”, si son de carácter técnico, organizativo o productivo, “*para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”.¹² Con ello, aunque la norma señalaba que la nueva redacción proporcionaría más certeza a los trabajadores, empresarios y órganos judiciales, en nuestra opinión, se mantenía, en cierto sentido, la realización de una proyección de futuro sobre los efectos de las extinciones de contrato de trabajo que se proponían realizar, disponiéndose, correlativamente, que su autorización por la autoridad laboral procedería, si el período de consultas hubiera finalizado sin acuerdo, si del expediente se dedujera la existencia de la causa y la razonabilidad del despido.¹³

Asimismo, añadió,¹⁴ a la suspensión del contrato por estas causas, la posibilidad de reducir la jornada de trabajo, temporalmente, entre el 10 y el 70 por ciento en cómputo diario, semanal, mensual y anual, y por este procedimiento, independientemente del número de trabajadores al que afectara la medida de suspensión o de reducción.¹⁵

¹¹ Entra el vigor el 18/06/2010.

¹² Nueva redacción apartado 1 del art. 51 del ET.

¹³ Nueva redacción apartado 6 del art. 51 del ET.

¹⁴ Modificación efectuada por el art. 7 del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio.

¹⁵ Nueva redacción del art. 47 del ET.

En segundo lugar, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18/10/2010),¹⁶ reproducía las reformas operadas por el Real Decreto-Ley, 10/2010, de 16 de septiembre,¹⁷ al que sustituye, y, para generar una mayor certeza sobre la concurrencia de causas económicas,¹⁸ ampliaba su definición, añadiendo, a que estas sucederán “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa”, la aclaración “en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”, así como, a la exigencia de que la empresa acredite y justifique que de ellos se deduce la razonabilidad del despido, la finalidad de “preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”, manteniéndose así la necesidad de efectuar una proyección de futuro sobre el resultado de las extinciones.¹⁹ Asimismo, para facilitar que se pudiera desarrollar efectivamente el período de consultas, en los supuestos de inexistencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, introducía la posibilidad de que los trabajadores pudieran designar una comisión, en los términos establecidos en el art. 41.4 del ET²⁰, que interviniera y pudiera alcanzar un acuerdo²¹. En atención al modelo de representación dual de los trabajadores en la empresa, esta norma incorporó la posibilidad de constituir una comisión, bien de base electiva, formada por tres miembros elegidos democráticamente por y entre los trabajadores de la empresa, bien de base asociativa, integrada por tres miembros designados por los sindicatos más representativos o representativos del sector en el que se encuadre la empresa o con legitimación para poder ser parte de la comisión negociadora del convenio colectivo que le pudiera ser de aplicación. Además, si se optara por esta segunda posibilidad, el empresario también podría conferir su representación a las organizaciones empresariales a las que perteneciera, incluidas las más representativas a nivel autonómico e independientemente de su carácter intersectorial o sectorial. Igualmente, para promover la celeridad y eficacia del periodo de consultas reducía su duración, puesto que, si en la regulación anterior esta se establecía, como mínima, la nueva redacción la fijaba como máxima, disponiendo que no podría ser superior (antes inferior) a treinta días naturales o quince, en las empresas con menos de cincuenta trabajadores. Finalmente, respecto al periodo de consultas, se incluyó la posibilidad de que las partes, en cualquier momento y dentro de estos plazos, pudieran sustituirlo por el procedimiento de medición o arbitraje de aplicación en el ámbito de la empresa,²² con el objetivo de facilitar el acuerdo entre el empresario y los trabajadores, sobre todo, con el primer procedimiento, la mediación. Pero, en todo caso, para agilizar la adopción de las medidas que se consideren necesarias para adaptar la organización productiva, con garantías para los trabajadores, a las circunstancias sobrevenidas que las requieran y dotarla de mayor celeridad, evitando así su estancamiento o prorrogación de forma indefinida, en los supuestos de discrepancias que pudieran parecer insalvables para la actuación exclusiva de las dos partes, así como su judicialización, a través de medios alternativos resolución de conflictos, más aún, si se encuadran, en instituciones constituidas por acuerdo entre las asociaciones empresariales y sindicales.²³

¹⁶ Entra en vigor el 19/09/2010.

¹⁷ Permanece en idénticos términos el apartado 6 del ET.

¹⁸ Preámbulo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

¹⁹ Nueva redacción apartado 1 del art. 51 del ET.

²⁰ Redacción efectuada por el art. 5 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

²¹ Nuevo último párrafo del apartado 2 del art. 51 del ET.

²² Nuevo último párrafo del apartado 4 del art. 51 del ET.

²³ Preámbulo Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Por otra parte, junto con estas modificaciones, enmarcadas en el ámbito de la flexibilidad, especialmente, externa, aunque también, aplicables a las de carácter interno, se adicionaban obligaciones para la empresa orientadas más a proporcionar ciertas medidas de seguridad a los trabajadores. Concretamente, entre los aspectos a tratar con los representantes de los trabajadores durante el correspondiente período de consultas, junto con las causas alegadas para la extinción de la relación laboral y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, esta norma introducía, entre las medidas oportunas para amortiguar su impacto en los trabajadores despedidos, como las dirigidas a ampliar su formación o reciclaje profesional para aumentar su empleabilidad, acciones de recolocación que podrían ser desarrolladas por empresas autorizadas. En consecuencia, las acciones de recolocación se tendrían que incluir en el plan de acompañamiento social que las empresas de cincuenta o más trabajadores tendrían que adjuntar a la documentación para iniciar la tramitación del despido colectivo. Esta norma también añadía que, además del resultado del expediente, el empresario tendría que comunicar las medidas o, en su caso, el plan de acompañamiento social.²⁴

Igualmente, respecto a la suspensión y reducción temporal de jornada,²⁵ señalaba que durante el período que abarcara se tendrían que promover la realización de acciones formativas referidas a la actividad profesional de los trabajadores afectados por estas medidas para aumentar su polivalencia o empleabilidad.²⁶

En tercer lugar, el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE 11/06/2011),²⁷ vuelve a reformar el apartado 2 del art. 51 del ET, para incorporar únicamente la preferencia para que actúen como interlocutores en el período de consultas ante la dirección de la empresa la representación de los trabajadores de base asociativa, si bien directamente conectada con la representación de base electiva, disponiendo que se asumirá por las secciones sindicales, si tienen la mayoría de la representación en los comités de empresa o delegados de personal y así se acuerda por ellas.²⁸

En el tercer año de prolongación de la crisis financiera y primero en el que se acomete la primera reforma de la serie que con ella se inicia, la población ocupada asalariada vuelve a experimentar un nuevo descenso cifrándose, en 2010, 15.529,30 (unidades en miles de personas), igual, que el número de expedientes autorizados, 17.269, que, respecto al año anterior, disminuye el 11,1% y de trabajadores afectados que se sitúa en 302.746, representando un reducción de 246.536 (44,90%), correspondiendo de nuevo el mayor número a medidas de flexibilidad interna con un total de 249.762 (82,65%), de ellos por suspensión 211.942 (70,01%) y por reducción -incorporada a mediados de este año al art. 47 del ET-, 38.270 (12,64%;). Asimismo, la mayor parte continúan adscritos al sector de la industria 199.911 (66,03%), a los servicios 71.019 (23,46%), a la construcción 25.864 (8,54%) y al sector agrario 5.952 (1,97%). La diferencia por sexo se mantiene en términos similares al año anterior, disminuyendo ligeramente el número de varones de 241.021 (79,61%) y aumentando el de mujeres 61.725 (20,39%).

El siguiente año, 2011, repunta el número total de expedientes autorizados, elevándose a 21.168, representado una variación con relación al año anterior absoluta de 3.899 y porcentual del 22,3%. Del mismo modo, el mayor número, aunque desciende

²⁴ Nueva redacción de los párrafos primero y quinto del apartado 4 del art. 51 del ET.

²⁵ Modificación efectuada por el art. 7 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

²⁶ Nueva redacción del art. 47 del ET.

²⁷ Entra en vigor el 12/06/2011. A partir del 15/06/2011, el desarrollo reglamentario se contiene en el Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (BOE 14/06/2011), vigente desde el 15/06/2011 al 30/10/2012.

²⁸ Nuevo párrafo segundo del apartado 2 del art. 51 del ET.

2,43 puntos respecto al año anterior, continua siendo el relativo a medidas de flexibilidad interna con un total de 275.648 trabajadores afectados (80,22%), correspondiendo a suspensión 215.012 (62,57%) y a reducción 60.636 (17,65%), manifestando esta última modalidad un incremento de 22.366 en valor absoluto y del 58,4% en valor porcentual y a extinción, como medida de flexibilidad externa, 67.981 (19,78%), con una variación absoluta al año previo de 15.447 trabajadores afectados (29,4%). La industria permanece con el mayor número de trabajadores afectados -aunque con una variación absoluta y porcentual negativa respecto al año anterior de -6.194 y -3,1%, respectivamente- con un total 193.717 (56,37%), seguida de los servicios 105.961 (30,84%), la construcción 38,346 (11,16%) y el sector agrario 5.605 (1,63%). Por sexo nuevamente desciende – aunque con relación al año anterior tiene un incremento absoluto de 26.911 y porcentual de 11,2%- el número de varones 267.932 (77,97%) y aumenta el de las mujeres 75.697 (22,03%) -igualmente muestra una elevación absoluta de 13.972 y porcentual de 22,6%-.

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2010	%	Variación año anterior		Año 2011	%	Variación año anterior	
			Abs.	%			Abs.	%
EXPEDIENTES	18.425		-2.332	-11,2	22.529		4.104	22,3
AUTORIZADOS	17.269	93,73	-2.165	-11,1	21.168	93,96	3.899	22,6
Extinción	3.481	20,16	-504	-12,6	4.306	20,34	825	23,7
Suspensión	10.611	61,45	-2.707	-20,3	10.434	49,29	-177	-1,7
Reducción	3.177	18,40	1.046	49,1	6.428	30,37	3.251	102,3
Pactados	15.636	90,54	-1.896	-10,8	19.372	91,52	3.736	23,9
No pactados	1.633	9,46	-269	-14,1	1.796	8,48	163	10,0
NO AUTORIZADOS	501	2,72	-22	-4,2	560	2,49	59	11,8
DESISTIDOS	655	3,55	-145	-18,1	801	3,56	146	22,3
EMPRESAS AFECTADAS	13.865		-1.033	-6,9	17.010		3.145	22,7
TRABAJADORES AFECTADOS	322.222		-260.827	-44,7	373.380		51.158	15,9
EXPEDIENTES AUTORIZADOS	302.746	93,96	-246.536	-44,9	343.629	92,03	40.883	13,5
Varones	241.021	79,61	-203.193	-45,7	267.932	77,97	26.911	11,2
Mujeres	61.725	20,39	-43.343	-41,3	75.697	22,03	13.972	22,6
Extinción	52.534	17,35	-10.942	-17,2	67.981	19,78	15.447	29,4
Suspensión	211.942	70,01	-253.273	-54,4	215.012	62,57	3.070	1,4
Reducción	38.270	12,64	17.679	85,9	60.636	17,65	22.366	58,4
Pactados	265.384	87,66	-212.158	-44,4	309.125	89,96	43.741	16,5
No pactados	37.362	12,34	-34.378	-47,9	34.504	10,04	-2.858	-7,6
Agrario	5.952	1,97	-1.424	-19,3	5.605	1,63	-347	-5,8
Industria	199.911	66,03	-229.788	-53,5	193.717	56,37	-6.194	-3,1
Construcción	25.864	8,54	5.641	27,9	38.346	11,16	12.482	48,3
Servicios	71.019	23,46	-20.965	-22,8	105.961	30,84	34.942	49,2
EXPEDIENTES NO AUTORIZADOS	7.495	2,33	-3.508	-31,9	11.082	2,97	3.587	47,9
EXPEDIENTES DESISTIDOS	11.981	3,72	-10.783	-47,4	18.669	5,00	6.688	55,8

3.2. Período 2012-2019

En el año 2012, previo al año en el que la crisis financiera de 2008 alcanzó su punto álgido, se practicó la reforma más sustantiva, reformulando casi en su totalidad la regulación del despido colectivo, así como de la suspensión de contrato y reducción temporal de jornada por causas objetivas, a través de la eliminación de dos elementos centrales que hasta ese momento las caracterizaban: la realización de un valoración de

futuro sobre los efectos que generarían las medidas de flexibilidad externa e interna que se pretendía adoptar y la necesidad de contar con la correspondiente autorización administrativa para su realización, sobre todo si no se alcanzaba un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores. Efectivamente, el procedimiento de extinción colectiva del contrato de trabajo y, por remisión, de su suspensión y de reducción temporal de jornada, se estructuraba, sobre unos presupuestos, las causas justificativas, a las que una vez más se aludía por el legislador para señalar que generaban una cierta incertidumbre, al incorporar *“proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos”*²⁹ y, miméticamente, en la reducción temporal de jornada o suspensión del contrato. Asimismo, se canalizaba a través de la tramitación de un expediente administrativo para la emisión de la correspondiente estimación o no por la autoridad laboral de la medida propuesta por los empresarios, que, como también destacaría el legislador, en los instrumentos normativos en los que implementa la reforma de 2012, propiciaba *“seguramente la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral”*. Concretamente, en el procedimiento de despido colectivo, mediante el abono de indemnizaciones superiores a las legalmente fijadas, y, con ello, evitar posibles impugnaciones administrativas y judiciales que retrasarían la adopción de medidas que, precisamente, requieren rapidez, relegándose así la finalidad del período de consultas de evitar y reducir las extinciones colectivas y, en su caso, de amortiguar sus efectos con medidas sociales, sobre todo, encaminadas a procurar la recolocación o la readaptación, recualificación y reconversión de los trabajadores afectados por la extinción.³⁰

Así pues, la nueva regulación, practicada, en primer término, por el Real Decreto-Ley 3/2012, de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 11/02/2011),³¹ se concreta, por un lado, en el mantenimiento de la definición, podría decirse estricta o incluso plana, de las causas objetivas que motivan la medida que está interesada en adoptar la empresa, sin referencia alguna a la necesidad de acreditar su razonabilidad y finalidad, y especificándose, en las económicas, que la disminución de ingresos o *“ventas”* (termino incluido por esta norma) *“es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”*. Por otro, en la supresión de la solicitud de autorización administrativa por la autoridad laboral para poder ejecutarla, modificándose, consecuentemente, los trámites del correspondiente procedimiento en los siguientes aspectos: el empresario debe comunicar por escrito a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral, con copia de este escrito, en el que ha de constar las causas del despido, el número y la clasificación de los trabajadores afectados por la extinción, con los criterios utilizados para su selección (se extiende la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, a otros colectivos, como *“trabajadores con cargas familiares, mayores de una determinada edad o persona con discapacidad”*, si se recoge en convenio colectivo o se acuerda en el período de consultas), y de los existentes el último año en la empresa y el período previsto para su realización, junto con una memoria explicativa de las causas de estos extremos; tras su recepción, la autoridad laboral debe comunicarla a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y solicitar informe preceptivo a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativo a esos extremos y al desarrollo del período de consultas, que deberá ser emitido en el plazo improrrogable de 15 días (se amplía el plazo en 5 días) desde la notificación de la finalización del período de consultas a la autoridad laboral e incorporarse al expediente, notificación que ha de recoger si se ha llegado a

²⁹ Preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2010, de 10 de febrero.

³⁰ *Idem*.

³¹ Art. 18. Entra en vigor el 12/02/2012.

un acuerdo, con copia íntegra de su contenido, o, si no ha sido posible, la decisión final sobre el despido colectivo y sus condiciones, estando habilitado el empresario, a partir de su comunicación a los representantes de los trabajadores, para notificar los despidos individuales, en los términos del art. 53.1 del ET, si bien, entre sus efectos y el inicio del período de consultas, ha de mediar, al menos, 30 días. Asimismo, la autoridad laboral ha de velar por el desarrollo efectivo del período de consultas y puede realizar, sin que conlleve la paralización del procedimiento, advertencias y recomendaciones a la representación de los trabajadores y a la empresa o a sus representantes y puede impugnar el acuerdo al que hayan llegado si estima que puede existir fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como si la entidad gestora de las prestaciones por desempleo le comunica que puede tener la finalidad de obtener indebidamente prestaciones por esta contingencia por no concurrir la causa que motive la situación legal de desempleo; igualmente, los representantes de los trabajadores pueden impugnar la decisión empresarial, mediante el proceso establecido en el art. 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11/12/2011), que, hasta que se resuelva, paraliza las acciones individuales interpuestas. Finalmente, junto con la obligación de las empresas que no se encuentren en procedimiento concursal que despidan colectivamente a trabajadores mayores de cincuenta años sin tener la condición de mutualista el 1 de enero de 1967, consistente en satisfacer las cuotas correspondientes a un convenio especial con la Seguridad Social para estas personas,³² se incorporan dos nuevas medidas sociales de acompañamiento en el art. 51 del ET: una en favor directamente de los trabajadores despedidos colectivamente, si su número es superior a cincuenta, a los que ha de ofrecer la empresa, salvo que, igualmente, esté incurso en un procedimiento concursal, un plan de recolocación externa, desarrollado por empresa autorizada, sin coste alguno para ellos, con una duración, no inferior a seis meses, que contenga acciones de formación, orientación profesional, búsqueda activa de empleo y atención personalizada; otra en beneficio directo del erario público, al estar obligadas las empresas que despidan colectivamente a trabajadores mayores de cincuenta años a realizar una aportación económica en los términos recogidos legal y reglamentariamente y en beneficio indirecto para estos trabajadores, ya que supondrá un mayor coste para el empresario y resultará menos atractiva, al menos en términos económicos, la extinción de sus contratos.³³

En cuanto a la suspensión y reducción temporal de jornada, esta norma establece su régimen jurídico, sin remitirse expresamente, como hacía la regulación anterior a su entrada en vigor, al previsto en el art. 51 del ET para el despido colectivo, pero conteniendo un procedimiento sustancialmente igual, si bien, como antes sucedía, con sus peculiaridades, esto es, tramitación independientemente del número de trabajadores de la empresa y de afectados por la suspensión o reducción de jornada. Así pues, en coincidencia con aquel, se señala que se iniciará con comunicación de la empresa a la autoridad laboral y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes de los trabajadores que no podrá ser, en todo caso, superior a 15 días; que la autoridad laboral remitirá la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y solicitará informe preceptivo a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre esta comunicación y el desarrollo del período de consultas, que, igualmente, tendrá que ser emitido en el plazo improrrogable de 15 días desde que la

³² Se añade esta obligación por el art. 6 del Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE 31/12/2001). Entra en vigor 01/01/2002.

³³ Esta obligación se ha introducido previamente en la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE 02/08/2011), en vigor desde el 02/08/2011, en la que actualmente se contiene su régimen jurídico, desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1484/2012 de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

autoridad laboral notifique la finalización del período de consultas, para su incorporación al procedimiento, y que, a continuación, la empresa podrá notificar a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión o reducción temporal de jornada, que tendrá efecto desde esa fecha, a no ser que se prevea una posterior. Del mismo modo, se establece que podrá ser impugnada por los trabajadores afectados, a través de las acciones previstas en los arts. 138 y 153 a 162 de la RJS y, si afecta a un número igual o superior a los establecidos en el art. 51 del ET, también por los representantes de los trabajadores en conflicto colectivo, paralizándose, en este caso, hasta su resolución, las acciones individuales presentadas, aunque si se ha alcanzado acuerdo en el período de consultas, se presume la existencia de las causas justificativas. Asimismo, puede ser impugnado por la autoridad laboral, a petición de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, si considera que el acuerdo puede tener por objeto la percepción indebida de estas prestaciones por no existir causa motivadora de la situación legal de desempleo. En cambio, no se recogen reglas del despido colectivo que son comunes a estas medidas, de forma que se entenderían aplicables por remisión tácita, en atención a que la regulación anterior de la suspensión o reducción de jornada a esta reforma realizaba una remisión expresa en bloque al procedimiento establecido en el art. 51 del ET, o por analogía, según se prevé en el art. 4.1 del Código Civil. Así pues, sería de aplicación la definición de las causas justificativas, la prelación en la intervención como representación de los trabajadores en favor de las secciones sindicales, si ostentan la mayoría en los comités de empresa o delegados de personal y así lo acuerdan, así como la obligación para las partes de negociar de buena fe para lograr un acuerdo y para la autoridad laboral de velar por la efectividad del período de consultas y de poder remitir advertencias y recomendaciones que no paralizarán el procedimiento.

Por el contrario, lógicamente, no serían de aplicación las medidas sociales de acompañamiento específicamente previstas para los supuestos de extinción de la relación de trabajo y no para los de suspensión o reducción temporal de jornada que cuentan con sus propias acciones sociales. Concretamente, junto con la promoción de acciones formativas de carácter profesional para incrementar la polivalencia o empleabilidad de los trabajadores con sus contratos suspendidos o que hayan experimentado una reducción temporal en su jornada de trabajo, se incorporan, de un lado, una medida, a nuestro modo de ver, completamente idónea para fomentar y priorizar esta fórmula de flexibilización interna, al proporcionar una cierta seguridad, jurídica y económica, a los trabajadores con el restablecimiento de la prestación contributiva por desempleo consumida durante la suspensión o reducción temporal de la jornada efectuada, denominada "*reposición del derecho a la prestación por desempleo*". Así pues, a través de esta medida, es posible restituir el número de días que se hubiera percibido la prestación por desempleo de forma total o parcial, continuada o no, durante el tiempo que hubiera permanecido el contrato de trabajo suspendido o la jornada reducida, entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, con el límite máximo de ciento ochenta días, si posteriormente se extingue el contrato de trabajo por causas objetivas, en los términos establecidos en los arts. 51 o 52. c) del ET, entre 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, ampliada posteriormente la fecha final hasta el 31 de diciembre de 2014,³⁴ con el siguiente régimen establecido en el art. 12 de este Real Decreto-Ley. La reposición se aplica en el momento en el que se extinga la relación laboral y se reanude la prestación por desempleo, se opte por la reapertura de una prestación inicial o si se ha agotado la prestación durante la suspensión o reducción temporal de jornada, sin que se haya generado un nuevo derecho

³⁴ Art. 3 del Real Decreto-Ley 1 /2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas (BOE 27/01/2013).

a esta prestación, manteniéndose la base de cotización y la cuantía a percibir, durante la restitución, que correspondieron en los períodos de la prestación que se repone, y reconociéndose de oficio por la entidad gestora, si se solicita la reanudación o reposición, o, si se solicita el derecho a la reposición, por estar agotado el derecho a la prestación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 209 de la LGSS, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 29/06/1994)³⁵, esto es, a instancia del beneficiario en el plazo de 15 días desde que se origina la situación legal de desempleo.

De otro lado, se establece una medida, igualmente adecuada para favorecer la adopción de este instrumento de flexibilidad interna antes que recurrir a la extinción de la relación de trabajo, en circunstancias empresariales adversas o difíciles, en el art. 15 de este Real Decreto-Ley, en favor directamente de la empresa, al poder beneficiarse de la bonificación del cincuenta por ciento de la cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, correspondientes a los trabajadores afectados por la medida y durante el tiempo que se encuentre suspendido o reducida temporalmente la jornada de trabajo. No obstante, este tiempo no puede rebasar 240 días por cada trabajador incluido en el ámbito de estas medidas, solicitadas entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, aunque esta bonificación podría ser complementada con otras ayudas con la misma finalidad, sin que pudieran rebasar en su conjunto el 100 por 100 de las citadas cuotas. No obstante, no se trata de una medida neutra o sin contraprestación del beneficiario, en tanto que requiere el compromiso de no extinguir la relación de estos trabajadores, al menos, durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción temporal de jornada, de modo que, si se incumpliera, procedería, junto a las responsabilidades que se pudieran derivar de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 01/01/2001),³⁶ el reintegro de las bonificaciones aplicadas respecto de los trabajadores a los que se les hubiera extinguido el contrato, a no ser que se debiera a despido disciplinario declarado procedente, dimisión, fallecimiento, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador. Asimismo, si la extinción obedeciera a despido reconocido o declarado improcedente o despido colectivo de personas con contratos que hayan sido bonificados, la empresa no podría acceder, durante los doce meses siguientes al reconocimiento o declaración de improcedencia o a la efectividad del despido colectivo, a bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social.³⁷

Posteriormente, la Ley 3/2012, de 6 julio, de igual título que el precedente Real Decreto-Ley, recoge su contenido, mediante su aprobación por ley,³⁸ y asigna dos nuevas competencias a la autoridad laboral, consistentes, por una parte, en la posibilidad de ejercer, durante la celebración del período de consultas, a iniciativa conjunta de la representación de los trabajadores y de la empresa, labores de mediación, así como de asistencia, sobre todo de carácter técnico, solicitada por cualquiera de estas representaciones o *motu proprio*, con el objetivo de coadyuvar, mediante la remoción de los obstáculos y la propuesta de soluciones, para que pueda concluirse de forma satisfactoria para ambas. Por otra, en procurar que el plan de recolocación externa se desarrolle efectivamente, comprobando

³⁵ Art. 16 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

³⁶ Entra en vigor el 01/01/2001.

³⁷ Art. 15 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

³⁸ Art. 18.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 07/07/2012). Entra en vigor el 08/07/2012). A partir del 31/10/2012, el desarrollo reglamentario se contiene en el Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE 30/10/2012), vigente desde el 31/10/2012.

su cumplimiento, a través de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, y, en caso contrario, requiriendo a la empresa para que lo realice.

Asimismo, y, en coherencia con uno de los criterios y finalidad que inspira esta reforma, aunque no se plasmó en el Real Decreto-Ley precedente del que trae causa, se modifica el párrafo tercero del apartado 7 del art. 51 del ET, para disponer que la resolución que adopte la autoridad laboral, ante la solicitud de la empresa para efectuar un despido colectivo basado en causa de fuerza mayor, deberá limitarse a constatar o no la existencia de esta y que, consecuentemente, corresponde a la empleadora la decisión sobre la extinción de los contratos, que tendrá efecto desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor alegada, así como la obligación de dar traslado de esta decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. Así pues, salvo esta importante modificación se mantiene el procedimiento de despido colectivo existente por causa de fuerza mayor, que se caracteriza por los siguientes externos: la activación, independientemente del número de trabajadores afectados, mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que considere necesarios y la comunicación simultánea a los representantes legales de los trabajadores, que ostentan la condición de parte interesada durante toda la tramitación; por la constatación, ahora únicamente sobre la objetividad del hecho sin ulteriores proyecciones finalistas; por la celeridad, al tener que emitirse la resolución por la autoridad laboral, tras la realización de las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días y, finalmente, por la posibilidad de que la autoridad laboral, al apreciar la causa de fuerza mayor, pueda acordar que una parte o la totalidad de la indemnización que corresponda a los trabajadores por la extinción de sus contratos, sea abonada por el Fondo de Garantía Salarial, aunque esta organismo pueda solicitar su reintegro al empresario.³⁹

Por otra parte, la Ley 3/2012, de 6 de julio, respecto a la suspensión y reducción temporal de jornada, incorpora expresamente la definición de las causas justificativas descritas en el art. 51, solamente con la variación de reducir, en las de carácter económico, la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o de ventas de la empresa a dos trimestres consecutivos, si en cada uno de ellos es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior (recuérdese que, para considerar la causa económica por este motivo justificativo de despido colectivo, se requiere una disminución de tres trimestres consecutivos). Incorpora también la posibilidad de acordar las partes, en el cualquier momento del procedimiento del periodo de consultas, su sustitución por uno de mediación o arbitraje aplicable en el ámbito de la empresa. Finalmente, detalla los efectos de la sentencia que resuelva la impugnación del trabajador y declare injustificada la medida, consistentes en la reanudación inmediata del contrato de trabajo y la percepción de los salarios correspondientes hasta la fecha de la reanudación o, en su caso, de las diferencias de las cuantías por las prestaciones por desempleo recibidas durante el periodo de la medida, sin perjuicio del reintegro que corresponda realizar el empresario por este concepto a la entidad gestora que las haya satisfecho.⁴⁰ Asimismo, al remitirse la regulación de esta medida, basada en causa derivada de fuerza mayor, a la establecida en el apartado 7 del art. 51 del ET, para el despido colectivo por esta causa, indirectamente se modifica en los mismos términos realizados respecto a esta forma de extinción, coincidiendo exactamente ambos regímenes de estos dos mecanismos de flexibilidad externa e interna, respectivamente.

³⁹ Apartado originariamente 12 y, a partir de la reforma efectuada por el art.18.3 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, apartado, 7 del art. 51 del ET.

⁴⁰ Modificación del art. 47 del ET, efectuada por el art. 13 de la Ley 3/2012, de julio.

A continuación, el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE 03/08/2013),⁴¹ transcurrido poco más de un año, nuevamente reforma los apartados 2 y 4 del art. 51 del ET, para adicionar reglas relativas a la constitución de la comisión negociadora. A este respecto, se dispone que ha de ser única, aunque existan varios centros de trabajo, ya que, en este supuesto, se circunscribe a los centros delimitados por la medida extintiva, sin que el número de miembros que la compongan pueda ser superior a trece por cada una de las dos representaciones, conformadas en el orden y condiciones establecidos en el art. 41.4 del ET y con antelación a la comunicación de apertura del período de consultas efectuada por la empresa, como máximo, de siete días o de quince, si alguno de los centros no dispone de representación de los trabajadores. Estos plazos han de computarse desde la fecha en la que el empresario comunique a sus empleados o a sus representantes la intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo, sin que su constitución dentro de estos ellos suponga la paralización del comienzo del período de consultas y de su desarrollo o su constitución tardía el aumento de su duración. Asimismo, para ampliar la información que ha de contener el escrito de comunicación de apertura del período de consultas que la empresa ha de trasladar a los representantes de los trabajadores con copia a la autoridad laboral, al que ahora, a su vez, se añade la copia de la comunicación de la empresa a los trabajadores o a sus representantes de la intención de activar el procedimiento de despido colectivo, mediante la identificación de los representantes de los trabajadores que formarán parte de la comisión negociadora o con la indicación de que no se ha constituido en los plazos fijados. También se amplían los documentos que se tienen que acompañar a esta comunicación, ya que, junto con la memoria explicativa sobre las causas y las menciones expresadas en el citado escrito, se ha de aportar la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, en los términos reglamentarios. Igualmente, precisar que para alcanzar el acuerdo resultante del período de consultas se necesita la aprobación de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de los integrantes de su comisión representativa, que, en los dos supuestos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros en los que se desarrolla el procedimiento. Finalmente, para establecer que este caducará, en los términos dispuestos reglamentariamente, si el empresario no comunica a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre el despido, dentro de los quince días posteriores a la última reunión del período de consultas,⁴² matizándose, que el empresario podrá notificar los despidos individuales no solo tras la comunicación de su decisión, sino también, como ahora se incluye, tras alcanzarse el acuerdo correspondiente.⁴³

A su vez, estas nuevas reglas, se incorporan expresamente a la regulación de la suspensión o reducción temporal de jornada establecida en el art. 47, añadiéndose en su párrafo primero, como aclaración, que se desarrollará “*con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente*”, así como el deber de las partes de negociar de buena fe para alcanzar un acuerdo, antes no recogido explícitamente, pero, a nuestro entender, aplicable por analogía. No se adiciona, en cambio, la ampliación de información que ha de contener el escrito de comunicación de inicio del período de consulta sobre los trabajadores integrantes de la comisión negociadora, ni la obligación de acompañar los documentos de carácter contable y fiscal y los informes técnicos, en los términos reglamentarios, previstos para el supuesto de despido colectivo.

⁴¹ Entra en vigor el 04/08/2013 y se acuerda su convalidación por el Congreso de los Diputados el 12 de septiembre de 2013, acordándose su publicación por resolución de la misma fecha (BOE 17/09/2013).

⁴² Nuevo apartado 2.

⁴³ Nuevo apartado 4.

Nuevamente, en el año 2012, asciende el número total de procedimientos (expedientes en la terminología anterior a este año) 35.521 (32.601 pactados -91,78%- y 2.920 -8,22%- no pactados), presentando una variación absoluta con el año previo de 14.353 y porcentual del 67,8%. Asimismo, aunque aumenta considerablemente el número de procedimientos por reducción 99.724 (20,63%), el mayor número de procedimientos corresponde a suspensión 300.713 (62,22%) y, en último lugar, extinción 82.876 (17,15%). Igualmente, el sector de la industria acoge la mayoría de los trabajadores afectados 253.013 (52,35%), a continuación, los servicios 175.706 (36,35%), la construcción 50.442 (10,44%) y, finalmente, el sector agrario 4.152 (0,86%). Por sexo vuelve a disminuir la cifra de varones 364.826 (75,48%) respecto a la de mujeres (si bien, continúa superándola en 50,96 puntos) 118.487 (24,52%).

En cambio, en el siguiente año, 2013, comienza el descenso generalizado con relación al año precedente, situándose el número de procedimientos en 28.415 (pactados 26.607 -93,64%- y no pactados 1.808 -6,36%-), con una variación absoluta de -7.106 y porcentual del -20%. El número más alto de trabajadores afectados por procedimientos continúa correspondiendo a suspensión 234.116 (61,61%), pero, por primera vez, el de reducción 75.505 (19,87%) supera al de extinción 70.351 (18,51%), si bien, con una disminución absoluta y porcentual de -66.597 (-22,1%), -24.219 (-24,3%) y -12.525 (-15,1%), respectivamente. La industria, una vez más, asume la cifra más alta de trabajadores 189.140 (49,78%) y una variación sobre el año previo de -63.873 (-25,2%), seguida de los servicios 153.083 (40,29%) y una variación sobre el año anterior de -22.623 (-12,9%), la construcción 35.067 (9,23%) y una variación sobre el año anterior -15.375 (-30,5%) y el sector agrario 2.682 (0,71%) y una variación sobre el año anterior de -1.470 (-35,4%). Por sexo permanece la tendencia de minoración del número de varones 277.223 (72,96%) e incremento del de mujeres 102.749 (27,04%), con una variación anual de -87.603 (-24%) y -15.738 (-13,3%), respectivamente.

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2012	%	Variación año anterior		Año 2013	%	Variación año anterior	
			Abs.	%			Abs.	%
PROCEDIMIENTOS	35.521		14.353	67,8	28.415		-7.106	-20
Pactados	32.601	91,78	13.229	68,3	26.607	93,64	-5.994	-18
No pactados	2.920	8,22	1.124	62,6	1.808	6,36	-1.112	-38,1
EMPRESAS AFECTADAS	27.570		11.476,00	71,3	21.228		-6.342	-23
TRABAJADORES AFECTADOS	483.313		139.684	40,6	379.972		-103.341	-21,4
Pactados	425.440	88,03	116.315	37,6	335.144	88,20	-90.296	-21,2
No pactados	57.873	11,97	23.369	67,70	44.828	11,80	-13.045	-22,5
Varones	364.826	75,48	96.894	36,2	277.223	72,96	-87.603	-24
Mujeres	118.487	24,52	42.790	56,5	102.749	27,04	-15.738	-13,3
Extinción	82.876	17,15	14.895	21,9	70.351	18,51	-12.525	-15,1
Suspensión	300.713	62,22	85.701	39,9	234.116	61,61	-66.597	-22,1
Reducción	99.724	20,63	39.088	64,5	75.505	19,87	-24.219	-24,3
Agrario	4.152	0,86	-1.453	-25,9	2.682	0,71	-1.470	-35,4
Industria	253.013	52,35	59.296	30,6	189.140	49,78	-63.873	-25,2
Construcción	50.442	10,44	12.096	31,5	35.067	9,23	-15.375	-30,5
Servicios	175.706	36,35	69.745	65,8	153.083	40,29	-22.623	-12,9
Reducción	38.270	12,64	17.679	85,9	60.636	17,65	22.366	58,4
Pactados	265.384	87,66	-212.158	-44,4	309.125	89,96	43.741	16,5
No pactados	37.362	12,34	-34.378	-47,9	34.504	10,04	-2.858	-7,6
Agrario	5.952	1,97	-1.424	-19,3	5.605	1,63	-347	-5,8
Industria	199.911	66,03	-229.788	-53,5	193.717	56,37	-6.194	-3,1

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2012	%	Variación año anterior		Año 2013	%	Variación año anterior	
			Abs.	%			Abs.	%
Construcción	25.864	8,54	5.641	27,9	38.346	11,16	12.482	48,3
Servicios	71.019	23,46	-20.965	-22,8	105.961	30,84	34.942	49,2
EXPEDIENTES NO AUTORIZADOS	7.495	2,33	-3.508	-31,9	11.082	2,97	3.587	47,9
EXPEDIENTES DESISTIDOS	11.981	3,72	-10.783	-47,4	18.669	5,00	6.688	55,8

Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadísticas. Regulación de Empleo. Datos anuales. Acceso: Estadística de Regulación de Empleo. Ministerio de Trabajo y Economía Social (mites.gob.es). Elaboración propia: porcentajes anuales de cada grupo y subgrupo.

Finalmente, la Ley 1/2014, de 28 de febrero, con idéntica denominación que el Real Decreto anterior (BOE 01/03/2014),⁴⁴ para la aprobación de sus disposiciones por ley, mantiene intacta la redacción de los apartados 2 y 4 del art. 51 del ET, así como del art. 47 del ET, sin introducir modificación alguna en estos preceptos. Un año y medio después, aproximadamente, se publica el Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 13/11/2015),⁴⁵ que recoge esta regulación en sus términos exactos y que no experimentará cambio alguno hasta las reformas operadas e impulsadas por la situación de emergencia sanitaria desencadenada a finales del primer trimestre de 2020, a través de la aplicación de la normativa excepcional aprobada durante la prolongación de esta situación, pero sin alterar redacción de los preceptos del ET, que se mantendrá hasta las modificaciones operadas a partir de 2021.

La tendencia generalizada a la disminución anual iniciada en 2013 se mantiene constante a partir de ese año hasta 2018, en el que algunos valores vuelven a reflejar aumentos respecto al ejercicio anterior, Continuando la tendencia, más aún y de forma completamente extraordinaria y excepcional por el imparto de la situación de emergencia sanitaria por COVID 19-, el año 2020, hasta 2022. Concretamente, el más significativo, el número de trabajadores afectados por procedimientos experimenta un incremento de 15.399 (26,78%), respecto al ejercicio 2017, situándose en 72.896 (pactados 65.222 -89,47%- y no pactados 7.674 -10,53%-, si bien, el de no pactados se muestra en negativo con relación al año previo -843 absoluto -9,9%). Igualmente, la cifra de procedimientos de suspensión que asciende a 49.329 (67,67%), con una variación anual absoluta de 21.072 (74,57%), no así de reducción, que se aminora con relación al año anterior en -4.817 (-52,2%), colocándose en 3.610 (4,95%), ni de extinción que experimenta un descenso de -856 (-4,11%), llegando a 19.957 (27,38%). Por sectores, el de la industria también aumenta a 45.000 (61,73%) y el agrario 1.143 (1,57%), con una variación absoluta de 20.124 (80,9%) y de 148 (14,87%), respectivamente. En cambio, el sector de los servicios sigue disminuyendo, cifrándose en 25.175 (34,54%) y el de la construcción 1.578 (2,16%), con una variación sobre el año anterior de -2.997 (-10,6%) y -1.876 (-54,3%), respectivamente. La diferencia por sexo muestra un resultado similar, si bien aumenta el número de varones 53.807 (73,81%) y se reduce del de mujeres 19.089 (26,19%), y una diferencia anual de 15.141 (39,16) y 258 (1,37%).

⁴⁴ Entra en vigor el 02/03/2014.

⁴⁵ Entra en vigor el 13/11/2015.

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2014	%	Variación año anterior		Año 2015	%	Variación año anterior		Año 2016	%	Variación año anterior	
			Abs.	%			Abs.	%			Abs.	%
	En unidades											
EMPRESAS	10.637		-10.591	-49,9	5.675		-4.962	-46,6	3.999		-1.676	-29,5
TRABAJADORES	159.566		-220.406	-58,0	100.522		-59.044	-37,0	86.576		-13.946	-13,9
Pactados	138.280	86,66	-196.864	-58,7	88.124	87,67	-50.156	-36,3	76.499	88,36	-11.625	-13,2
No pactados	21.286	13,34	-23.542	-52,5	12.398	12,33	-8.888	-41,8	10.077	11,64	-2.321	-18,7
Varones	113.152	70,91	-164.071	-59,2	73.006	72,63	-40.146	-35,5	62.953	72,71	-10.053	-13,8
Mujeres	46.414	29,09	-56.335	-54,8	27.516	27,37	-18.898	-40,7	23.623	27,29	-3.893	-14,1
Extinción	35.875	22,48	-34.476	-49,0	24.572	24,44	-11.303	-31,5	24.348	28,12	-224	-0,9
Suspensión	92.234	57,80	-141.882	-60,6	62.298	61,97	-29.936	-32,5	53.658	61,98	-8.640	-13,9
Reducción	31.457	19,71	-44.048	-58,3	13.652	13,58	-17.805	-56,6	8.570	9,90	-5.082	-37,2
Agrario	2.062	1,29	-620	-23,1	1.663	1,65	-399	-19,4	1.531	1,77	-132	-7,9
Industria	77.192	48,38	-111.948	-59,2	50.070	49,81	-27.122	-35,1	46.609	53,84	-3.461	-6,9

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2017	%	Variación año anterior		Año 2018	%	Variación año anterior		Año 2019	%	Variación año anterior	
			Abs.	%			Abs.	%			Abs.	%
	En unidades											
EMPRESAS	2.615		-1.384	-34,6	2.076		-539	-20,6	2.169		93	4,48
TRABAJADORES	57.497		-29.079	-33,6	72.896		15.399	26,78	88.927		16.031	21,99
Pactados	48.980	85,19	-27.519	-36,0	65.222	89,47	16.242	33,16	79.680	89,60	14.458	22,17
No pactados	8.517	14,81	-1.560	-15,5	7.674	10,53	-843	-9,9	9.247	10,40	1.573	20,50
Varones	38.666	67,25	-24.287	-38,6	53.807	73,81	15.141	39,16	63.985	71,95	10.178	18,92
Mujeres	18.831	32,75	-4.792	-20,3	19.089	26,19	258	1,37	24.942	28,05	5.853	30,66
Extinción	20.813	36,20	-3.535	-14,5	19.957	27,38	-856	-4,11	30.871	34,71	10.914	54,69
Suspensión	28.257	49,15	-25.401	-47,3	49.329	67,67	21.072	74,57	55.285	62,17	5.956	12,07
Reducción	8.427	14,66	-143	-1,7	3.610	4,95	-4.817	-57,2	2.771	3,12	-839	-23,24
Agrario	995	1,73	-536	-35,0	1.143	1,57	148	14,87	829	0,93	-314	-27,47
Industria	24.876	43,26	-21.733	-46,6	45.000	61,73	20.124	80,9	52.175	58,67	7.175	15,94
Extinción	3.454	6,01	-3.216	-48,2	1.578	2,16	-1.876	-54,3	2.243	2,52	665	42,14
Reducción	28.172	49,00	-3.594	-11,3	25.175	34,54	-2.997	-10,6	33.680	37,87	8.505	33,78

Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadísticas. Regulación de Empleo. Datos anuales. Acceso: Estadística de Regulación de Empleo. Ministerio de Trabajo y Economía Social (mites.gob.es). Elaboración propia: porcentajes anuales de cada grupo y subgrupo y variaciones año anterior absolutas y porcentuales.

4. EVOLUCIÓN DURANTE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

Desde la irrupción de los efectos de todo tipo provocados por la propagación del COVID-19, en marzo de 2020, fecha en la que se adoptan las primeras medidas, específicamente las de naturaleza laboral y empleo, para su contención y superación, hasta marzo de 2022, en la que pierde vigencia la última de sus prorrogas, se modificará el régimen jurídico establecido en los arts. 47 y 51 del ET de forma excepcional y temporal por nueve disposiciones diferentes, a fin de adaptar sus reglas a la evolución de la situación sanitaria y su impacto en los diferentes ámbitos, particularmente en el de las relaciones laborales, para que, en su caso, sobre todo la suspensión de contrato y la reducción temporal de jornada, pudieran resultar más operativas durante este período, como instrumentos idóneo para su contención y superación.

En primer lugar, con el objetivo de priorizar la medias flexibilidad interna, a través de la reducción temporal de jornada y la suspensión de contrato, antes que las de flexibilidad externa, mediante la extinción de la relación laboral, ya que el carácter coyuntural de la situación de emergencia sanitaria no explicaría la reducción estructural del empleo, se implementan medias para facilitar el procedimiento para su ejecución,⁴⁶ pero sobre todo, en nuestra opinión, se favorece con las acciones sociales que se habilitan a favor de los trabajadores y también de las empresas. En este sentido, Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medias urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE 18/03/2020),⁴⁷ en su art. 22, establece que se considera causa de fuerza de mayor la falta de actividad directa que sea consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado alarma, detallándose a estos efectos, las circunstancias que impidan continuar con su desarrollo ordinario⁴⁸, así como las siguientes dos especialidades en su procedimiento: se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de un informe sobre la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, con traslado a la representación de los trabajadores, si existiera, y comunicación a las personas trabajadoras; la autoridad laboral emitirá la resolución en el plazo de cinco días (se mantiene el plazo sin modificación), previo informe de la Inspección de trabajo y Seguridad Social, que se tendrá que expedir también en el plazo improrrogable de cinco días, si se solicita, ya que tiene carácter potestativo para la autoridad laboral.⁴⁹ Por su parte, la disposición adicional sexta, con objeto de salvaguardar el empleo prevé que la aplicación de las medidas contenidas en esta norma conlleva el compromiso por parte de la empresa preservar el empleo durante los seis meses siguientes a partir de la fecha de reanudación de su actividad. Específicamente, el Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, en la nueva redacción que efectúa de la citada disposición adicional, respecto este supuesto de reducción temporal de jornada y suspensión de contrato, aclara que se entiende por reanudación de la actividad de la empresa la reincorporación de los trabajadores afectados por esta medida, aunque sea parcial o solo corresponda a parte de la plantilla y que se entenderá incumplido si se extingue la relación laboral o se despide a cualquiera de las personas comprendidas por esta medida, a no ser que se deba, podría decirse, por causa no imputable a la voluntad del empresario ni al expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio o no que pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación o si la empresa puede concurrir en riesgo de concurso de acreedores, en los términos previstos en el art. 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE 10/07/2003),⁵⁰ valorándose

⁴⁶ El Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, en su art. 2, dedicado a las medidas extraordinarias para la protección del empleo, dispone que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, motivadoras de la reducción temporal de jornada o suspensión de contrato, recogidas en los 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, no podrán justificar la extinción de la relación trabajo ni el despido.

⁴⁷ Entra en vigor el 18/03/2020, según la disposición final décima, y se mantiene hasta un mes después del fin de vigencia de la declaración del estado de alarma (21/06/2020), aunque son susceptible de prórroga por real decreto-ley.

⁴⁸ Véase el apartado 1 del art. 22 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

⁴⁹ El apartado 3 del art. 22 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de junio, dispone que la tramitación del procedimiento relativo a socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales, incluidos en el Régimen General o en algunos de los regímenes especiales que cubran la contingencia por desempleo se realizará, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de trabajo, si bien con aplicación de las especialidades referidas a la emisión de la autoridad laboral de la resolución y expedición del informe de la Inspección de Trabajo. El art. 4 del Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, señala que, si no es posible la celebración de la Asamblea General de las sociedades por medios telemáticos por su ausencia o insuficiencia, el Consejo Rector podrá aprobar la suspensión total de la prestación de servicio de los socios y emitirá su certificación para la tramitación.

⁵⁰ Actualmente, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE 07/05/2020), en vigor desde el 01/09/2020.

de acuerdo con las características de los distintos sectores y la normativa aplicable, y las especificidades de las empresas que registran una alta variabilidad y estacionalidad del empleo.

A continuación, la disposición final 8.2 del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE 22/04/2020),⁵¹ añade que se entenderá existente fuerza mayor por causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, también en aquellas actividades que, acuerdo con la declaración del estado de alarma, por normas legales o por disposiciones de las autoridades delegadas en el art. 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, deban mantenerse respecto de la parte que no esté afectada por el mantenimiento de actividad. Posteriormente, el Real Decreto 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y competitividad del sector industrial (BOE 27/06/2020),⁵² introduce la prohibición por las empresas y entidades, durante el tiempo que se prolongue esta medida, de realizar horas extraordinarias y concertar nuevas contrataciones o externalizaciones, directas o indirectas, a no ser que las personas trabajadoras afectadas por la medida, no cuenten con la formación o capacitación u otras razones objetivas y justificadas para desempeñar las funciones objeto de contratación o externalización, pudiendo constituir su incumplimiento infracción, de acuerdo con el expediente que, en su caso, pudiera iniciarse por Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Asimismo, el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, en su art. 23, dispone que el procedimiento para la reducción temporal de jornada y la suspensión de contrato por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19 se regirá por su normativa correspondiente con las siguientes excepciones: si no existe representación legal de los trabajadores, se prioriza la opción por la representación de base asociativa antes que la de base electiva, de modo que interviene como interlocutor por parte de los trabajadores una comisión integrada por un miembro de cada sindicato más representativo o representativo del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para constituir la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación, adoptando sus decisiones por las mayorías representativas correspondientes, y, en el supuesto de que no se conforme esta comisión, se constituirá una comisión por tres miembros, como máximo, elegidos democráticamente por y entre los trabajadores de la empresa; en los dos supuestos, la comisión ha de constituirse en el improrrogable plazo de cinco días; el período de consultas no puede ser superior a siete días; si se solicita el informe a la Inspección de Trabajo, ya que tiene carácter potestativo, se tiene que expedir en el plazo también de siete días.⁵³ A su vez, primero el art. 6 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE 29/04/2020),⁵⁴ y, a continuación, el art. 1 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de idéntica denominación (BOE 19/09/2020),⁵⁵ señalan que junto con los sujetos indicados en el art. 154 de la LJS, también estará legitimada, en estos supuestos, la comisión para promover el procedimiento de conflicto colectivo sobre

⁵¹ Entra en vigor el 23/04/2020.

⁵² Entra en vigor el 27/06/2020.

⁵³ El apartado 2 del art. 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de junio, dispone que la tramitación del procedimiento relativo a socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales, incluidos en el Régimen General o en algunos de los regímenes especiales que cubran la contingencia por desempleo se tramitará, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, pero le serán de aplicación las especialidades relativas a la duración del período de consultas y de la emisión del informe de la Inspección de Trabajo que potestativamente puede solicitar la autoridad laboral. Igualmente, la salvedad mencionada respecto al procedimiento por fuerza mayor, en el supuesto que no sea posible la celebración de la Asamblea General por medios telemáticos (Vid. nota 49).

⁵⁴ Entra en vigor el 30/04/2020 y se deroga el 20/09/2020.

⁵⁵ Entra en vigor el 20/09/2020.

estas medidas. Igualmente, de acuerdo con el art. 2 del Real Decreto-Ley 24/2020, de 26 de junio, también se someten las medidas adoptadas por estas causas a las prohibiciones referidas a las basadas en fuerza mayor, antes mencionadas, de no poder realizar horas extraordinarias, nuevas contrataciones ni externalizaciones.

A continuación, el art. 2 del Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 30/09/2020),⁵⁶ incorpora dos nuevas modalidades de reducción temporal de jornadas y suspensión de contrato que delimitan las situaciones en la que se encuentre, de un lado, impedido el desarrollo de la actividad de las empresas y entidades en alguno de sus centros de trabajo, debido a “*nuevas restricciones o medida de contención sanitaria adoptadas por las autoridades españolas o extranjeras, a partir del 1 de octubre de 2020*”, de otro, “*limitado el desarrollo normalizado de su actividad a consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por las autoridades españolas*”, autorizadas, ambas modalidades, tras la tramitación del procedimiento establecido en el art. 47.3 del ET, pero con una intensidad diferente en la medida social aplicable a cada una de ellas. Posteriormente, el art. 2 del Real Decreto-Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo (BOE 29/09/2021),⁵⁷ aunque inicialmente la vigencia de esta dos modalidades se fijaba hasta el 31 de enero de 2021, sucesivamente se prorrogó hasta el 31 de marzo de 2022, añadió la posibilidad de transitar de una a otra, entre el 1 de noviembre de 2021 hasta el 28 de febrero de 2022 (extendida la fecha final hasta el 31 de marzo de 2022),⁵⁸ en función de las modificaciones que pudieran registrar la restricciones sanitarias determinadas por las autoridades correspondientes, sin que sea necesaria la tramitación de un nuevo procedimiento y con aplicación de la medida de social de acompañamiento según la modalidad impeditiva o limitativa existente, en cada momento.

Asimismo, en cuanto a la duración de la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato por fuerza mayor, la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (BOE 28/03/2020),⁵⁹ limita el tiempo máximo al del estado de alarma, tanto si son resueltas expresamente o por silencio administrativo. Posteriormente, el art. 1 del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 13/05/2020),⁶⁰ señala que las empresas o entidades permanecerán en situación de fuerza mayor total por esta causa, con reducción temporal de jornada y suspensión de contrato, en tanto se mantenga el motivo que impida el reinicio de actividad sin que pueda superar el 30 de junio de 2020, así como, hasta esa fecha, en situación de fuerza mayor parcial, si la causa que la impulsó permite el reinicio parcial de su actividad, debiendo reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por esta medida, en el modo necesario para el desarrollo de la actividad, priorizando la reducción temporal de jornada a la suspensión de contrato. El art. 2 prevé que desde la entrada en vigor de esta norma y hasta el 30 de junio los procedimientos que se inicien por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción continuarán rigiéndose por las especialidades contenidas en el art. 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo y que podrán iniciarse durante el período que esté vigente uno por causa de fuerza mayor y que, si se comienzan tras la finalización de este, sus efectos se retrotraerán a la fecha de su terminación, señalando, finalmente, que los que estén vigentes por aquellas causas les será de aplicación en los términos establecidos en la comunicación de la empresa y hasta fecha en ella indicada. Acto seguido, el art. 1 del Real Decreto 24/2020, de 26 de

⁵⁶ Entra en vigor el 20/09/2020.

⁵⁷ En vigor el 29/09/2021.

⁵⁸ Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero.

⁵⁹ Entra en vigor el 28/03/2020 y se deroga el 13/04/2021.

⁶⁰ Entra en vigor el 13/05/2020. Aprobado con base en el Acuerdo Social en Defensa del Empleo (IASDE).

junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y competitividad del sector industrial (BOE 27/06/2020),⁶¹ de nuevo amplía el tiempo que las empresas que hubieran solicitado la reducción temporal de jornada o suspensión de contrato antes de su entrada en vigor (27/06/2020), hasta el 30 de septiembre de 2020, con la misma obligación de reincorporación señalada por la norma anterior. El art. 2, igualmente, amplía hasta esa fecha los procedimientos por causas económicas, técnicas, organizativa o de producción, en los mismos términos referidos en la prórroga precedente. Nuevamente, el art. 1 del Real Decreto 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 30/9/2020),⁶² prorroga la duración de los procedimientos por fuerza mayor hasta el 31 de enero de 2021 y el art. 3 también hasta esta fecha, en los términos de las normas antecesoras, de los procedimientos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, añadiendo que será posible la prórroga de un procedimiento que termine durante la vigencia de esta norma y en esos mismos términos, si se acuerda en el período de consultas. El art. 1 del Real Decreto-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 27/01/2021),⁶³ amplía hasta el 31 de mayo de 2021, la reducción temporal de jornada o suspensión de contrato motivada por fuerza mayor, impedimento y limitación al desarrollo normalizado de la actividad, igualmente, el art. 3 por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El art. 1 del Real Decreto-Ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos (BOE 28/05/2021),⁶⁴ extiende la vigencia de la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato por fuerza mayor, impedimento y limitación al desarrollo normalizado de la actividad por hasta el 30 de septiembre de 2021 y el art. 3 por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El art. 1 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo (BOE 29/09/2021),⁶⁵ dilata la duración hasta el 28 de febrero de 2022 de la reducción temporal de jornada o suspensión de contrato por fuerza mayor, impedimento y limitación al desarrollo normalizado de la actividad, así como por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, a solicitud de la empresa o entidad acogida a esta medida, acompañada de una relación de las horas o días de trabajo suspendidos o reducidos durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2021 de cada de las personas trabajadoras afectas e identificadas con relación al centro de trabajo, entre el 1 y el 15 de octubre de 2021, además si está motivado por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, del informe de la representación de los trabajadores con la que se desarrolló la negociación, ante la autoridad laboral, que remitirá el expediente, a los efectos que procedan, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y dictará resolución, en el plazo de diez días, estimatoria o, si no la emite, se entenderá también estimada; en el supuesto de que no se presente la solicitud junto la relación indicada, se considerará finalizado el expediente el 1 de noviembre de 2021. Por último, la disposición adicional primera del Real Decreto-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 las isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones

⁶¹ Entra en vigor el 27/06/2020. Aprobado (Título I) con base en el II Acuerdo de Defensa del Empleo (II ASDE).

⁶² Entra en vigor el 30/09/2020. Aprobado (Título I) con base en el III Acuerdo de Defensa del Empleo (III ASDE).

⁶³ Entra en vigor el 27/01/2020. Aprobado (Título I) con base en el IV Acuerdo de Defensa del Empleo (IV ASDE, prorroga las medidas suscritas en el III ASDE).

⁶⁴ Entra en vigor el 28/05/2020.

⁶⁵ Entra en vigor el 20/01/2021.

de vulnerabilidad social y económica (BOE 23/02/2022),⁶⁶ prorroga automáticamente la duración hasta el 31 de marzo de 2022 de la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato por fuerza mayor, impedimento y limitación al desarrollo normalizado de la actividad y causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

De otro lado, en nuestra opinión, las novedades más importantes y que, seguramente, determinaron la tramitación masiva de esta medida, son las acciones sociales de acompañamiento establecidas en favor de los trabajadores y de las empresas afectados por ella.⁶⁷ Concretamente, en cuanto a la obligación de cotizar, el art. 24 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, prevé, en beneficio del empleador, durante los supuestos de reducción temporal de jornada y suspensión de contrato por fuerza mayor vinculada al COVID-19, previa comunicación e identificación de los trabajadores afectados por esta medida, la exoneración por la TGSS del abono de la apartación empresarial que corresponda a las empresas que tuvieran a 29 de febrero de 2020 menos de cincuenta trabajadores, incluidos los conceptos por recaudación conjunta, e ingresando la entidad gestora la cuota del trabajador tras realizar su descuento de la prestación (art. 273.2 y 1 de la LGSS), su tuvieran cincuenta o más trabajadores, la exoneración se limitará al 75% de la cuenta empresarial, considerándose, en beneficio del trabajador, este tiempo como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que sea de aplicación las previsiones del art. 20 de la LGSS.⁶⁸

Con relación a la prestación contributiva por desempleo, el art. 25 de este Real Decreto-Ley, en nuestra opinión, establece dos acciones completamente efectivas para la adopción de medidas de esta naturaleza, de un lado, se reconocerá a los trabajadores afectados, incluidos los socios trabajadores de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado que tenga prevista la cotización por esta contingencia y la causa de la reducción temporal de jornada o suspensión de contrato haya sido constada por la autoridad laboral,⁶⁹ que hubieran comenzado su relación laboral o societaria con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, aunque no acrediten el período mínimo de cotización, tanto si tuvieran suspendido un derecho anterior a esta prestación en su modalidad contributiva o no contributiva como si no tuvieran el período mínimo de cotización exigido para la de carácter contributivo o no la hubieran percibido previamente. En todo caso, la base reguladora se compondrá con el promedio de los últimos 180 días cotizados (ninguna variación respecto a la regla general) o de los que se hubieran trabajado por la relación laboral afectada por esta medida, si no se llegara a esta cifra, anteriores a la situación legal de desempleo, y la duración de la prestación se mantendrá hasta que termine la reducción temporal de jornada o suspensión de contrato que la ha originado.⁷⁰ De otro

⁶⁶ Entra en vigor el 24/02/2022.

⁶⁷ En principio, según el art. 28 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, estarían vigentes durante el tiempo que se mantuviera la situación extraordinaria por COVID-19, prorrogándose en los términos, condiciones y períodos establecidos en las sucesivas normas que contemplaron cada una ellas, como máximo, hasta el 31 de marzo de 2022. Asimismo, la disposición transitoria primera de este real decreto-ley dispuso que serían aplicables a los procedimientos de reducción temporal de jornada y suspensión de contrato autorizados o iniciados con anterioridad a su entrada en vigor el 17/03/2020, fijada por su disposición final novena, derivados directamente de esta causa.

⁶⁸ La modificación operada por la disposición final 1.1 del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, especifica que la exoneración corresponde a los meses de marzo y abril y su apartado 2, que introduce un nuevo apartado 5 en el art. 24 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, que las exoneraciones por contingencias comunes serán soportadas por los presupuestos de la Seguridad Social, por contingencias profesionales por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta por el Servicio Público de Empleo Estatal. Igualmente, la reforma practicada por la disposición final 8.2 del Real Decreto 19/2020, de 26 de mayo, excluye únicamente la aplicación del apartado 1 del art. 20 de la LGSS.

⁶⁹ Constatación realizada de conformidad con el procedimiento recogido en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero.

⁷⁰ El art. 3 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, establece el procedimiento para la solicitud colectiva presentada por la empresa en la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, en representación de los trabajadores afectados por la medida.

lado, el período durante el que se perciba esta prestación no se considera consumido a fin de poder desplegar sus efectos para otra que pueda causarse posteriormente. Asimismo, las prestaciones percibidas por trabajos fijos discontinuos y trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, correspondientes a períodos que hubieran sido de trabajo efectivo si no hubiera ocurrido la causa originaria de esta medida, según el efectivamente trabajados el año natural anterior por el mismo contrato y, si es el primer año, por otros trabajadores comparables de la empresa, se podrá percibir posteriormente, como máximo durante 90 días, cuando concurra una nueva situación legal de desempleo, se aplicará al mismo derecho consumido y la reconocerá de oficio al solicitarse su reanudación.⁷¹

En este contexto de circunstancias y medidas extraordinarias, con limitación de movilidad de los ciudadanos o afectación de la gestión de las prestaciones por desempleo por las entidades correspondientes, según el art. 26 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, no se aplicarán las reglas de los arts. 268.2 y 276.1 de la LGSS y las solicitudes de alta inicial o reanudación presentadas fuera de plazo no conllevarán la reducción de la duración de la prestación que se reconozca. Igualmente, el art. 27 de esta norma, prevé la suspensión del requisito recogido en el art. 276.2 de la LGSS, de modo que la entidad gestora podrá prorrogar de oficio el derecho a percibir la prestación no contributiva por desempleo, aunque que no se solicite la requerida prórroga semestral por el beneficiario, así como del contenido en el art. 276.3 que requiere, cada 12 de meses desde la fecha de reconocimiento inicial o reanudación del subsidio de “*prejubilación*” (mayores de cincuenta y dos años), en el plazo de 15 días, la presentación de la declaración de rentas y la documentación acreditativa, a fin de que ambos casos no se despliegue la interrupción del abono del subsidio, de la cotización a la seguridad inherente a este último y ni la reducción por los días que medie entre la fecha en la se debería solicitar la prórroga y aportar la documentación y la fecha en la que efectivamente se realice.

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2020	%	ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2021	%
En unidades					
EMPRESAS AFECTADAS	1.017.789		EMPRESAS AFECTADAS	3.796	
TRABAJADORES AFECTADOS			TRABAJADORES AFECTADOS	181.139	
Extinción	8,64	-72,1	Pactados	137.544	75,93
Suspensión/Reducción	1.009.175	1.638,3	No pactados	17.490	9,66
Fuerza Mayor	67,7%		No consta	26.105	14,41
			Varones	134.577	74,29
Causas E/TOP	33,3%		Mujeres	46.562	25,71
Avance acumulados enero-diciembre			Extinción	36.505	20,15
			Suspensión	135.718	74,92
			Reducción	8.916	4,92
			Agrario	1.948	1,08
			Industria	122.373	67,56
			Construcción	3.321	1,83
			Servicios	53.497	29,53

Fuente: Año 2020. Impacto del Covid-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía social Febrero 202. Acceso: Nota_impacto_COVID_Febrero_2021.pdf (mites.gob.es). Año 2021. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadísticas. Regulación de Empleo. Datos anuales. Acceso: Estadística de Regulación de Empleo. Ministerio de Trabajo y Economía Social (mites.gob.es). Elaboración propia: porcentajes anuales de cada grupo y subgrupo.

⁷¹ La disposición final 8.3 del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, modifica el apartado 6 del art. 25 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, para ampliar la cobertura a otras circunstancias en las que se encuentren los trabajadores fijos discontinuos y los que realizan trabajos fijos y periódicos.

La situación extraordinaria y excepcional motivada por el COVID-19 también se ha reflejado, seguramente, en la elaboración estadística, en tanto que no ha sido posible localizar datos correspondientes al año 2020 similares a los de años anteriores. Sin embargo, como puede intuirse y observarse de las cifras disponibles de ese año, difieren, lógicamente, de forma completamente inusual con los del ejercicio previo, ascendiendo el número de trabajadores afectos por procedimientos de regulación de empleo a 1.017.789, aumentando de forma exponencial los de carácter temporal con un incremento, sin duda debido a la normativa coyuntural adoptada, del 1.638,3%, perteneciendo el 67,% a suspensión de contrato y reducción de jornada por fuerza mayor y el 33,3% por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y un número de trabajadores de 1.009.175. No obstante, este número es muy dispar en cada uno de los meses del año, en atención a la aparición, propagación y evolución de la situación de emergencia sanitaria. Igualmente, sucede, en consecuencia, con el número de beneficiarios de prestaciones contributivas desempleo derivadas de procedimientos regulación de empleo temporal de que alcanzó la cifra máxima, 2.661.878, en mayo de 2020 y la mínima, tras su paulatino descenso, 228.330, en diciembre de ese mismo año.

Asimismo, en 2021, los resultados estadísticos comienzan a reflejar valores más cercanos a los del año 2019, sin bien todavía con notables diferencias. El número de trabajadores afectados por procedimientos se reduce a 181.139 (137.544 pactados y 17.490 no pactados), con una variación respecto a 2019 de 92.212 (50,90%), correspondiendo a suspensión 135.718 (74,92%), a extinción 36.505 (20,15%) y a reducción 8.916 (4,92%), con una variación sobre 2019 de 80.433 (59,26%), 5.634 (15,43%), 6.145 (68,92%), respectivamente. La industria vuelve a concentrar el mayor número de trabajadores con 122.373 (67,56%), seguida de los servicios 53.497 (29,53%), la construcción 3.321 (1,83%) y el sector agrario 1.948 (1,08), con una variación relacionada con 2019 de 70.198 (57,36%), 19.817 (37,04%), 1078 (32,46), respectivamente. Por sexo el número de varones se cifró en 134.577 (74,29%) y de mujeres en 46.562 (25,71%), con una variación con 2019 de 70.592 8 (52,45%) y 21.620 (46,43%).

5. EVOLUCIÓN A PARTIR DE 2022

En el momento en el que la situación de emergencia sanitaria parecía que continuaba perdiendo intensidad y que la recuperación económica, laboral, social y personal empezaba a consolidarse, con el retorno a un escenario, en cierta medida, similar al previo a la irrupción del COVID-19, y la normativa especial dictada para su contención y superación se aproximaba al fin de la vigencia de sus últimas prórrogas, nuevamente se reforma, en primer lugar, precisamente sobre la base de determinados aspectos de la mencionada normativa especial, la regulación de carácter estructural de la reducción temporal de jornada y la suspensión de contrato, a través del art. 1.6 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 30/12/2021).⁷² Asimismo, se añade por el art. 1.7 de este Real Decreto-Ley el art. 47 bis,⁷³ con objeto de incorporar un nuevo instrumento de reducción temporal de jornada y suspensión de contrato inspirado, igualmente, en presupuestos, sobre todo en la modalidad denominada cíclica, afines a las causas derivadas de fuerza mayor y, consecuentemente, con determinadas reglas, tanto en el procedimiento, como en las acciones sociales asociadas, establecidas específicamente

⁷² Entra en el vigor el 31/12/2021.

⁷³ Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (BOE 12/07/2023). Entra en vigor 13/07/2023.

para los supuestos ocasionados por la propagación del COVID-19. En segundo lugar, la disposición final 8.2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (BOE 01/03/2023)⁷⁴, redacta, una vez más, el apartado 2 del art. 51 del ET vuelve a modificar el apartado 2 del art. 51 del ET, mediante la redacción de su párrafo octavo y, correlativamente, la introducción de un nuevo párrafo noveno, con objeto de detallar el contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, preceptivo en el procedimiento de despido colectivo. Así pues, el informe, que se ha de emitir en el improrrogable plazo de quince días a contar desde la notificación de la empresa a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas, para su incorporación al procedimiento, *“además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial y, constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir.”*

Particularmente, en la renovación del régimen jurídico de la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato y la creación del *“Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo”*, se combinan las reglas dirigidas, por un lado, a dotar de una mayor ductilidad y agilidad la capacidad de reacción de las empresas, en la adopción de medidas ante circunstancias objetivas que puedan requerir un ajuste temporal de plantilla, y, por otro, a proporcionar una mayor y mejor cobertura a los trabajadores afectados por ellas. En cuanto a las primeras reglas (flexibilidad), respecto al régimen jurídico de la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato, el art. 47 del ET contempla conjuntamente las dos actuaciones -como vías de una misma medida, sin remitirse la primera a la segunda, como sucedía anteriormente-, mantiene intacta la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y reproduce las líneas generales del procedimiento para su ejecución, si bien, con la introducción de algunas novedades, precisamente, para acelerar su tramitación, mediante la disminución de la duración máxima del periodo de consultas a siete días en las empresas de menos cincuenta trabajadores,⁷⁵ permaneciendo en quince días en las que la plantilla sea superior a esta cifra. Asimismo, el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, previa a la comunicación empresarial de la apertura de este período, se reduce de siete a cinco días, computados desde la comunicación fehaciente de la empresa a las personas trabajadoras o a sus representantes de la intención de iniciar el procedimiento, y de quince a diez días, si alguno de los centros de trabajos afectados por él no dispone de órganos de representación legal de los trabajadores.⁷⁶ Con este mismo objetivo, prevé que durante el desarrollo de esta medida la empresa podrá comunicar una propuesta para su prorroga a los representantes de los trabajadores con los que haya celebrado el período de consultas, para que sea valorada en un nuevo período de consultas, como máximo, de cinco días, comunicando la empresa, tras su finalización, la su decisión a la autoridad laboral en el plazo (entendemos máximo) de siete días y con efectos desde la fecha en la que termine la medida inicial. Finalmente, establece la posibilidad de que la empresa, durante el período de desarrollo de la medida adoptada, pueda desafectar y afectar a los trabajadores, en atención a las alteraciones que puedan sufrir las causas en la que se base, previa comunicación informativa a los representantes de los trabajadores, a la entidad gestora de las prestaciones sociales, en los plazos establecidos reglamentariamente, y a la TGSS, a través de los procedimientos automatizados establecidos por estas entidades.

Paralelamente, aunque mantiene la remisión al procedimiento establecido en el art. 57.1 del ET para la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato por causa

⁷⁴ Entra en vigor el 02/03/2023.

⁷⁵ Nuevo párrafo segundo del apartado tercero del art. 47 del ET.

⁷⁶ Nuevo párrafo quinto del apartado tercero del art. 47 del ET.

de fuerza mayor temporal, podría decirse “genérica”, adición como particularidades la solicitud por la autoridad laboral a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de un informe preceptivo, en el que ha de constar su pronunciamiento sobre la concurrencia de fuerza mayor, antes de dictar la resolución, la precisión de que los efectos de la medida adoptada se desplegarán desde el hecho causante de la fuerza mayor hasta la fecha indicada en la resolución por la que se autoriza y de que, si esta no se emite en el plazo previsto, se considerará autorizada, así como de que, si se mantiene esta causa tras la finalización del período indicado en la resolución, se requerirá una nueva autorización.⁷⁷ A su vez, añade, con carácter estructural, como fuerza mayor, podría decirse “específica”, motivada “por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública”, prevista coyunturalmente, como se ha señalado, durante la situación de emergencia sanitaria por COVID-19 por el art. 2 del Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, que se regirá por el mismo procedimiento referido a la fuerza mayor “genérica”, con las singularidades que la propia norma establece. Entre ellas, la solicitud del mencionado informe por la autoridad laboral a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no reviste carácter preceptivo y la exigencia de que, en la documentación remitida por la empresa, junto con la solicitud para la autorización de la medida, ha de constar la justificación de los impedimentos o limitaciones de la actividad normalizada de empresa, de modo que la autoridad laboral la estimará si considera que se han justificado.⁷⁸

Adicionalmente, también sobre la base la conexión de las reglas orientadas a la consecución de la flexibilidad y la seguridad, inspiradas en la normativa especial aprobada durante la situación de emergencia sanitaria por COVID-19, se configura por el art. 47 bis del ET el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, como expresa el propio precepto, como un “instrumento de flexibilidad y estabilización”, podría agregarse internas, para que las empresas puedan recurrir, tras su activación por el Consejo de Ministros a propuesta de los titulares de los ministerios competentes e informe previo de la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos, mediante la correspondiente solicitud a la autoridad laboral, a la reducción temporal de jornada y suspensión de contratos, con una duración máxima de un año, si se aprecia, en su modalidad “cíclica”, una coyuntura macroeconómica general que requiera su adopción. Igualmente, en su modalidad “sectorial”, si se considera que en un determinado sector o sectores de actividad concurren “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 ellas”.⁷⁹ En esta última modalidad, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal podrán solicitar a los Ministerios competentes que se convoque la Comisión tripartita del Mecanismo RED, para que, en el plazo de quince días, se reúna con el fin de analizar la concurrencia de los mencionados cambios y, si procede, solicitar su activación al Consejo de Ministro, previa información a las indicadas organizaciones sociales.

⁷⁷ Nuevo apartado quinto del art. 47 del ET.

⁷⁸ Nuevo apartado sexto del art. 47 del ET.

⁷⁹ Modalidad actividad por la 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 01/04/2022). Entra en vigor el 01/04/2022, día siguiente a la finalización de la última prórroga de los procedimientos de regulación de empleo adoptados conforme a la normativa especial vigente durante la situación de emergencia sanitaria por COVID-19.

En cuanto a su procedimiento, en ambas modalidades, se prevé que se inicie con la solicitud de la empresa a la autoridad laboral y simultánea comunicación a la representación de los trabajadores y con los tramites establecidos en el art. 47.5 del ET para la adopción de esta medida por fuerza mayor temporal “genérica”, anteriormente señalados, previo desarrollo de un período de consultas, según las reglas contenidas en el apartado tercero del citado art. 47 del ET, también referidas con anterioridad, con las particularidades de que, en la modalidad sectorial, se ha de acompañar a la solicitud un “*plan de recualificación*” para las personas comprendidas por esta medida, y en las dos modalidades, se ha de remitir por la autoridad laboral la solicitud de la empresa a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que emita preceptivamente informe sobre la existencias de los requisitos correspondientes, en el plazo improrrogable de siete días desde la notificación a partir de aquella solicitud. A continuación, en el plazo, igualmente de siete días naturales, desde la comunicación de la empresa de la conclusión del plazo de consultas, la autoridad laboral debe dictar la resolución, entendiéndose estimada, si transcurre este plazo sin resolución expresa, en los términos legal y reglamentariamente establecidos, y, si se alcanza un acuerdo en el período de consultas, también será estimatoria, así como, si no se alcanza, si de la documentación aportada se deduce por la autoridad laboral que concurre la situación cíclica o sectorial prevista legalmente.

Del mismo modo que en la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la empresa podrá comunicar a la representación de los trabajadores con la que haya celebrado el período de consultas una propuesta de prórroga de la medida, en los términos antes señalados. Además, se prevé la colaboración entre el SEPE y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para controlar la aplicación del Mecanismo RED, “*mediante la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada*”, teniendo esta institución, para poder cumplir más eficientemente esta finalidad, acceso a los datos incorporados a los correspondientes medios automatizados sobre su desarrollo, especialidades en la cotización y gestión de prestaciones, que, a su vez, podrán ser atendidas financieramente por el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilidad en el Empleo, incluidos los costes de formación, en los términos expresados en su normativa de desarrollo, y que se nutrirá de los excedentes de los ingresos por financiación de la prestaciones por desempleo, consignación en los Presupuestos Generales del Estado, aportaciones de la UE sobre esta materia y sus propios rendimientos

En el ámbito de las segundas reglas (seguridad), se encuadra, en el supuesto de que se declare judicialmente injustificada la medida efectuada por la empresa, la obligación de ingresar las diferencias de cotización a la Seguridad Social, para no menoscabar la protección de los trabajadores que se podría dispensar ante futuras contingencias y, al mismo tiempo, preservar, sus recursos económicos,⁸⁰ aunque consideramos que también procedería esta obligación con anterioridad a su inclusión en este precepto, de conformidad con las reglas generales de Seguridad Social sobre cotización y recaudación. Asimismo, además de las actuaciones dispuestas en la regulación anterior, para reforzar las dosis de seguridad de los trabajadores incluidos en esta media, se incluye, también respecto a los procedimientos por fuerza mayor,⁸¹ la obligación de la empresa de señalar en la notificación de la decisión adoptada, tras la finalización del período de consultas, a los trabajadores y a la autoridad laboral, la acotación temporal en la que se aplicará la reducción temporal de jornada y la suspensión de contrato,⁸² así como de trasladar, junto con la solicitud, la comunicación y la notificación previstas en el procedimiento

⁸⁰ Nuevo párrafo último del apartado tercero del art. 47 del ET.

⁸¹ Nuevo apartado séptimo del art. 47 del ET.

⁸² Nuevo párrafo decimoprimer del apartado tercero del art. 47 del ET.

para la realización de esta medida, a través de los procedimientos automatizados que se establezca, el periodo en el que se va a desarrollar, la identificación de la trabajadores incluidos, el tipo de medida aplicable a cada uno de ellos, el porcentaje máximo de reducción de jornada y el número máximo de días de suspensión de contrato.⁸³

Igualmente, con el fin de afianzar la seguridad de los trabajadores afectados por esta medida, a través del mantenimiento de su empleo, al menos durante los seis meses siguientes a su finalización, se condiciona a esta garantía el acceso voluntario por parte de la empresa a las exenciones de las cuotas de cotización empresarial y por conceptos de recaudación conjunta establecidos legalmente, según las causas motivadoras de la medida adoptada. Concretamente, el veinte por ciento, en el supuesto de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, exclusivamente, si la empresa desarrolla las acciones formativas referidas en la disposición adicional vigesimoquinta del ET que posteriormente se señalan; el noventa por ciento por fuerza mayor “genérica” y “específica”; el sesenta, treinta y veinte por ciento durante los primeros, segundos y terceros periodos de cuatro meses desde la activación del Mecanismo RED, en su modalidad cíclica y, el cuarenta por ciento, en su modalidad sectorial, en las dos modalidades, exclusivamente, también, si la empresa desarrolla las acciones formativas mencionadas, considerándose para los trabajadores efectivamente cotizado durante el periodo de aplicación. La voluntariedad de acogimiento a estas exenciones se exterioriza mediante la solicitud, a través del Sistema RED, de la empresa a la TGSS, previa comunicación en la que se identifiquen los trabajadores, el período de reducción temporal de jornada o suspensión de contrato y presentación de declaración responsable por cada código de cuenta de cotización y mes de devengo, sobre la existencia y vigencia del procedimiento, cumplimiento de los requisitos para la exención y contar con la resolución de la autoridad laboral expresa o por silencio administrativo. Asimismo, en los supuestos que están vinculadas al desarrollo de las citadas acciones de formación, igualmente, declaración responsable del compromiso de su realización, sin que sean de aplicación las limitaciones recogidas en los apartados primero y tercero del art. 20 de la LGSS para las empresas relativas a estar al corriente en el abono de cuotas y otros recursos de la Seguridad Social e ingreso en plazo, respectivamente. Así pues, si se incumple estas obligaciones por la empresa, se impone la obligación de reintegrar las cuotas exentas, incrementadas con los recargos e intereses que correspondan, según la normativa específica de Seguridad Social, previa comprobación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y determinación de su importe. A estos efectos, la TGSS remitirá al SEPE la relación de trabajadores incluidos en las exenciones para que verifique el cumplimiento de las acciones de formación. No obstante, no considera incumplida si la relación de trabajo se extingue por, podría decirse, causa no imputable a la voluntad de la empresa, como despido disciplinario declarado precedente, dimisión, fallecimiento, jubilación, incapacidad permanente, salvo en el grado de parcial, del trabajador, por fin de llamamiento debido a interrupción, si está vinculado por un contrato fijo discontinuo, y por finalización de la causa del contrato temporal o si no puede realizarse la actividad para la que se formalizó el contrato de forma inmediata.⁸⁴

Del mismo modo, para mejorar la formación, capacitación, recualificación y, con ello, ampliar la empleabilidad de los trabajadores comprendidos por esta medida, se incentiva

⁸³ Nueva letra b) del apartado séptimo del art. 47 del ET.

⁸⁴ Nueva letra e) segundo del apartado séptimo del art. 47 del ET, en conexión con la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS (disposición introducida por el art. 3.8 del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, en la redacción efectuada por la disposición final 4.13 del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas- BOE 11/01/2023-, vigente desde 01/09/2023).

a la empresa con un incremento de crédito de financiación de acciones de formación programada, prevista en el 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito de la empresa (BOE 10/09/2015),⁸⁵ si realiza acciones de formación en favor de estos trabajadores. Con este objetivo, según la disposición adicional vigesimoquinta del ET, se priorizan las acciones relativas a los requerimientos de su actividad productiva, incluidas las competencias digitales, y las que permitan específicamente proporcionar recualificación, aunque no esté en relación directa con la mencionada actividad, a través de cualquiera de los tipos de formación establecidos en la mencionada Ley y en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (BOE 01/04/2022),⁸⁶ y desarrolladas durante el tiempo que extienda la medida de flexibilidad interna, con observancia de los tiempos de descanso legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.⁸⁷

Finalmente, en el ámbito de la seguridad, con relación a la reducción temporal de jornada y suspensión de contrato por fuerza mayor, tanto “genérica” como “específica”, una de las reglas que, en nuestra opinión, puede resultar más efectiva, se centra en las especialidades sobre el reconocimiento, cálculo y dispensación del prestación de desempleo que pueden causar los trabajadores afectados, recogidas en la disposición adicional cuadragésima sexta de la LGSS, previamente, introducida, con carácter coyuntural, durante la situación de emergencia sanitaria por COVID-19. Como en aquel momento, se dispone que podrán acceder las personas trabajadoras comprendidas por esta medida a la prestación contributiva de desempleo, aunque en el momento del hecho no acrediten el período mínimo de cotización exigido de trescientos sesenta días en los últimos seis años, que su importe se mantendrá en el setenta por ciento de la base reguladora, sin que se reduzca al sesenta por ciento, si superan ciento ochenta días desde su reconocimiento, como sucede, con carácter general, si bien con la limitación de las cuantías máximas y mínimas fijadas en el art. 270.3 de la LGSS y, que no se consideran consumidas, a ningún efecto, las cotizaciones realizadas con anterioridad, para abrir la prestación, como del mismo modo ocurre generalmente.

No obstante, el descenso experimentado en 2021 con relación a 2020 por la pérdida de intensidad de la situación sanitaria por COVID-19, en el año 2022 vuelve a registrarse un incremento respecto al año anterior. El número de trabajadores afectados por procedimientos de regulación de empleo se eleva a 294.702 (pactados 200.246 -67,95%- y no pactados 26.7787 -9,09%-), nuevamente superando notablemente el número comprendido por suspensión 236.314 (80,19%), a reducción 34.173 (11,60%) y a extinción 24.215 (8,22%) y registrando una variación anual de 100.596 (74,1%), 25.257 (28,3%) y, de forma negativa, -12.290 (-33,7%), respectivamente. El sector de la industria acoge el mayor número con 193.432 (65,64%), a continuación, el de los servicios 95.696 (32,47%), el de la construcción 4.193 (1,42%) y, finalmente, el sector agrario con 1.381 (0,47%), mostrando una variación anual de 71.059 (58,1%), 42.199 (78,9%), 872 (26,3%) y, en negativo, -567 (-29,1%), respectivamente. La diferencia por sexo se reduce con un número de varones de 210.305 (71,36%) y de mujeres de 84.397 (28,64%), con una variación respecto a 2021 de 75.728 (56,3%) y 37.835 (81,3%), respectivamente.

Al año siguiente, 2023, en el que se considerada superada la situación de emergencia sanitaria, se retoma la aminoración de todos los valores de forma muy significativa. El

⁸⁵ Entra en vigor el 11/09/2015.

⁸⁶ Entra en vigor el 01/04/2022. Deroga la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, a la que se refiere a la disposición adicional vigesimoquinta del ET, a la que se remite, a su vez, el art. 47.7 d) párrafo segundo de este mismo texto legal

⁸⁷ Nuevo párrafo segundo de letra d) del apartado séptimo del ET.

número de trabajadores afectados por procedimientos de reduce a 100.522 (pactados 88.124 -87,67%- y no pactados 12.398 -12,33%), con una variación anual de -194.180 (-65,9%), correspondiendo, una vez más, el mayor número a suspensión 62.298 (61,97%), seguido de extinción 24.572 (24,44%), y de reducción 13.652 (13,58%), con una variación respecto al ejercicio anterior de -174.016 (-73,6%), de forma positiva, 357 (1,5%), y -20,521 (-60,1%), respectivamente. La industria nuevamente registra el número más elevado con 50.070 (49,81%), a continuación, los servicios 41.134 (40,92%), la construcción 7.655 (7,62%) y el sector agrario 1.663 (1,65%). Por sexo aumentan ligeramente los varones 73.006 (72,63%) respecto a las mujeres 27.516 (27,37%), con una variación negativa de -137.299 (-65,3%) y -56.881 (-67,4%), respectivamente.

ESTADÍSTICA REGULACIÓN DE EMPLEO	Año 2022	%	Variación año anterior		Año 2023	%	Variación año anterior	
			Abs.	%			Abs.	%
EMPRESAS TRABAJADORES	6.175		2.379	62,7	5.675		-500	-8,1
Pactados	294.702		113.563	62,7	100.522		-194.180	-65,9
No pactados	200.246	67,95	62.702	45,6	88.124	87,67	-112.122	-56,0
No consta	26.787	9,09	9.297	53,2	12.398	12,33	-14.389	-53,7
Varones	67.669	22,96	41.564	159,2			-67.669	-100,0
Mujeres	210.305	71,36	75.728	56,3	73.006	72,63	-137.299	-65,3
Extinción	84.397	28,64	37.835	81,3	27.516	27,37	-56.881	-67,4
Suspensión	24.215	8,22	-12.290	-33,7	24.572	24,44	357	1,5
Reducción	236.314	80,19	100.596	74,1	62.298	61,97	-174.016	-73,6
Agrario	34.173	11,60	25.257	283,3	13.652	13,58	-20.521	-60,1
Industria	1.381	0,47	-567	-29,1	1.663	1,65	282	20,4
Construcción	193.432	65,64	71.059	58,1	50.070	49,81	-143.362	-74,1
Servicios	4.193	1,42	872	26,3	7.655	7,62	3.462	82,6
Construcción	95.696	32,47	42.199	78,9	41.134	40,92	-54.562	-57,0
Servicios	71.019	23,46	-20.965	-22,8	105.961	30,84	34.942	49,2

Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadísticas. Regulación de Empleo. Datos anuales. Acceso: Estadística de Regulación de Empleo. Ministerio de Trabajo y Economía Social (mites.gob.es). Elaboración propia: porcentajes anuales de cada grupo y subgrupo y variaciones año anterior absolutas y porcentuales.

6. CONCLUSIONES

1. La configuración legal de la regulación de los procedimientos de regulación de empleo temporal y definitivo hasta el momento se ha realizado paulatinamente, podría decirse por acumulación, mediante la incorporación de sus reglas por sucesivas disposiciones, en buena medida impulsadas por situaciones tan extraordinaria como la crisis financiera de 2008 y excepcional como la situación de emergencia sanitaria por COVID-19.
2. Estas situaciones extraordinarias y excepcionales han influido considerablemente en que su configuración responda de forma significativa a la idea de la flexiseguridad, más aún el período reciente, coincidente con la irrupción y propagación del virus que paralizó casi en su totalidad, entre otras, la esfera económica, laboral, social y personal, en la mayoría de los países, en un momento que, como ha señalado la doctrina, sin renunciar a sus orientaciones, se podría entender completado su ciclo. En este sentido, asentadas en la flexibilidad se contemplan medidas para facilitar

que las empresas en períodos de dificultad por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y de fuerza mayor, así como ante un situación macroeconómica general o en un determinado sector o sectores de actividad de cambios permanentes requieran procesos de recualificación o transformación profesional, no acudan directamente a opciones más drásticas y terminales, como la extinción de la relación laboral, sino temporales que preserven el empleo, aun con reducción de derechos, mediante la suspensión del contrato o la reducción temporal de jornada, priorizándose legalmente esta sobre aquella. Precisamente, para compensar la reducción de derechos, sobre la base la seguridad se recoge, de un lado, aspectos de carácter procedimental que permiten constatar las causas motivadoras, valorar las actuaciones que mejor pueda contribuir a superarlas y, si es posible, alcanzar un acuerdo, así como de carácter procesal para poder impugnar la decisión empresarial por parte de los trabajadores, sus representantes y la autoridad laboral, si consideran que no es conforme a derecho. Igualmente, se recogen acciones de protección social, tanto para mantener e incrementar la formación de los trabajadores, como para acceder a prestaciones de Seguridad Social, especialmente, por desempleo y, más aún con las especialidades introducidas por la normativa excepcional durante la situación de emergencia sanitaria y que, actualmente, se mantienen para supuestos específicos.

3. La relevancia de las acciones de protección social asociadas a esta medidas no solo se puede apreciar en el plano teórico, sino también en el aplicativo, a través de los datos estadísticos que muestran que en los puntos más severos de situaciones de crisis, en los que regían esas especialidades, se ha recurrido a procedimientos de regulación de empleo temporal en un porcentaje, en el año 2012 del 82,85%, que supera a los procedimientos de regulación de empleo definitivo, así como en el año 2020, incrementándose aquellos (temporal), lógicamente, por la concurrencia de unas circunstancias tan excepcionales, en el 1.638,3% respecto el año anterior y disminuyendo los definitivos en el -71,5%. Incluso, en el último ejercicio, año 2023, en el que parece retorna un estado similar al existente con anterioridad al desencadenamiento de esas circunstancias, los procedimientos de regulación de empleo temporal continúan representando tres cuartas partes del total, 75,55%.
4. Igualmente, la importancia de las acciones protección social asociadas al procedimiento de regulación definitivo, incrementadas con las reformas operadas 2012, si bien se centran directamente en aumentar la empleabilidad de los trabajadores despedidos en un número significativo (50 trabajadores) y en preservar los recursos económicos de la Seguridad Social, al tener que realizar la empresa una aportación económica al Tesoro Público por los trabajadores de más de 50 años despedidos colectivamente, junto con la obligación de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social en favor de los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años afectados por el procedimiento, también constituyen indirectamente una mayor garantía para los trabajadores, al conllevar un mayor coste para la empresas. Nuevamente, de los resultados estadísticos puede deducirse, en alguna medida, la incidencia de estas acciones en el porcentaje de las extinciones por este procedimiento, que, en comparación con el total producidas a través de los diferentes instrumentos, representa un porcentaje sostenido desde 2015, entre el 5 y el 8 por ciento y que solamente ha rebasado el 10 por ciento, en dos años de excepcionalidad, 2020 (10,50%) y 2021 (16,83%), volviendo de nuevo al 8,51%, en el año 2022.

5. Probablemente, la evaluación de la configuración legal del procedimiento de regulación de empleo temporal y definitivo continúe inspirándose en el esquema de la flexiseguridad, sobre todo, en esta última vertiente, la seguridad, entre otras acciones, mediante un refuerzo de las prestaciones de desempleos derivadas de la suspensión de contrato y reducción temporal de jornada, en términos similares a los establecidos coyunturalmente durante la situación de emergencia sanitaria. En estos términos, permanecen, actualmente y con carácter estructural, para los supuestos de fuerza mayor “genérica” y “específica”, mediante su extensión a los motivados por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y por el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo, a fin de potenciar y privilegiar las medidas de flexibilidad interna antes que las de flexibilidad externa.

**PONENCIA GENERAL SEGUNDA:
POLÍTICAS DE RECOLOCACIÓN Y DESPIDOS POR
CAUSA DE EMPRESA**

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.*

Universidad de Jaén

mvgamez@ujaen.es

Código ORCID: orcid.org/0000-0002-9522-1468

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONCEPTO DE RECOLOCACIÓN, UN PROCESO SIN GARANTÍAS DE RESULTADO
3. LA RECOLOCACIÓN COMO POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO
4. LA RECOLOCACIÓN INTERNA MÁS ALLÁ DE LAS FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPRESARIO
5. A MODO DE CONCLUSIÓN

RESUMEN

La actividad de recolocación ha sido, desde sus orígenes, un servicio prestado a las personas pertenecientes al círculo directivo de las empresas que por razones de su cualificación podían moverse a otras organizaciones productivas, en cuanto a su dimensión individual y en el ámbito colectivo, asociada a los despidos en el marco del artículo 51. ET. Esta actividad se ha ido desarrollando sin una adecuada conexión con las políticas de empleo y un poco al albur del ejercicio de voluntariedad del empresariado en las acciones vinculadas a la elaboración de los planes sociales. Abordamos la recolocación desde diferentes aspectos, desde su aplicación a los despidos por causa de empresa, más allá de las cifras de afectados hasta la necesaria integración de sinergias entre el sector público y privado, analizando las consecuencias en los costes públicos y privados y poniendo a la persona en el centro de la política para disminuir las consecuencias y los tiempos de los procesos de transición de empleo.

ABSTRACT

The outplacement activity has been, since its origins, a service provided to people belonging to the management circle of companies who, for reasons of their qualifications, could move to other productive organizations, in terms of their individual dimension and in the collective sphere, associated to dismissals within the framework of article 51. ET. This activity has been developed without an adequate connection with employment policies and somewhat at the mercy of the business community's exercise of voluntariness in actions linked to the development of social plans. We approach outplacement from different aspects, from its application to dismissals for company reasons, beyond the numbers of people affected to the necessary integration of synergies between the public and private sectors, analyzing the consequences on public and private costs and putting the person at the center of the policy to reduce the consequences and times of employment transition processes.

1. INTRODUCCIÓN

Antes de que la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo recogiera la recolocación como parte integrante del catálogo de servicios que se hace necesario garantizar a las personas demandantes de empleo, el concepto ya contaba con una trayectoria normativa, si bien, la tan evidenciada, preámbulo tras preámbulo, ineficacia de los servicios públicos de empleo, la ha dejado – casi – siempre al margen del resto de actividades sobre las que incidir para la inserción laboral de las personas trabajadoras. Si reflexionamos sobre el porqué de este “olvido” de la actividad de recolocación, deberíamos plantearnos su vinculación a la situación de despido colectivo, las circunstancias en el que este se produce y las características de las personas afectadas, sobre todo por la cuestionable empleabilidad que se les ha supuesto y que ha derivado en una desatención siempre que no pertenecieran a un colectivo que se situara en las categorías de trabajadores de más cualificación y, por tanto, más empleables. Y cuando hablamos de esta empleabilidad, las entidades que se han dedicado a ella han procurado incidir en los perfiles más rentables, económicamente también.

Pero no solamente podemos hablar de procesos de recolocación en el ámbito de los despidos colectivos. Existen otras circunstancias que son proclives a la introducción de

acciones de recolocación, en las que esta actividad se muestra más intensamente como una política de empleo. Hablamos, por ejemplo, de despidos por ineptitud de la persona trabajadora¹ y, por qué no, de despidos individuales.

Esto entronca directamente con la calidad de las políticas activas de empleo, pero también por los sistemas de colaboración público-privada para la implementación de las mismas, la implicación de los agentes sociales y, como no, la voluntad de la empresa de cumplir con el plan social obligatorio en el caso de los despidos colectivos. Porque la voluntad de la empresa para la puesta en marcha de mecanismos para la recolocación de las personas afectadas está muy vinculada, a mi juicio, a los procesos de vigilancia y control de las medidas que se contienen en estos planes, cuestión que no ha sido preferente para las distintas administraciones responsables de la aplicación de las políticas de empleo.

Y ese tránsito de la actividad por los márgenes de la Ley, sin un control sobre la transparencia, información y otras exigencias acerca de las condiciones en las que esta actividad ha de desarrollarse², pero también de atención a los colectivos más inempleables, no ha favorecido su reconocimiento. Y ello a pesar de su introducción en la actividad de intermediación propia de los servicios públicos de empleo a partir de la reforma de 2010.

La regulación legal y reglamentaria anterior a la reforma de 2012, relativa a los expedientes de regulación de empleo era promocional del acuerdo con los representantes de los trabajadores, de acuerdo con la normativa comunitaria y se dirige hacia el pacto de medidas sociales que se consensua en favor de las personas trabajadoras. En estos acuerdos se hacía necesaria la intervención sindical en el marco de una regulación que exigía un plan social para las empresas que superaran los 50 trabajadores. Si atendemos a su configuración legal, la utilidad del plan social no era solo el ajuste de la plantilla sino convertirse en un instrumento que favoreciera el empleo³.

Pero si reconocemos la recolocación como un concepto que va más allá de una consecuencia necesaria en el ámbito de los despidos colectivos y, por tanto, como una verdadera política de empleo, son muchas las derivadas sobre las que se hace necesario reflexionar. Apuntamos algunas sobre las que volveremos en el contenido de este trabajo, entre ellas, la necesidad de la colaboración público-privada fundamentada en la estructura y gestión de nuestros servicios públicos de empleo (SPE), o la introducción del concepto de empleabilidad en la recolocación como política de resultado, o la recolocación como un derecho subjetivo... En definitiva, la recolocación más allá del despido colectivo y más como parte de las relaciones laborales y como estrategia de recursos humanos inserta en las políticas de empleo, incluida la necesidad de su evaluación.

Sobre estas cuestiones versaremos nuestra intervención intentando, si no profundizar en cada uno de los aspectos por limitaciones de espacio, sí apuntar las claves para la reflexión, no solo oportuna, sino necesaria.

¹ Pastor Martínez, A. "La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida". Documentación Laboral núm. 112. 2017, pp. 67-86

² Cabeza Pereiro, J. "Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados". BOE Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2024, p. 14

³ Sáez Lara, C. "Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos". Tirant lo Blanch. 2015, p.42

2. EL CONCEPTO DE RECOLOCACIÓN, UN PROCESO SIN GARANTÍAS DE RESULTADO

Podemos definir la recolocación, en un sentido amplio, como un conjunto de servicios de provisión privada, pero de necesaria colaboración con los servicios públicos destinada al incremento de la empleabilidad de las personas trabajadoras que se han visto expulsadas del mercado de trabajo por razones específicamente vinculadas a los procesos empresariales, o por otras razones, pero en los que no influye, a priori, la condición ni la actitud del trabajador en el desarrollo de su actividad laboral en la empresa. El fin último y primero, es procurar un puesto de trabajo nuevo a la persona afectada, en el menor tiempo posible. El contenido son acciones de asesoramiento y acompañamiento en la búsqueda de un nuevo empleo pero que, en sí mismas, no garantizan un resultado⁴.

Los orígenes de la actividad se remontan a la década de los cuarenta del siglo pasado en algunas empresas de EEUU, como estrategias de apoyo, ayuda y orientación para facilitar la búsqueda de un nuevo empleo y que fue desarrollada por los psicólogos industriales norteamericanos⁵. Incluso se ha relacionado con los procesos que se ponían en marcha para facilitar el retorno al mercado de los trabajadores que volvían de la guerra y que, por sus especiales circunstancias, se encontraban con más dificultades para retornar a la actividad laboral.

2.1. El impreciso marco normativo de la actividad de recolocación

Esta autora no se cuestiona que la actividad de recolocación forme parte de las actividades de intermediación, tal y como se recoge en el Convenio 181 de la OIT, de 1997, sobre las agencias privadas de empleo, y que se asignan a estas. En este sentido, la actividad de recolocación se integra fácilmente en las letras a) y c) del artículo 1.1 del Convenio, cuyo tenor literal expresa: “A efectos del presente convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independientemente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: (a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privadas pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse; (...) (c) otros servicios relacionados en la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”.

La vinculación de la actividad de recolocación a los despidos en nuestro ordenamiento ex. artículo 51 ET, podemos encontrarla en la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, puesto que, pese a que no regula la recolocación, su artículo 2.2 incluye la posibilidad de atenuar las consecuencias de los despidos, mediante la negociación en la fase de consultas, habilitando, en el artículo 4.2 a la autoridad pública a la búsqueda de soluciones a los problemas que estas salidas del mercado plantean a las personas trabajadoras. Algo más explícita es la vigente Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio de 1998, cuyo artículo 2 recoge que suavizar las consecuencias ha de producirse “mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”, siendo una

⁴ Richter, M., König, C.J. y Etzi, D. “Outplacement counsellors: examining their work values, personality traits, and career success”. *The European Journal of Counselling Psychology*, vol, 9 (I). 2020, p. 17

⁵ Sáez Lara, C. “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”. *Temas Laborales*. Nº 107. 2010, p.

de estas medidas la recolocación externa como vía de readaptación o reconversión de la persona trabajadora⁶.

En ello incide igualmente, la doctrina del TJUE que entiende que el papel de la autoridad laboral debe enfocarse en “explorar, a partir de toda la información que le transmita el empresario, las posibilidades de limitar las consecuencias negativas de los despidos mediante medidas adaptadas a las condiciones que definan el mercado de trabajo y la actividad económica en la que se produzcan los despidos colectivos”⁷.

Es evidente que la UE no exige la garantía de recolocación, aunque introduce una posibilidad de amortiguar las consecuencias del despido, como hemos visto y la referencia a la readaptación o reconversión se dirige más hacia la recolocación externa que a las medidas preventivas. La Directiva comunitaria 98/59, por tanto, se centra únicamente en la garantía efectiva de un doble procedimiento de control de la regulación de empleo, cuando las empresas atraviesan dificultades económicas y organizativo-productivas, por tanto, en una típica garantía de derecho reflexivo o de garantía del procedimiento, sin entrar en consideración de un concepto preciso de despido colectivo ni en sus causas, optando por la técnica legislativa de cláusulas genéricas⁸. Así, se entiende por despidos colectivos los efectuados por una decisión de empresa basada en uno o varios “motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, bastando con los requisitos de índole cuantitativa/temporal⁹.

La consideración de las actividades de recolocación y, en general, intermediación laboral, como servicios, no está en cuestión. La aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior, que encuentra su base en el actual art. 56 del TFUE, ha supuesto un cambio decisivo en la configuración de esa gran libertad de la UE. La remoción de las barreras a la libre prestación de servicios constituye un objetivo fundamental de dicha Directiva, que no se aplica a los servicios que prestan las empresas de trabajo temporal, pero sí a las empresas de intermediación, que no se excluyen expresamente.

Desde un punto de vista normativo, se ha recomendado una perspectiva promocional de la actividad de recolocación. La gestión anticipada de las reestructuraciones empresariales, así como una perspectiva más dinámica del mercado de trabajo, con frecuentes transiciones entre unos empleos y otros, producen una mayor necesidad de estos servicios de intermediación¹⁰.

En lo que a nuestro país se refiere, un breve recordatorio de que, hasta la reforma de 2010, solo contábamos con la regulación contenida en la reforma del artículo 51.4, establecida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que introdujo la exigencia de puesta en marcha de medidas para atenuar las consecuencias de los despidos a través de un plan social en el caso de empresas de más de 50 trabajadores. Esto supuso que los planes de recolocación comenzaran a pactarse en los acuerdos en fase de consultas. En el desarrollo de ese precepto, el artículo 6 del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo o de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, esto es, el RD 43/1996, de 19 de enero, el plan de acompañamiento social debía incluir medidas de

⁶ Cabeza Pereiro, J. “Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados”. BOE. 2024, p. 89

⁷ Asunto C-134/22, MO, sentencia de 13 de julio de 2023

⁸ Molina Navarrete, C. “La jubilación de la persona empleadora y la regulación colectiva del empleo (ERE): ¿es ya insoslayable una reforma del despido colectivo? Diario LA LEY, nº 10556, Sección Tribuna, 29 de julio de 2024, p. 9

⁹ STSJCE de 12 de octubre de 2004, Comisión/Portugal, C-55/02, apartado 43

¹⁰ Saez Lara, C. Op. Cit p. 361

recolocación interna, bien en la empresa, bien en el grupo de empresas, pero no incluía la recolocación externa¹¹.

La reforma de 2010 dota a la recolocación de un régimen más o menos equiparable al de otros países europeos a través del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, que modifica el artículo 20 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, al incluir en la actividad de intermediación “la actividad destinadas a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación”. Una clara remisión, por tanto, al artículo 51 ET y sus disposiciones de desarrollo, de manera que circunscribía la recolocación al ámbito de las reestructuraciones empresariales.

A mi juicio, la reforma de 2012 no debe evaluarse solo por la ampliación de la afeción de la actividad de recolocación, sino también por la inclusión de esta actividad en el concepto de empleabilidad de la persona trabajadora. La redacción del artículo 51.2 del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, insistía en que la fase de consultas debía versar sobre las posibilidades de atenuar las consecuencias del despido a través de medidas sociales de acompañamiento tales como las de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. Relaciona o incluye, de esta manera, la recolocación en las políticas activas de empleo.

La consolidación de la recolocación como parte de las políticas de empleo llega con la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo a través de los siguientes contenidos: art. 3.e) confirma la recolocación como parte de la intermediación; el art. 40.3 establece el concepto de recolocación, en el sentido de que considerará colocación especializada la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos. El 41.1.b) hace referencia a las agencias de (re)colocación; el art. 44 establece la actividad de recolocación de las personas trabajadoras; dentro del catálogo de servicios garantizados a las personas demandantes de empleo del artículo 56.1, el apartado f) contiene el siguiente tenor “intermediación laboral eficiente que facilite ofertas de empleo adecuadas, en particular en el caso de personas desempleadas inmersas en procesos de recolocación”.

Mención especial merece el artículo 41.1.h) “solo podrán establecerse condiciones previas de empadronamiento, residencia o vecindad civil en el ámbito de los programas de apoyo al empleo local, así como preferencias de acceso a las acciones de fijación de población en entornos o de recolocación de personas que hayan perdido sus empleos”. Y ello porque la vinculación de la recolocación a las PAE se hace más que evidente en las referencias a la importancia del territorio y por tanto de las políticas territoriales de empleo, a través del apoyo al empleo local. Esto sitúa a los procesos de recolocación dentro de la oferta que realizan las instituciones locales que desarrollan políticas de empleo.

2.2. La recolocación como concepto y como concepción de un derecho subjetivo

Recolocación y outplacement suelen ser términos que se consideran, incluso se utilizan como sinónimos, y aunque con carácter general así pueda ser, si nos adentramos en las características y la funcionalidad de cada uno de los conceptos, las diferencias pueden ser

¹¹ Navarro Nieto, F. “Medidas sociales de acompañamiento...” op.cit. p. 269

más evidentes. En su propia denominación el outplacement puede ser un término contrario al de recolocación, por el origen, esto es, porque se asocia al tránsito entre un empleo y otro, mientras que la recolocación se vincula al hecho de la extinción propiamente dicha de una relación laboral con un origen determinado que tradicionalmente se asocia a las medidas de acompañamiento en el proceso de los despidos colectivos en los procesos de reestructuración empresarial¹².

Si tenemos en cuenta la idea de transición, desde el punto de vista teórico, este concepto está inserto en los procesos de outplacement donde el objetivo es situar a la persona en una ocupación que se corresponda con su trayectoria profesional y con sus capacidades y aptitudes y, por tanto, vinculados a una adaptación a la demanda del mercado de trabajo¹³. Pero también, un concepto más cercano a la consideración de la cualificación de las personas trabajadoras de manera que la recolocación se asocia a personas trabajadoras con escasa cualificación y por tanto, más susceptibles de ser prescindibles por la empresa que se encuentra en dificultades, mientras que a las personas que se someten a procesos de outplacement se les considera una mayor cualificación y, derivada de esta, un trato preferente o diferenciado en los procesos de transición entre empleos.

Las indicaciones legales acerca del contenido del proceso de recolocación establecen unas reglas muy genéricas para el precepto, aunque suficientes para dotarlas de singularidad característica. Si hacemos referencia a la duración de la actividad, establecida en un mínimo de seis meses, parece que su exigencia está fuera de duda y, a mi juicio, sin excepciones, aunque haya incertidumbre¹⁴ acerca de si sería más recomendable la exigencia de horas de actividad como ocurre en la aplicación de otras PAE – caso de los procesos de orientación laboral -. Entiendo que una exigencia mínima de duración no es incompatible con el establecimiento de horas de atención porque aquella puede incluir acciones de seguimiento si el objetivo de recolocación se alcanza antes de que finalice el plazo de aplicación de la medida.

Hablar de recolocación en muchos casos supone la inferencia hacia la recolocación externa sin tener en cuenta los procesos de mantenimiento del empleo que supone acudir a la recolocación interna, en el seno de la empresa o del grupo empresarial. En esta opción de la recolocación como conservadora del empleo, incluso en el ámbito de un despido por la vía del artículo 51 ET, podemos hacer referencia a ERE planteado por el grupo multinacional Ford, que había comprometido la recolocación interna de quienes saliesen de la factoría de Almussafes¹⁵, o el ERE del Banco de Santander que el que se comprometió la recolocación externa a través de programas puestos en marcha mediante la contratación de una empresa especializada en recolocación del grupo Adecco¹⁶.

El TJUE siempre ha sido consciente de una deficiencia técnica de la Directiva, esto es, no es la causa, sino el número de personas afectadas durante un determinado tiempo lo relevante para el derecho de la UE, en la aplicación y concepción del derecho de recolocación. Un enfoque muy diferente al de la mayoría de los estados miembros que han preferido seguir poniendo el acento en el criterio causal en los procedimientos de

¹² Navarro Nieto, F. "Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo", VV.AA. Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTES. 2021, pp. 247 y ss.

¹³ Arias Domínguez, A. "El outplacement como método de lucha contra un desempleo muy cualificado". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Vol. XXIII. 2005, p. 266

¹⁴ Cabeza Pereiro, J. "Recolocación y colocación..." op.cit. p. 96

¹⁵ *Vid.* «Acuerdo final para el ERE de Ford Almussafes: saldrán 626 empleados de sus 4.800 trabajadores». <https://www.eleconomista.es/motor/noticias/12894023/07/24/acuerdo-final-para-el-ere-de-ford-almussafes-saldran-626-empleados-de-sus-4800-trabajadores.html>

¹⁶ <https://www.eleconomista.es/banca-finanzas/noticias/9895552/05/19/Santander-se-compromete-a-recolocar-a-todos-los-afectados-del-ERE-que-quieran.html>

despido colectivo, aunque el TJUE haya sido consciente de esta deficiencia. Por eso, según reiterada jurisprudencia y atendiendo al criterio de la Directiva, el concepto debe interpretarse en el sentido que engloba “cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento”¹⁷. Esta cuestión es interesante tenerla en cuenta a efectos de los procedimientos de mantenimiento del empleo que analizamos con este estudio sobre la recolocación. Y es ahí donde reside la subjetividad del concepto/derecho.

De nuestras reflexiones previas puede inferirse que la naturaleza de la recolocación ha de situarse en el ámbito de servicio individualizado – derecho subjetivo –, porque así lo establece el precepto legal, aunque sea realmente esquemático y no desarrolle todas las actividades que el concepto contiene. Pero la consideración de “atención personalizada al trabajador afectado”, es suficientemente esclarecedora de la subjetividad que conlleva su efectividad y parece huir de las fórmulas menos exigentes de recolocación colectiva que, además, no cumplirían con el precepto de atención individualizada. Esto tendría, además, un beneficio para las personas con menor cualificación, afectadas por el despido y que tradicionalmente son objeto de menor atención o de medidas más genéricas que las que se aplican a las personas trabajadoras más cualificadas. Este sesgo que ha permanecido en la aplicación de las medidas de recolocación – para las menos cualificadas – y outplacement – para las más cualificadas, puede suponer un elemento diferencial en sus carreras profesionales.

3. LA RECOLOCACIÓN COMO POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO

Los procesos de recolocación vinculados a los despidos colectivos una vez abierta la posibilidad, por la reforma, de que se desarrolle en situaciones no extintivas, como en caso de suspensión del contrato o reducción de jornada, especialmente de ERTE-RED e incluidos en las políticas de empleo, han de formar parte de la estrategia de las PAE, sobre todo teniendo en cuenta que su incidencia es mayor en los ciclos económicos recesivos. Esta inclusión al igual que otras actividades accesorias que se integran, como ciertos servicios de apoyo que permiten que quienes sean demandantes de empleo puedan seguir adecuadamente las iniciativas de selección, colocación y recolocación en las que se involucren.

Cabe preguntarse, por tanto, cual debe de ser el papel de la norma jurídica en la cuestión de la recolocación. Porque entendemos que habría que promover el concepto de medidas de ayuda a la transición como modelo de política de empleo. Desde el punto de vista de la persona trabajadora formaría parte de los derechos genéricos que le corresponden vinculados a obligaciones empresariales.

Desde la Comisión Europea se fomenta la necesidad de promover reestructuraciones anticipativas y proactivas que protejan a las personas trabajadoras ante procesos de despido y en el que se incluyan procesos de recolocación y previsión de medidas alternativas al despido. Esto supondría el refuerzo de la colaboración público-privada al incluir una conciencia de la necesidad de coordinación entre los servicios públicos y las agencias privadas que se centrara en cuatro pilares: la anticipación, el apoyo a las personas que han sido despedidas, la generación de sistemas de información y consulta y el establecimiento de la colaboración entre actores.

¹⁷ STJUE de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, C-422/14, apartado 48 y STJUE de 11 de julio de 2024, asunto C-196/223, apartado 25.

Con estas premisas, el papel de la norma jurídica en materia de políticas de empleo en lo referente a la cuestión de la recolocación pasaría por la promoción del concepto de medidas de ayuda a la transición como modelo de política de empleo.

3.1. La recolocación como parte de la carrera profesional de la persona. La recolocación como transición adecuada

La recolocación bien entendida debería de formar parte de los mercados transicionales siguiendo el modelo que, en su día se quiso trasponer fuera de las fronteras nórdicas, la flexiseguridad. Sin esa nomenclatura específica del modelo danés de política de empleo, otros países han apostado por incluir la recolocación en los mercados transicionales.

Francia reconoce la recolocación como componente sustantivo del derecho constitucional al trabajo, desarrollada normativa y jurisprudencialmente de manera que se ha convertido en exigible, aunque las continuas reformas la han convertido en compleja de analizar¹⁸. La singularidad que presenta es el establecimiento de una doble modalidad: una recolocación individual, destinada a personal técnico y mandos y otra colectiva para el resto de la plantilla. Las empresas de más de mil trabajadores deben garantizar a las personas despedidas por causas económicas un “permiso de recolocación” que incluye, al menos un servicio de acompañamiento y orientación en la búsqueda activa de empleo. Su duración oscila entre cuatro y doce meses, ampliables hasta veinticuatro en los casos de reconversión empresarial, durante la cual la persona trabajadora percibe una prestación. Hacer uso de este permiso es voluntario para el trabajador. La empresa lo pone a su disposición y si lo rechaza pasa a percibir una indemnización y a la inscripción en el Pôle d’emploi. La razón de ser de este permiso es facilitar una rápida transición a otro empleo¹⁹.

En los Países Bajos se incluye en la política de desarrollo de carreras profesionales que se instrumenta a través de la colaboración público-privada y se desarrolla en los denominados “centros de movilidad” que ofrecen acciones de mejora de la empleabilidad a las personas trabajadoras afectadas y la posibilidad de percibir una indemnización de transición²⁰. Esta se regula en la Ley de Trabajo y Seguridad de 1 de julio de 2015. Cuando una empresa realiza un despido por razones económicas o empresariales, el empresario debe solicitar autorización al servicio público de empleo y abonarla a toda persona trabajadora que cumpla con el requisito de acumular al menos 24 meses de prestación de servicios. La indemnización tiene dos objetos fundamentales, por un lado, compensar el despido y, por otro mejorar la empleabilidad de la persona proporcionando *employment security*, como política de resultado.

La presencia sindical en los acuerdos de transición al empleo del sistema sueco es el elemento fundamental de los mismos²¹. Se trata de convenios colectivos suscritos entre las organizaciones empresariales y sindicales para proporcionar una protección adicional a la pública a las personas que son despedidas o se encuentran en riesgo de estarlo. Establecen medidas de protección económica además de un servicio de colocación. Se instrumenta desde la Ley de Protección del Empleo de 1974 y se amplía y desarrolla a través de una amplia negociación colectiva organizada desde las estructuras centrales del sistema y se

¹⁸ Jeannmaud, A. “El Derecho del Trabajo francés entre reforma y cambio”. RDS nº 95. 2001, pp. 199 y ss.

¹⁹ Coquet, B., “Reclassement des salariés licenciés économiques: velleités et bonnes pratiques”. Sciences Po OFCE. Working Paper nº 16/2021, p.5

²⁰ Borghouts, I. y Van Drongelen, H. “Dismissal Legislation and the Transition Payment in the Netherlands: Towards employment security?”. *European Labour Law Journal*, vol. 12 (I). 2021, p. 10

²¹ Jansson, O. y Ottosson, J. “Negotiating a new Swedish model: employment transition agreement and the struggle over redundancies”. *Journal of Industrial Relations*, vol. 63, nº 5. 2021, p. 707

caracteriza por favorecer un amplio espectro de movilidad laboral, algo consustancial en los países nórdicos.

Este recorrido por algunos de los modelos existentes en la UE, refuerzan nuestra tesis de reconocimiento de los procesos de recolocación/outplacement, en el marco de las transiciones de las personas trabajadoras en los mercados laborales, por tanto, sustentando la perspectiva del *workfare* que establece la prioridad de la mejora de la empleabilidad, la cualificación y la estimulación a permanecer el menor tiempo posible siendo beneficiarias de unas políticas de garantía de rentas.

Dentro de los nuevos modelos de gestión de las PAE, el llamado *New Public Management* (NPM), que no es más que un proceso de externalización de la política a través de la articulación de fórmulas de cooperación/colaboración entre actores públicos y privados, la recolocación toma protagonismo. Sobre todo, porque la norma así lo establece en el artículo 44, como ya hemos comentado, que establece que “podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación”. Esta gestión, que puede ser garante de eficacia, lo será si se establece una correcta atribución de competencias y responsabilidades en aras a cumplir con el principio de transparencia.

Pero la eficacia puede estar vinculada también a otro elemento, cual es la descentralización. La deriva de la recolocación hacia la gestión territorial, ámbito prioritario de actuación de algunos de los actores implicados en estos procesos

3.2. El coste de los servicios de recolocación

El tránsito por procesos de recolocación requiere, para su efectividad, de una serie de ayudas externas, para crear condiciones efectivas a los efectos de que las personas demandantes de empleo puedan finalmente emplearse. La recolocación puede entenderse como una estrategia de minimización de los costes del despido, pero también como una estrategia de responsabilidad social.

La tradición española otorga prioridad a la indemnización frente a otras medidas que, con la consideración de “en especie”, pueden facilitar y acelerar el reingreso en el mercado de trabajo. Esto sin duda, deriva varias razones. Por un lado, la idiosincrasia de nuestro país, más vinculada a las políticas de garantía de rentas que a las políticas activas de empleo, quizá por la deficiente eficacia que siempre ha caracterizado a estas, que no se han puesto en valor de la mejor manera para incentivar los retornos al mercado de trabajo. No podemos olvidar la reiterada referencia normativa a la imposibilidad e ineficacia de los servicios públicos de empleo. Por otro lado, porque no existe una normativa que incida en esta cuestión. Existe una anomia normativa en relación al coste de la recolocación. Y pese a que el artículo 44 de la Ley 3/2023 establece que “La actividad de colocación especializada destinada a la reinserción profesional o recolocación de las personas trabajadoras que resultaran afectadas en procesos de reestructuración empresarial, podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación”, no existe una incentivación por parte de los SPE ni una alternativas para que estos procesos pudieran considerarse una compensación en especie.

Mención especial merece la exclusión de la obligación para las empresas sometidas a un proceso concursal, en las que la obligación se deriva al trabajador, al igual que ocurre en las empresas en las que los despidos afecten a menos de cincuenta personas. Entendemos la justificación económica de no incrementar los cargos de las empresas, pero no podemos obviar la desprotección y vulnerabilidad a la que pueden estar expuestas estas personas trabajadoras con lo que debería resultar en una mayor implicación y

refuerzo por parte de los SPE, a través de la consideración de la recolocación como una PAE. Si la recolocación, tal y como se expresa en la norma, tiene la consideración de intermediación, la obligación de prestación de la actividad corresponde a los SPE, por si solos o en colaboración/cooperación con las agencias privadas autorizadas. Podríamos plantearnos, desde la perspectiva del Derecho de la UE, si sería jurídicamente admisible que una entidad pública – p.e. autoridad laboral – financiara estas acciones, y la respuesta sería positiva. Pero la jurisprudencia del TJUE no lo considera así. En el caso de la reestructuración de Bankia que tenía como origen la ayuda concedida por las autoridades españolas para la reestructuración y recapitalización de Grupo BFA²², el Tribunal concluye que los artículos 107 y 108 TFUE “no se oponen a la aplicación en el marco de un litigio relativo a un despido colectivo comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Decisión, de una normativa nacional que, en caso de despido improcedente del trabajador, fija un importe de indemnización superior al mínimo legal²³”.

Este proceder nos sitúa en caminos diferentes a los establecidos por otros países europeos. Por ejemplo, en Alemania, los procesos de outplacement se establecen como una alternativa al subsidio, sufragados por todos los actores implicados, el servicio público de empleo, la empresa y el trabajador²⁴. También existe la posibilidad de establecimiento de ciertas garantías en el caso de que la recolocación en la nueva empresa no sea exitosa con la posibilidad de acceder a ciertos complementos económicos para facilitar la colocación en una empresa que ofrezca un salario más bajo²⁵. En los inicios fueron medidas de carácter exclusivamente financiero para, progresivamente, irse convirtiendo en compensaciones en especie normalizando planes de prejubilación, programas de recualificación, asistencia para el emprendimiento o recolocaciones²⁶. Por tanto, si es posible mejorar las indemnizaciones legales en una situación de reestructuración en el marco de ayudas de la UE, para la reestructuración de un grupo empresarial – bancario en este caso – con más motivo será lícito que una autoridad pública financie un plan de recolocación en el contexto de la Directiva 98/59/CE²⁷.

Hacer referencia a la mercantilización de la recolocación también nos lleva a una cierta discriminación en función del estatus profesional de la persona trabajadora, de manera que aquellas que sean más empleables y por tanto, supongan una mayor tasa de éxito a un menor coste, pueden convertirse en prioritarios en atención, sobre todo para las entidades privadas, quedando al albur de unos ineficientes servicios públicos, las consideradas más “inempleables” y por tanto, más susceptibles de acceder a políticas de garantías de rentas, lo que supondría un mayor coste para las políticas de *workfare*. Pero este debate no es nuevo, y es recurrente desde la mercantilización de la intermediación laboral cuando se abordan los colectivos destinatarios, el poco “cuidado” que se presta a las personas usuarias de los SPE.

En la consideración de la recolocación como política de empleo, podemos traer a colación un caso vinculado al despido de empleados públicos, si bien teniendo presente que la derogación, con la reforma laboral de 2021, de la Disposición Adicional 16ª del ET (antigua DA 20ª), ha dejado en una especie de laguna jurídica la posibilidad de hacer

²² Decisión C(2012) 8764 final

²³ Asuntos acumulados C-352/14 y C-353/14, iglesias Gutiérrez y Rión Bea, sentencia de 15 de octubre de 2015.

²⁴ Kunt, M., Mühge, G. y Kirsch, J., “Managing restructuring in Germany, Innovation and learning after the financial crisis”. IRENE Policy Paper nº 7. 2014, p. 7

²⁵ Voss, E. et al., “Organizing transitions in response to restructuring. Study on instruments and schemes of job and professional transitions and re-conversion at national, sectoral or regional level in the UE. Final report”. While, Maack and Partner. 2009, p. 37

²⁶ Grund, Ch. “Severance payments for dismissed employees in Germany”. European Journal of Law and Economics nº 22. 2006, p. 64

²⁷ Cabeza Pereiro, J. “Recolocación y colocación...” op.cit., p. 98

regulaciones de empleo en el sector público. En este caso la Directiva no es de aplicación puesto que expresamente excluye el sector público-administrativo de esta regulación. Si bien coincidimos con la posible extensión de su acervo conceptual y normativo al sector público, que algún sector de doctrina y jurisprudencia mantienen. El debate a nivel interno está servido como lo evidencia la STS 970/2024, 7 de julio que conoce un supuesto en el que la extinción de un contrato temporal considerado realizado en fraude de ley coincide en el tiempo con el cese de 90 contratos de trabajo análogos. Al descartarse la aplicación de la Directiva 98/59 imposibilitaría la calificación del despido como nulo, al no deber encauzarse procedimentalmente por la vía del despido colectivo. El TS — que confirma la sentencia de instancia— reitera que²⁸: “Y es en este punto en el que se observa la trascendencia de que no se aplique la Directiva 98/59/CE y sí exclusivamente el art. 51 ET habida cuenta de que —como hemos indicado en alguna ocasión— la Directiva conceptúa un despido como colectivo siempre que se dé el elemento numérico y el temporal, apareciendo el elemento causal mucho más atenuado que en la regulación contenida en el artículo 51 ET pues solo exige que se trate de motivos no inherentes a la persona del trabajador”²⁹

Este supuesto que afecta a personas prospectoras de empleo, resulta especialmente interesante puesto que podría haberse introducido el tratamiento que defendemos de la recolocación como una política de empleo. Sobre todo, porque se trata de ceses de personas contratadas como temporales, tal como legalmente se había habilitado, pero que habían alcanzado la cualidad de indefinidos o bien porque su contrato se formalizara de forma indebida, u otras causas y que venían a cubrir esa necesidad de refuerzo de los SPE. Y aunque en la comunicación de los ceses hubiera podido invocarse cualesquiera relacionables con las propias de un despido colectivo – p. e. finalización del Plan Extraordinario; agotamiento financiero...- , el cese no habría obedecido a una decisión del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, sino: “a la exclusiva iniciativa del legislador, pues desde el momento en que la Orden TMS/941/2019, de 6 de septiembre se establece la medida destinada a reforzar los servicios públicos de empleo... está claro que el cese comunicado en aquella fecha límite a los prospectores de empleo contratados —o prorrogados— a virtud de las referidas normas no obedece a la voluntad de la Administración autonómica contratante, sino a exclusiva decisión legal, que dispuso expresamente la finalización del proyecto extraordinario y que por ello vino a poner término —con la misma fecha— a la prestación de los servicios...”³⁰. Por tanto, a mi juicio, el legislador perdió una oportunidad de refuerzo de las PAE.

4. LA RECOLOCACIÓN INTERNA MÁS ALLÁ DE LAS FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPRESARIO

Resulta habitual que, con mayor o menor flexibilidad, los ordenamientos jurídicos arbitren mecanismos para que los empresarios puedan, en aras a la tutela y protección de intereses empresariales, introducir mecanismos de adaptación o cambio de las condiciones de trabajo. Estas situaciones tienen igualmente consecuencias en forma de despido, que pueden entrar bien en el espacio de los colectivos o de los individuales. Esta cuestión, como ya hemos comentado, debería de ser objeto de la posible reforma del despido. Mucho menos frecuente es que esos mecanismos se introduzcan en orden a

²⁸ STS 03/07/12 —Rcud. 1657/11 FJ Tercero, punto 1

²⁹ Molina Navarrete, C. “La reestructuración empresarial mediante regulación de empleo. Nuevas normas y practicas sobre ERTE y despidos colectivos”. La Ley. Colección Temas. Madrid 2024, pp. 317 y ss.

³⁰ Molina Navarrete, C. “La jubilación de la persona empleadora...” op. cit. p. 23

la protección de intereses propios del trabajador. Ello no significa, sin embargo, que no podamos encontrar ejemplos.

La reciente jurisprudencia del TJUE nos sitúa frente a una consideración diferente de la extinción del contrato de trabajo por causas ajenas a la persona trabajadora. Nuestra normativa laboral establece una separación entre las razones extintivas por causa de la empresa, sobre todo teniendo en cuenta el número de personas afectadas (artículo 51 ET) para las que se establece una protección adicional, y las causas extintivas que derivan de la capacidad de la propia persona trabajadora (artículo 49.1 e) ET) o incluso de las condiciones administrativas o físicas de la persona empleadora (jubilación, incapacidad – artículo 49.1 g) ET- o muerte), para las que los procedimientos de protección que se arbitran son más laxos. En cualquier caso, entre las que derivan de la capacidad de la propia persona, podría entenderse que existen cuestiones que no son imputables al trabajador. Apelamos aquí a la interpretación uniforme del Derecho de la Unión que realiza el TJUE ya comentado previamente.

Incluso con esta diferenciación un cierto derecho de recolocación interna se deriva de la STJUE de 18 de enero de 2024³¹, puesto que se pone fin a décadas de extinciones por la calificación de incapacidad de la persona trabajadora, con el reconocimiento de este derecho de reubicación en un puesto adecuado. Pero esta jurisprudencia no es la única puesto que ya contamos con respuestas judiciales nacionales, aunque con un sentido muy diferente. Por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha 949/2024, de 24 de mayo, en el caso de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida *ex* artículo 52 a) ET, descartando la aplicación de la doctrina comunitaria y por tanto, liberando a la empresa de la obligación de adopción de un ajuste a las condiciones de la persona trabajadora, con base en un informe del servicio prevención de la empresa que calificaba a la persona como “no apta” para la actividad, sin tener en cuenta tampoco, el artículo 25 de la LPRL. De esto se deriva la implicación normativa en estas cuestiones de la LPRL.

4.1. La exigencia de adaptación/recolocación del trabajador especialmente sensible en el despido por ineptitud sobrevenida y las consecuencias de su omisión

Esto entronca con la situación de los colectivos calificados como especialmente sensibles - menores de edad, trabajadores de edad, con discapacidad y trabajadores temporales-, en relación al colectivo genérico de trabajadores especialmente sensibles por circunstancias personales del art. 25, en lo que a la recolocación se refiere. Una omisión que determina que quepa plantearse la duda de si existe un deber empresarial y correlativo derecho a la adaptación a través de la recolocación para dichos trabajadores, sobre todo en los casos en los que puedan evitarse o reducirse las exposiciones a riesgos derivados del trabajo en las que puedan verse afectados³². Existe pues la duda de si se contempla un auténtico derecho a la recolocación en el caso de trabajadores con especiales circunstancias, o que cuenten con el reconocimiento de una incapacidad y cuál es el alcance de la obligación empresarial³³.

La facultad que artículo 52. a) ET concede al empresario para proceder a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador tiene que ser objeto de una interpretación sistemática que tenga en consideración la opción de recolocación, siendo mucho más exigible en el caso de los despidos por ineptitud que afecten a los

³¹ Asunto C-631/22, Ca Na Negreta

³² Goñi Sein, J. L. y Sanz de Galdeano, B., “Adaptación...,” *op.cit.*, p.198

³³ Mercader Uguina, J.R., (Dir.), *Trabajadores maduros. un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Ed. Lexnova, Valladolid 2009

trabajadores especialmente sensibles³⁴. Tenemos que advertir que no se trata en absoluto de exigir que el empresario deba sobrellevar una relación laboral que ya no es funcional a la causa y al objeto que justifican la existencia del contrato de trabajo, de negar la funcionalidad de los despidos objetivos, sino de reclamarle que acredite la imposibilidad de recolocación. Una exigencia que cada vez más tiene un respaldo mayor en la doctrina judicial³⁵. La responsabilidad de acreditación o el conocimiento de la situación de la persona trabajadora por el empresario, no es objeto de este trabajo por lo que nos remitimos a la doctrina³⁶.

Aunque mayoritariamente, la doctrina judicial ha interpretado que el art. 25 LPRL recoge un deber empresarial de adaptación y/o recolocación de los trabajadores que por circunstancias personales presenten una mayor sensibilidad a los riesgos laborales, alguna sentencia no tiene en consideración dicho precepto cuando la mayor sensibilidad determina la imposibilidad de que el trabajador pueda seguir desempeñando sus funciones y por tanto, la causa del despido no es imputable a la persona trabajadora. Así, la STSJ de Cataluña, 2163/2017, en la discusión sobre la procedencia o improcedencia de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, el Tribunal, prescindiendo de cualquier referencia a la eventual aplicación del art. 25 de la LPRL, advierte respecto a “la posibilidad que apunta el recurrente, siquiera de forma un tanto implícita, relativa a la posibilidad de ser recolocado en otro puesto de trabajo acorde con sus limitaciones físicas dentro de la empresa en lugar de proceder a la extinción de su contrato, debe de ser rápidamente rechazada desde el momento en que, y en apoyo de su postura, no aduce el recurrente norma reglamentaria o convencional alguna que justifique su petición y la correlativa obligación de la empresa”. Evidentemente porque resulta complicado justificar la petición con base en una norma.

La facultad que el art. 52. a) ET reconoce al empresario para proceder a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador debe ser objeto de una interpretación sistemática que tenga en consideración los deberes recolocación que la ley o el convenio colectivo puedan imponer en atención a circunstancias personales que afecten al trabajador y que, son precisamente, las causantes de la personal situación. Podría entenderse esta cuestión como una exigencia de acreditación del intento de adaptación, que, sostenida inicialmente en relación a los trabajadores afectados por una situación de discapacidad³⁷, pueda ser exigible en relación a los despidos por ineptitud sobrevenida que afecten a los trabajadores especialmente sensibles³⁸. De manera que el incumplimiento podría determinar, además de eventuales responsabilidades administrativas, no ya la improcedencia del despido sino llegar a la calificación como despido nulo.

³⁴ Goñi Sein, J.L. y Sanz De Galdeano, B., “Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp 222 y ss. y 237 y ss

³⁵ STSJ de Madrid 872/2015, de 30 de noviembre (Rec. 483/2015) al afirmar que “para que opere la extinción deberán agotarse, y acreditarse que ello se ha efectuado o probarse debidamente que existe una real imposibilidad para llevarlo a cabo, las modulaciones de adaptación del puesto que corresponden a la empresa, pues en otro caso queda la facultad extintiva dentro de una potestad unilateral, que no se acomoda con el derecho al trabajo, la preservación del contrato y con las medidas preventivas que deben adoptarse en el puesto que se ocupa”. También exigen este deber de adaptación, entre otras, la STSJ Madrid 175/2008, de 10 de marzo (Rec. 282/2008); STSJ Cataluña 1128/2015, de 17 de febrero (Rec. 7053/2014); STSJ de Asturias núm. 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015) o la STSJ Madrid 837/2015, de 7 de diciembre (Rec. 741/2015)

³⁶ López Ahumada, J.E., “Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral”, Editorial Marcial Pons, 2010, página 39

³⁷ Sostiene esta tesis Gutiérrez Colominas, D., “La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de controla las extinciones de personas con discapacidad”, Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 6, noviembre 2017

³⁸ Goñi Sein, J.L. y Sanz De Galdeano, B., “Adaptación..., p. 222 y ss. y 237 y ss

Ilustrativos son los términos empleados por la STSJ de Madrid 872/2015, de 30 de noviembre (Rec. 483/2015) al afirmar que “para que opere la extinción deberán agotarse, y acreditarse que ello se ha efectuado o probarse debidamente que existe una real imposibilidad para llevarlo a cabo, las modulaciones de adaptación del puesto que corresponden a la empresa, pues en otro caso queda la facultad extintiva dentro de una potestad unilateral, que no se acomoda con el derecho al trabajo, la preservación del contrato y con las medidas preventivas que deben adoptarse en el puesto que se ocupa”³⁹.

Si nos vamos al centro de la cuestión, nos encontramos ante un auténtico deber empresarial y no una mera facultad⁴⁰, de la que se infiere un auténtico derecho de la persona trabajadora a exigir, si ya no que se produzca la efectiva recolocación, sí, cuando menos, que el empresario realice cuantas acciones sean razonablemente exigibles para su satisfacción, incluso a través de recursos externos como son las empresas especializadas. Cosa distinta es que el empresario disponga, dada la ausencia de concreción normativa en la ley, de una amplia discrecionalidad y que, la exigencia de adaptación, seguramente, no pueda concebirse en términos absolutos. La negociación colectiva podría desarrollar una importante función complementaria que, sin embargo, no parece haber sido realizada de forma enteramente satisfactoria⁴¹.

Legalmente garantizar una recolocación ya sea interna, ya sea externa, debe de incluirse en el catálogo de medidas sociales que tienen un elemento común cual es la paliar las consecuencias de los despidos, ya sea por evitación o por reducción del coste de las políticas pasivas. Pero pese a ese elemento común, el contenido jurídico de ambas obligaciones es distinto, por un lado porque la garantía de recolocación interna implica la reubicación profesional de la persona trabajadora en otro puesto o centro de trabajo de la propia empresa, mientras que la garantía de recolocación externa, es más débil jurídicamente al no incorporar ese compromiso de inserción laboral⁴², limitándose al ofrecimiento de unas medidas tendentes a la mejora de su empleabilidad, siendo potestativo el establecimiento de estas medidas para la empresa excepto si el despido afecta a un número mayor a cincuenta personas. Es importante esta apreciación porque, en el marco de las políticas de empleo, las personas afectadas forman parte de los colectivos prioritarios para su aplicación.

4.2. La opción de recolocación para los trabajadores de edad

La edad y los efectos que de ella puedan derivarse en lo que a las condiciones psicofísicas de las personas trabajadoras se refiere, ha de tratarse como una circunstancia personal que puede determinar la especial sensibilidad de los trabajadores y por ello la efectividad y aplicabilidad de las garantías necesariamente han de considerarse un límite importante para la facultad del empresario para proceder a la extinción del contrato mediante la fórmula del despido por ineptitud sobrevenida. Pero no solo esto, no debemos/podemos perder de vista la aplicación del principio de no discriminación por razón de edad.

La voluntad de los gobiernos de prolongar la vida laboral de las personas y de incrementar estos porcentajes de participación en el mercado laboral contrasta con una importante ausencia de previsiones legislativas concretas que vengana a garantizar que esa

³⁹ También exigen la adaptación/recolocación, entre otras, la STSJ Madrid 175/2008, de 10 de marzo (Rec. 282/2008), STSJ Madrid 102/2012, de 20 de febrero (Rec. 5329/2011); STSJ Madrid 6/2013 de 14 enero 2013; STSJ Cataluña 630/2013 de 25 enero de 2013; la STSJ Cataluña 1128/2015, de 17 de febrero (Rec. 7053/2014); STSJ de Asturias núm. 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015) o la STSJ Madrid 837/2015, de 7 de diciembre (Rec. 741/2015)

⁴⁰ STSJ de Cataluña, 629/2008, de 23 de enero (Rec. 5549/2006)

⁴¹ López Ahumada J.E. “Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales...” op. cit, pp. 42 y ss.

⁴² Molina Navarrete, C. “La jubilación de la persona empleadora y la regulación colectiva...” op. cit. P. 21

prolongación de la vida activa se desarrolle en unas condiciones de trabajo apropiadas en términos de seguridad y salud para esos trabajadores. La normativa debería ir hacia el camino de la protección de la salud de estos trabajadores para favorecer la continuidad de dichos trabajadores en el mercado de trabajo.

La ausencia de una previsión que imponga, de forma clara y expresa, obligaciones de recolocación a los trabajadores especialmente sensibles por razón de su edad, contrasta con una normativa legal que contempla la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida de una forma desvinculada a cualquier intento de adaptación del puesto de trabajo a las capacidades y/o aptitudes de la persona trabajadora. La verificación por la empresa de circunstancias como una disminución de estas, de su resistencia física, de una pérdida de agilidad o de su capacidad de reacción, incluso de su capacidad de adaptación tecnológica, por ejemplo, pueden determinar que el empresario decida acudir a la extinción del contrato de trabajo por la vía del despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Llegándose a afirmar que “existe una presión para el despido objetivo, más barato y funcional para la empresa”⁴³.

Y aun cuando es cierto que no es posible identificar la ineptitud con el envejecimiento, la amplitud con la que se delimita esta causa de despido, la convierte en especialmente idónea para la extinción del contrato de trabajo de aquellas personas trabajadoras que, como consecuencia del paso del tiempo, ven como sus capacidades se modifican. Siendo esta, por otra parte, a la luz de la doctrina judicial, una praxis cada vez más frecuente y cuya utilización, creemos, puede incrementarse en los próximos años. Aspectos como los cambios normativos que limitan el acceso a las prestaciones de jubilación o la ausencia de una correspondencia necesaria entre las situaciones que determinan la invalidez y la ineptitud para ocupar un puesto de trabajo desde una perspectiva preventiva⁴⁴, suponen un progresivo envejecimiento de las plantillas frente al que las empresas no pueden reaccionar, al menos no con tanta facilidad como hasta ahora, a través de mecanismos basados en el acceso anticipado de la persona trabajadora al sistema de pensiones o a través de extinciones colectivas caracterizadas por la elevada edad de los afectados lo que determinará, por ello, una utilización más intensiva del despido por ineptitud como causa de extinción de los contratos de estas personas.

Es el caso del último ERE del Grupo Telefónica, que se salda sin un solo despido, pese a haber anunciado la salida de 5 100 personas⁴⁵. El acuerdo que la dirección alcanzó con los sindicatos ha derivado en la “salida voluntaria” de unas 3 500 personas mediante el recurso a bajas incentivadas por acuerdos de prejubilación⁴⁶, derivando el coste a la caja de Seguridad Social, ya sea a través de prestaciones por desempleo o de pensiones de jubilación. Algo a lo que nos referimos anteriormente al hablar de los costes.

Las referencias que analizamos son las garantías reguladas y la interpretación sistemática de la letra a) del artículo 52 ET regula como una de las causas que permite el despido por causas objetivas la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva. Entendiendo por ineptitud una inhabilidad, entendida como falta de aptitud o de capacidad, de carácter personal que determina un deterioro o pérdida de las capacidades, habilidades y destrezas laborales⁴⁷.

⁴³ Urrutikoetxea Barrutia, M., “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, *Lan Harremanak*, n.º 24, 2011-I, pp. 42-49

⁴⁴ STSJ de Asturias 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015)

⁴⁵ Molina Navarrete, C. “La jubilación de la persona empleadora...” op. cit. p.7

⁴⁶ ANEXO XV, relativo al Plan Social despido colectivo TdE, TME y TSOL, incluido en el III Convenio colectivo de Telefónica de España, SAU; Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU. («BOE» 52, de 28 de febrero de 2024).

⁴⁷ Toscani Giménez, D. y Alegre Nuevo, M., “El despido por ineptitud del trabajador, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

No es, pues, la recolocación una garantía sociolaboral eficaz en nuestro sistema jurídico, a diferencia de lo que se prevé en otros ordenamientos europeos (como es el caso francés). Como tampoco lo es en el ámbito de los despidos por razones de empresa, ni en su consideración individual, lo que sería más fácil, ni tampoco en la colectiva porque entendemos que aún persiste la concepción de esta medida como mucho más gravosa para la empresa en términos económicos. La jurisprudencia social nacional excluye toda necesidad de acreditar que se han agotado las posibilidades de recolocación como medida eficaz ya sea externa, en la misma empresa, siempre que esta cuente con diversos centros o por la pertenencia a un grupo empresarial, como lo acredita la jurisprudencia (STS, 4ª, 190/2023, 14 de marzo). No parece removible fácilmente esta reiterada jurisprudencia, pero tampoco parecía alterable la ley y la jurisprudencia que asumían el cese automático de los contratos en determinados casos por causas incluso inherentes a la persona trabajadora, como los relativos a su capacidad y, como hemos podido comprobar, la promoción de la reforma legislativa, remueve los cimientos de esta doctrina, aun a instancias de la UE.

En consecuencia, se suman nuevos argumentos a los evidenciados en este estudio para promover, de una vez, la reforma del art. 51 ET que lleva demandando años nuestra legislación y que en modo alguno se agota en las muy parciales enmiendas realizadas el año pasado, dirigidas más a reforzar el control público de las causas, presionando para una gestión más de flexibilidad interna o bien para lograr acuerdos más garantistas en la gestión del ERE, que a establecer un nuevo programa de reforma equilibrado entre las razones de la empresa y de la persona trabajadora. En todo caso, la necesidad de modernización de este régimen regulador para conformarlo con la letra y el espíritu del Derecho de la UE es incuestionable, también por razones de certeza jurídica.

No se trata de exigir que el empresario deba soportar una relación laboral que ya no es funcional a la causa y al objeto que justifican la existencia del contrato de trabajo, de negar la funcionalidad de los despidos objetivos, sino de exigir que este acredite que no ha podido, en el ejercicio de sus poderes organizativos, y en cumplimiento de obligaciones legales o convencionales, recolocar, a la persona trabajadora con independencia de la situación de la misma. La cuestión, por tanto, reside en la consideración del despido por causas no imputables a la propia persona trabajadora. Y por tomar conciencia de las posibilidades que ofrece y las consecuencias de apostar por la inclusión de los procesos de recolocación como política de empleo, y por tanto, no solo responsabilidad de la empresa en la obligación de establecer un plan social. También los poderes públicos han de poner sobre la mesa la inclusión de la recolocación en los procesos de despido por causa no imputable al trabajador, como una verdadera política de empleo y así debería de situarse como cuestión prioritaria en el desarrollo reglamentario de la Ley 3/2023.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Borghouts, I. y Van Drongelen, H. “Dismissal Legislation and the Transition Payment in the Netherlands: Towards employment security?”. *European Labour Law Journal*, vol. 12 (I). 2021

Cabeza Pereiro, J. “Recolocación y colocación: políticas públicas y actores públicos y privados”. BOE. 2024

Coquet, B., “Reclassement des salariés licenciés économiques: velleités et bonnes pratiques”. Sciences Po OFCE. Working Paper nº 16/2021

Goñi Sein, J.L. y Sanz De Galdeano, B., “Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015

Grund, Ch. "Severance payments for dismissed employees in Germany". *European Journal of Law and Economics* n° 22. 2006

Jansson, O. y Ottosson, J. "Negotiating a new Swedish model: employment transition agreement and the struggle over redundancies". *Journal of Industrial Relations*, vol. 63, n° 5. 2021

Jeanmaud, A. "El Derecho del Trabajo francés entre reforma y cambio". *RDS* n° 95. 2001

Kunt, M., Mühge, G. y Kirsch, J., "Managing restructuring in Germany, Innovation and learning after the financial crisis". *IRENE Policy Paper* n° 7. 2014

López Ahumada J.E. "Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico laboral". *Marcial Pons*. 2010

Mercader Uguina, J.R., (Dir.), *Trabajadores maduros. un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Ed. Lexnova, Valladolid 2009

Molina Navarrete, C. "La jubilación de la persona empleadora y la regulación colectiva del empleo (ERE): ¿es ya insoslayable una reforma del despido colectivo? *Diario LA LEY*, n° 10556, Sección Tribuna, 29 de julio de 2024

Molina Navarrete, C. "La reestructuración empresarial mediante regulación de empleo. Nuevas normas y practicas sobre ERTE y despidos colectivos". *La Ley. Colección Temas*. Madrid 2024

Navarro Nieto, F. "Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo", VV.AA. *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTES. 2021

Pastor Martínez, A. "La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida". *Documentación Laboral* núm. 112. 2017

Richter, M., König, C.J. y Etzi, D. "Outplacement counsellors: examining their work values, personality traits, and career success". *The European Journal of Counselling Psychology*, vol, 9 (1). 2020

Sáez Lara, C. "Espacio y funciones de las empresas de recolocación". *Temas Laborales*. N° 107. 2010

Sáez Lara, C. "Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos". *Tirant lo Blanch*. 2015

Toscani Giménez, D. y Alegre Nuevo, M., "El despido por ineptitud del trabajador, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

Urrutikoetxea Barrutia, M., "Envejecimiento y prevención de riesgos laborales", *Lan Harremanak*, n° 24, 2011-I

Voss, E. et al., "Organizing transitions in response to restructuring. Study on instruments and schemes of job and professional transitions and re-conversion at national, sectoral or regional level in the UE. Final report". *While, Maack and Partner*. 2009

PONENCIA GENERAL TERCERA:
**RETOS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA
(UE) 2019/1152 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL
CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, RELATIVA A UNAS
CONDICIONES LABORALES TRANSPARENTES Y
PREVISIBLES EN LA UNIÓN EUROPEA**

M^a TERESA VELASCO PORTERO

*Profesora titular de área de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social*

Universidad Loyola

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

PID2021-122254OB-I00

SUMARIO:

1. FUNDAMENTO Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152
2. CONTENIDO Y CLAVES DE LA DIRECTIVA
3. LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL: EL PROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 23 DE OCTUBRE, Y OTRAS DISPOSICIONES EN MATERIA LABORAL
4. LOS SILENCIOS DEL PROYECTO
5. BIBLIOGRAFÍA

LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LAS FUTURAS REFORMAS LABORALES - GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO 2021 - PROYECTOS INVESTIGACIÓN ORIENTADA

EXTRACTO:

La directiva (UE) 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión europea está pendiente de transposición al ordenamiento español, tarea que ya viene sufriendo un considerable retraso. La directiva es compleja, respondiendo tanto a la necesidad de garantizar una serie de derechos de información al trabajador como al establecimiento de un suelo mínimo en las condiciones laborales de los trabajadores, todo ello del marco de la conocida como flexiseguridad en el trabajo. El proyecto de ley de transposición avanza en el reconocimiento de estos derechos pero presenta graves deficiencias al no reformar todas las normas afectadas por la directiva, y guardando silencio sobre determinados temas de gran importancia.

ABSTRACT:

The Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions in the European Union is pending transposition into Spanish law, a task that has already experienced considerable delays. The directive is complex, addressing both the need to guarantee a series of information rights to workers and the establishment of a minimum standard for workers' working conditions, all within the framework of what is known as flexicurity in employment. The transposition bill advances the recognition of these rights but presents serious deficiencies by failing to reform all the regulations affected by the directive and remaining silent on certain issues of great importance.

PALABRAS CLAVE: condiciones laborales transparentes y previsibles, derechos de información

KEY WORDS Transparent and predictable working conditions, Obligation to provide information

1. FUNDAMENTO Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152

Entre las tareas que tienen pendientes las actuales Cortes Generales se encuentra la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo plazo de transposición finalizó el 1 de agosto de 2022, por lo que nuestro país lleva ya un retraso considerable en este asunto. Se trata de una Directiva que viene a sustituir, mejorando sus condiciones, a la Directiva 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Es una Directiva de política social compleja, que afecta a múltiples elementos de nuestro Derecho nacional, tanto con respecto a instituciones clásicas como a las novedosas y controvertidas fórmulas de trabajo flexible que tanto debate han suscitado en doctrina y jurisprudencia. La complejidad de la Directiva deriva por una parte de sus ambiciosos objetivos, definidos en su art. 1.1 ("La finalidad de la presente Directiva es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a

la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral”) así como de la variedad y profundidad de su contenido, que afronta los retos mencionados teniendo en cuenta el contexto de las transformaciones digitales que estamos viviendo. No podemos olvidar, por otra parte, que la Directiva reconoce en sus primeros Considerandos que en su origen está el dar efectividad al artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”), así como a los principios nº 5 y nº 7 del Pilar europeo de derechos sociales. Es decir, principalmente dar efectividad al derecho del trabajador a un “empleo seguro y adaptable” (la complicada cuestión de la flexiseguridad¹) así como al derecho a la “información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido”².

A las circunstancias expuestas hay que añadir el hecho de que el texto no solo recoge derechos de los trabajadores, sino también una serie de disposiciones que la directiva denomina “horizontales” y que establecen mecanismos de tutela de estos derechos. Es decir, su transposición va a ser en todo caso un reto para los estados miembros, que difícilmente va a poder ser resuelto de manera simple reproduciendo contenidos³. Exige además una previa toma de postura con respecto a ciertos aspectos que la Directiva deja abiertos, como veremos, y que condicionan su alcance.

2. CONTENIDO Y CLAVES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152

2.1. *Ámbito subjetivo*

La directiva consta de 52 Considerandos y 26 artículos, divididos en seis capítulos. El Capítulo I, relativo a las disposiciones generales junto al tema ya analizado de la finalidad y objetivos de la norma, plantea la cuestión clave de su ámbito de aplicación, lo cual, como veremos, es uno de los temas que más controversia han generado. Una primera línea de actuación de la directiva era la ampliación de su ámbito subjetivo, en relación con el de su antecedente la Directiva 91/533/CEE, y de hecho lo hace. A pesar de ello el texto definitivo de la directiva no ha concretado suficientemente la definición de trabajador al que será de aplicación su contenido⁴, dejando a los Estados miembros relativa libertad para concretarlo y necesitando, además, un esfuerzo interpretativo para determinar hasta dónde llega esa libertad. Así se desprende de la literalidad del art. 1.2 cuando establece que la directiva será de aplicación “a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada estado miembro, teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”⁵. Esta laxitud de la directiva con respecto a su vocación inicial se observa también en la posibilidad que se

¹ Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo normativo del pilar europeo de los derechos sociales”, REDT, núm. 211, 2018, p. 6; Elorza Guerrero, F., “La directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”, TL, núm. 168/2023, p. 69;

² Alma dual de la directiva que ha sido puesto de manifiesto por toda la doctrina. Por todos, Mercader Uguina, J.R., “Los tiempos de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos”, Documentación Laboral, núm. 122-Año 2021-Vol I, p. 12 y ss

³ Como ha puesto de manifiesto el prof. Gárate Castro en su magnífico prólogo a Miranda Boto, J.M., Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 15-16.

⁴ El proyecto de directiva sí contenía una auténtica definición, inspirada en la jurisprudencia comunitaria y sin esa remisión general a las legislaciones de los estados miembros, que se perdió durante su tramitación.

⁵ No es esta la primera ni la única directiva que remite al derecho nacional para esta cuestión (Vid. Sánchez-Rodas, C., “Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar

otorga a los estados miembros de excluir de su aplicación a determinadas categorías de trabajadores, que en demasiadas ocasiones son los que tienen una situación de por sí más precaria.

Es el caso de la posibilidad que se abre a los estados miembros para que las disposiciones de la directiva no se apliquen a relaciones laborales en las que el número de horas trabajadas, predeterminadas y reales, no supere un promedio de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas (artículo 1.3). Este cómputo debe considerar todo el tiempo efectivamente trabajado para el empleador, incluidas horas extraordinarias o trabajo adicional al estipulado en el contrato. Además, la Directiva dispone que el tiempo trabajado para cualquier empleador que forme parte de la misma empresa, grupo o entidad, será contabilizado a efectos del promedio de las tres horas. Esta excepción no opera en los casos en que el tiempo de trabajo no esté predeterminado antes de comenzar el empleo (art. 1.4), lo que significa que los contratos llamados “cero horas” no pueden ser excluidos del ámbito de aplicación de la directiva.

Con respecto a los funcionarios públicos, se reconoce la libertad de los estados miembros para “decidir, por razones objetivas, que las disposiciones del capítulo III⁶ no sean aplicables a los funcionarios públicos, los servicios públicos de urgencia, las fuerzas armadas, las autoridades policiales, los jueces, los fiscales, investigadores u otras fuerzas o cuerpos de seguridad.” Y el art. 1.8 también exceptúa del alcance de determinadas obligaciones de información y condiciones mínimas a la gente del mar y a los pescadores, a pesar de serles aplicable la directiva con carácter general⁷. Literalmente no se aclara si el conjunto de empleados públicos queda amparados por la directiva pero, si atendemos a la posibilidad de exclusión con respecto a determinados grupos dentro de estos empleados parece abonar la tesis de que con carácter general si forman parte de su ámbito de aplicación⁸.

Esta regulación, tan poco precisa por la remisión a la legislación nacional, ha supuesto una ocasión perdida de avanzar en el concepto comunitario de trabajador⁹. Recordemos que en las diversas directivas laborales no se establece una definición uniforme del concepto de trabajador, lo que ha generado una vasta cantidad de jurisprudencia por parte del TJUE en relación a la determinación de quién debe ser considerado trabajador para los efectos de cada Directiva. Este extenso y complejo proceso ha sentado las bases para la armonización progresiva de dicha figura. La consecución de un concepto amplio pero unificado de trabajador permitiría establecer unas condiciones laborales mínimas, prevenir controversias futuras, poner fin a los debates del pasado, y dar inicio a la consolidación de un verdadero Derecho Europeo del Trabajo.

y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores:zonas grises”, Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.núm. 38 (1º Trimestre 2024),p. 49 y ss.

⁶ Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo

⁷ Esta exclusión ha sido criticada por ser contraria a la pretensión de las instituciones comunitarias de extender a estos trabajadores las garantías laborales (Elorza Guerrero, F., “La directiva...”, op. cit. p. 77). Respecto a las peculiaridades de este tipo de trabajo, vid. *in extenso* Ribes Moreno, I. “La compleja inclusión de los pescadores en el control del tiempo de trabajo”, Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 14, núm. 2, 2022, págs. 770-789 y Ribes Moreno, I., “El contrato de trabajo del pescador”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 60, 2021 (Ejemplar dedicado a: El trabajo a bordo de buques de pesca y su protección social).

⁸ En el mismo sentido Miranda Boto, J.M., “Algo de ruido...” op. cit. p. 77.

⁹ Tema abordado en numerosas ocasiones por nuestra doctrina. Vid. en este sentido, entre otros, Sánchez-Rodas, C. op. cit., pp. 41-63; Rizzo Lorenzo, G., “Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 5, N° 1, 2024, págs. 185-199; Castro Franco, A., “El concepto de persona trabajadora en el Derecho de la Unión Europea”, *Lan Harremanak*, 2023, 49; Sánchez-Urán Azaña, Y., “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la Jurisprudencia del TJUE”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 232, 2020, págs. 35-82.

Estos primeros artículos no soslayan la importante dificultad que plantean las imprecisas fronteras entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia. El Considerando 8 aborda este problema, precisando que el abuso del estatus de trabajador autónomo, tal como lo define la legislación nacional, ya sea en el ámbito nacional o transfronterizo, constituye una forma de trabajo falsamente declarado. En estos casos fraudulentos debe aplicarse la Directiva, en aplicación de la regla general sobre el fraude de ley: aplicación de la norma que se intenta eludir. La existencia de una relación laboral debe determinarse según los hechos materiales del trabajo realizado, y no en función de la denominación que las partes otorgan a la relación; objetivo que, aunque loable, es evidente que presenta importantes obstáculos para su aplicación efectiva.

En lo relativo al otro sujeto de la relación laboral, el empleador, la directiva se refiere a ello en dos párrafos de este artículo primero. Según el art. 1.5 “Los Estados miembros podrán determinar qué personas deben considerarse responsables de la ejecución de las obligaciones que establece la presente Directiva para los empleadores, siempre que todas estas obligaciones se cumplan. Los Estados miembros también podrán decidir que algunas de estas obligaciones, o todas ellas, se asignen a una persona física o jurídica que no sea parte de la relación laboral. El presente apartado se entenderá sin perjuicio de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo” Y en el art. 1.7 se establece la posibilidad de exceptuar de las obligaciones del empleador a la persona física perteneciente a un hogar que actúe como empleador cuando el trabajo se realiza para el propio hogar.

La posibilidad de que las obligaciones del empleador se asignen a una persona que no sea parte de la relación laboral nos remite (aunque no de forma exclusiva) a los casos de préstamo de trabajadores y en particular a la figura de la ETT, aunque en este caso concreto señala que habrá de tenerse en cuenta la directiva relativa a las ETT (Directiva 2008/104/CE). Será el legislador nacional el que determine esta cuestión, que presenta la dificultad de determinar si la información deberá ofrecerla tan solo esa tercera persona o bien es obligación de ambos, como establece como regla general nuestra legislación con respecto a las obligaciones de la anterior directiva. En todo caso, consideramos que para determinados aspectos sí que tiene gran interés esta apertura de sujetos obligados, que podrían ser incluso determinados organismos depositarios de información de interés para los trabajadores¹⁰.

2.2. Definiciones

A continuación la directiva aporta una serie de definiciones necesarias para la fijación de los límites de los derechos reconocidos en capítulos posteriores (“calendario de trabajo”, “horas y días de referencia” y “patrón de trabajo”) y se aborda el importante tema de la forma en que se ha de suministrar la información, teniendo en cuenta necesidad de que el trabajador la conozca de forma fidedigna y pueda conservarla, sean cuales sean sus circunstancias, en un contexto de digitalización que abarca todas las actividades del individuo medio y de las empresas en la sociedad actual. Estas definiciones van a obligar a modificar la regulación de los derechos de información en lo relativo a organización del trabajo, tanto en los casos de contratos a tiempo completo como en los contratos a tiempo parcial, no tanto en lo relativo al calendario de trabajo sino en lo relativo a las horas y días de referencia y al novedoso concepto de patrón de trabajo.

¹⁰ Elorza Guerrero (op.cit., p. 77) pone como ejemplo este sentido la posibilidad de que sea la TGSS la que asuma la obligación de informar sobre las instituciones de seguridad social que reciben cotizaciones derivadas de la relación laboral (art. 4.2 de la directiva)

2.3. Los derechos de información

2.3.1. Medios por los que suministrar la información

El artículo 3 recoge uno de los contenidos centrales de la directiva, que es la incorporación de lo digital a las fórmulas de entrega de la información, manteniendo en todo caso la obligación de que el formato utilizado sea accesible, almacenable e imprimible. Esta adaptación es clave en la consecución de uno de los objetivos de la Directiva, como es el de la transparencia en las relaciones, y en todo caso facilita la gestión ordinaria de sus obligaciones por parte de la empresa, reconociendo los medios con los que habitualmente se trabaja. Por otra parte, no hay que olvidar que el uso de los avances tecnológicos permite una actualización constante de la información.¹¹

2.3.2. Contenido, alcance material del deber de información y plazos

El Capítulo II entra a delimitar el contenido y alcance material del deber general de información. Este deber se configura de manera muy amplia y general, distinguiendo tres situaciones posibles: la que podríamos llamar “común” u “ordinaria”, para la que se regula un derecho a la información de un amplio contenido (art. 4), una segunda situación en el caso de “los trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país”, en cuyo caso habrá que aportarles una información adicional, y una obligación especial de información para el supuesto en que el empleador modifique las condiciones iniciales de la relación (tanto en el caso ordinario como en el del desplazamiento). Por lo que respecta a las condiciones sobre las que hay que dar información, podemos distinguir dos grandes grupos: uno llamado “elementos esenciales” (art. 4.2) y otro más general que serían “las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o convenios colectivos de aplicación universal que regulen el marco jurídico aplicable” (art. 5.3). Podríamos añadir el grupo adicional de elementos propios del caso de los trabajadores antes llamados expatriados, que se regulan como hemos dicho en el art. 7.

El artículo 5 contiene otra de las novedades importantes de la directiva con respecto a la precedente, que es el acortamiento considerable de los tiempos de entrega: la información que antes debía entregarse en un mes tiene ahora que entregarse en una semana, y el resto (que antes podía retrasarse hasta dos meses) ahora está sometida al plazo de un mes, siendo una de las cuestiones en que deberá modificarse nuestro ordenamiento a la hora de la transposición¹².

2.4. Reconocimiento de unas condiciones laborales mínimas: limitación del período de prueba, previsibilidad de las condiciones, reconocimiento del derecho al empleo paralelo, acceso a puestos más estables

El capítulo III responde a un objetivo diferente del que tiene el capítulo anterior: se trata de garantizar un nivel mínimo de protección en las condiciones laborales en todos los países de la Unión, a través del reconocimiento de una serie de derechos¹³. El

¹¹ Elorza, op.cit., p. 81.

¹² RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 de la LET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

¹³ Ya el documento por el que la Comisión Europea iniciaba las consultas oportunas sobre la nueva directiva (Consultation Document of 26.4.2017. *First phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible revision of the Written Statement Directive (Directive 91/533/ECC) and the framework of the European Pillar of Social Rights*. C (2017) 2611 final) señalaba que debería abordar dos desafíos principales: uno, el de asegurar que todos los trabajadores obtuviesen información adecuada sobre sus condiciones de trabajo en tiempo y forma y dos, el de conseguir una convergencia al alza en el acceso a un número importante de derechos por todos los trabajadores (Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo*..., op. cit., p. 47).

primero de ellos, relativo a la duración del periodo de prueba, estableciendo una duración máxima con carácter general y su necesaria adecuación a la duración y características del trabajo concreto (art. 9). El art. 9 garantiza la posibilidad de pluriempleo por parte del trabajador (empleo paralelo), y el art. 10 se refiere a un tema novedoso, ya introducido en el apartado de “definiciones”, que es la necesidad de que el trabajador tenga una previsibilidad mínima en su “patrón de trabajo”, aún en los casos en que dicho patrón sea (total o mayoritariamente imprevisible). Nos referiremos a ello más en detalle cuando analicemos el proyecto de ley de transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento, ya que obligará a hacer ciertas adaptaciones en la regulación actualmente vigente sobre organización del tiempo de trabajo¹⁴. En todo caso, la directiva permite a los estados establecer modalidades propias de aplicación de este artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, posibilidad de la que veremos si el legislador español hace uso.

El artículo 11 regula una serie de derechos laborales mínimos en el caso de que el estado miembro admita la utilización de los “contratos a demanda o similares”. Entendemos que en este artículo se refiere a un tipo de contrato especial dentro de aquellos a los que se refiere el artículo anterior, es decir, aquellos que tienen un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible. La definición de este tipo de contratos se nos ofrecía en el Considerando 35 de la Directiva: “los contratos de trabajo a demanda o similares, incluidos los contratos de cero horas, en virtud de los cuales el empleador tiene la flexibilidad de llamar al trabajador para que trabaje cómo y cuándo considere necesario”. Es el caso más extremo de imprevisibilidad del patrón de trabajo y la directiva ofrece protección frente a determinadas prácticas abusivas. En este caso la trascendencia para nuestro derecho es relativa, ya que en concreto el contrato cero horas no está permitido en este momento. Consideramos que sí que habrá que tenerlo en cuenta en aquellos casos en que el trabajador se haya comprometido a la realización de horas extraordinarias o exista pacto de horas complementarias (en el caso del trabajo a tiempo parcial). En todo caso, estamos de acuerdo con la doctrina que critica la regulación que se hace de este tema, ya que se permite excluir del ámbito de protección de la Directiva justamente a los colectivos más vulnerables dentro de este tipo de contratos (ya que pueden ser excluidos los trabajadores que tengan una relación laboral en la que el tiempo predeterminado y el real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un periodo de referencia de cuatro semanas consecutivas)¹⁵. Hay que recordar que el propio Considerando 12 de la Directiva señala, de forma clara, que “los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluido los que tienen contratos de trabajo de cero horas y algunos contratos a demanda, se encuentran en situación especialmente vulnerable”.

El art. 12 regula una serie de derechos para facilitar que el trabajador opte a puestos de trabajo más estables y el art. 13 se refiere a las características de la formación para el puesto de trabajo que debe ofrecer el empresario (aunque en este caso solo será de aplicación en el caso de que la legislación o el convenio establezcan la obligación del empleador de facilitar dicha formación).

¹⁴ Considerando al mismo tiempo, con respecto a este tema, las necesaria coordinación con la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, que se establece la posibilidad de que la persona trabajadora solicite fórmulas de trabajo flexible haciendo referencia a los “calendarios laborales flexibles”. Vid. Igarúa Miró, M.T. “Promoción de la igualdad de género a través de ‘fórmulas de trabajo flexible’”, p.p. 92 y ss.

¹⁵ En este sentido, Elorza Guerrero, F., “La directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, op.cit.

2.5. Papel de la negociación colectiva

Por último, el art. 14 establece una previsión con respecto al diálogo social: “Los Estados miembros podrán permitir a los interlocutores sociales mantener, negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos, de conformidad con la legislación o práctica nacional, que, siempre que respeten la protección general de los trabajadores, establezcan disposiciones relativas a las condiciones de los trabajadores distintas de las contempladas en los artículos 8 a 13.” Es decir, con respecto a todo el contenido del Capítulo III, de estos derechos que en principio se establecen como ese nivel mínimo de protección de las condiciones laborales de los trabajadores. Si se interpreta dicho artículo en el sentido de una modificación al alza (“siempre que respeten la protección general de los trabajadores”) no hay nada que objetar¹⁶. Sería una llamada al diálogo social, clave en el pilar europeo de derechos sociales. Sin embargo, la doctrina ya ha puesto de manifiesto la cuestión de si esto significa una capacidad real de los agentes sociales para llevar a cabo derogaciones *in peius* de la legislación de la transposición de la Directiva¹⁷. La memoria de la Comisión se limitaba a recordar que “el grado general de protección de los trabajadores no debe ser inferior al proporcionado en los arts. 7 a 11 en su conjunto”. A nuestro juicio no es suficientemente concluyente en el sentido de dejar claras las limitaciones de la negociación colectiva en este sentido.

2.6. Garantías de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos

2.6.1. Protección general

El Capítulo V contiene las llamadas disposiciones horizontales, tratándose de una serie de garantías de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos. De esta manera, el art. 15 establece una opción para los Estados miembros con respecto a los incumplimientos en los derechos de información; pueden optar por un sistema de garantía basado en las presunciones favorables al trabajador que el propio estado decida, o bien (o adicionalmente) un sistema consistente en la presentación de reclamación ante autoridad competente con derecho a reparación “oportuna y efectiva”. Esta es otra de las decisiones que deben tomar los estados en el momento de la transposición, siendo lamentable en nuestra opinión que no prosperaran las referencias a las concretas presunciones que se contenían en la propuesta de la Comisión¹⁸. La realidad es que, en el caso de nuestro Derecho interno, existe un abanico de presunciones que en principio cubre suficientemente las exigencias de estos artículos, que por lógica¹⁹ hay que entender referidos a los elementos esenciales y estructurales de la relación y no a cualquiera de los elementos circunstanciales mencionados en la directiva.

En todo caso, según el art. 16 (refiriéndose a los restantes derechos recogidos en la norma) “los estados miembros velarán por que los trabajadores, incluidos aquellos cuya relación laboral haya concluido, tengan acceso a una resolución de litigios eficaz e

¹⁶ Así lo interpretaba, por ejemplo, Monereo Pérez, J.L., “La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo normativo del pilar europeo de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 211/2018, p. 24/29, con respecto al texto original de la propuesta de Directiva, posteriormente modificado en el texto definitivo.

¹⁷ 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*, núm. 149/2019, p. 89.

¹⁸ El considerando 39 es ilustrativo en este sentido, ya que señala una serie de posibles presunciones para el caso de que no exista información, que sería conveniente que introdujeran los estados: presunción de que la relación es por tiempo indefinido, de que no existe ningún periodo de prueba o de que el trabajador tiene un contrato a tiempo completo.

¹⁹ En el mismo sentido, Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo*..., op. cit. p. 268.

imparcial, así como derecho a la reparación en caso de incumplimiento de los derechos que se derivan de la presente Directiva.” Queda como reto para el momento de la transposición de la Directiva determinar cuáles son los límites de lo que se considera “reparación” a los efectos de estos artículos. Una interpretación restrictiva nos podría llevar a considerar que la reparación puede limitarse a subsanar la falta de información, facilitándola. Sin embargo, no parece razonable considerarlo así, puesto que no sería congruente con el sistema alternativo y/o cumulativo que consiste en el establecimiento de presunciones y, además, convertiría los derechos de información en un deber burocrático menor que en muchas ocasiones solo se cumpliría previo requerimiento de la autoridad competente, sin mayor coste para el empleador. El régimen sancionador establecido en el capítulo siguiente de la Directiva cobra aquí especial importancia, siendo necesario determinar si se va a reconocer o no el derecho a la indemnización por daños como parte de esa necesaria “reparación”.

Por otra parte, y con respecto a la tutela del conjunto de derechos que establece el art. 16, hay que señalar que al no hacerse ninguna referencia a “autoridades u organismos”, por lo que en la transposición los estados tienen plena libertad para configurar qué tipo de proceso de tutela configura. Lo único que se exige es la imparcialidad y la eficacia. Esto se puede cubrir con un proceso judicial, pero no es la única vía por la que el estado puede optar en la transposición. Incluso en el caso de que así sea, también queda abierta la posibilidad de que se establezca un proceso especial o bien se subsuma en el procedimiento ordinario, y también es posible que sea ante un tribunal civil o ante uno laboral (considerando 40). Incluso, la tutela del derecho a la información sobre determinadas cuestiones podría ir por una vía diferente a la de otras (siempre que se garantice, obviamente, la eficacia e imparcialidad de ambas soluciones).

2.6.2. Protección frente a consecuencias desfavorables y en particular frene al despido

Los artículos 17 y 18 se ocupan, finalmente, de la protección del trabajador contra el trato y consecuencias desfavorables y particularmente contra el despido, estableciendo en este caso novedades en la carga de la prueba. En el art. 17 se recoge la obligación de los Estados miembros de introducir “las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos aquellos trabajadores que representan a los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra cualesquiera consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una reclamación contra el empleador o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente directiva”. Se trata, por tanto, de una especie de “garantía de indemnidad”, que no coincide exactamente con la que actualmente existe en nuestro derecho interno, ya que no tiene el mismo ámbito.

El problema interpretativo más evidente que presenta este artículo es determinar a qué tipo de reclamaciones se está refiriendo con la doble mención, a saber, por una parte a las reclamaciones contra el empleador y por otra a los procedimientos iniciados con el objetivo de hacer cumplir los derechos de la directiva. Compartimos la opinión de que con esta doble mención se está refiriendo a la reclamación dentro de la empresa, primero, y a la reclamación fuera cuando la anterior no ha prosperado²⁰.

En cuanto a la protección contra el despido del art. 18, es una concreción de la garantía de indemnidad del artículo anterior, referida a la más grave de las actuaciones que se pueden tomar contra el trabajador. Consta de seis apartados, que se refieren tanto

²⁰ Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo...* op. cit., p.289. Recomendamos la lectura de sus argumentos en favor de esta interpretación, basados tanto en el proceso de elaboración de la norma como en la comparación entre el texto de la Directiva en sus distintas versiones lingüísticas, que es muy interesante y convincente.

a prácticas empresariales como a actividad judicial. En particular, el artículo prohíbe no solo el despido, sino también “su equivalente”, lo cual obliga al legislador de cada estado miembro a tener en cuenta el concepto de despido perfilado por el Derecho comunitario, en concreto por la jurisprudencia del TJ²¹, así como las indicaciones realizadas por la propia directiva en sus considerandos²². Por otra parte, aplicando doctrina del TJ, a la prohibición debe acompañarse la correspondiente consecuencia jurídica, reparadora del daño²³. En todo caso, en la transposición el legislador tiene la posibilidad de elegir entre la nulidad o la improcedencia del despido o equivalente. Habrá que estar a la configuración de la nulidad en cada Estado, siendo mayoritaria la doctrina que considera que la nulidad en nuestro derecho es de naturaleza excepcional, estando reservada para los casos en que la conducta empresarial vulnera derechos fundamentales²⁴, y no está claro que en este caso los bienes jurídicos protegidos tengan este carácter. En todo caso, está en manos del legislador imponer una u otra consecuencia.

Por otra parte, el párrafo 2 de este art. 18 establece el derecho del trabajador afectado de pedir al empleador que le proporcione por escrito las causas de su despido o acto equivalente, debidamente fundamentadas. El párrafo 3 contiene una medida novedosa en materia de carga de la prueba: si el trabajador consigue probar “ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente unos hechos que permitan presuponer que ha tenido lugar ese despido o esas medidas equivalentes”, esto afectará a la carga de la prueba, de forma tal que en ese caso “corresponda al empleador demostrar que el despido se ha basado en causas distintas de las prevista en el apartado 1”. Abundando en esta cuestión, el párrafo 4 permite a los estados miembros imponer un régimen probatorio aún más favorable a los trabajadores. Se impone la cuestión de interpretar qué significa la expresión “probar... unos hechos que permitan presuponer”. ¿Es posible entender que se trata de aportar indicios? En nuestro derecho esta inversión de la carga de la prueba una vez que se hayan aportado indicios ya se produce en el caso del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, volvemos con esto a la cuestión de si los derechos consagrados en esta directiva tienen rango suficiente como para que se otorgue el mismo tratamiento procesal ante su vulneración que en el caso de vulneración de derechos fundamentales. Sería una solución simple desde el punto de vista de la economía de procedimientos, pero poco congruente con el carácter excepcional que tiene la nulidad y la inversión de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento. Por último, en el párrafo 5 se establece la salvedad de que los estados miembros no están obligados a aplicar la especialidad probatoria a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad u organismo competente, y en el 6, con una técnica distinta, se señala que “salvo disposición en contrario de los estados miembros”, el apartado 3 no se aplicará a los procesos penales.

²¹ Vid. las sentencias mencionadas por Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo transparentes...*, op. cit., p. 294 y ss, sumamente ilustrativas en este sentido.

²² El considerando 43 de la directiva pone como ejemplo de perjuicio equivalente “que deje de asignarse trabajo a un trabajador a demanda”.

²³ STJUE (Sala Tercera) Caso Jessica *Porras Guisado* contra Bankia, S.A. y Otros. Sentencia de 22 febrero 2018, con respecto a la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

²⁴ Por todos, Sala Franco, T., y Esteve Segarra, A., “La regulación de la extinción del contrato de trabajo”, en VV.AA., *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2018, p. 312. En la misma línea, Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo...* op.cit. cita la STS (Sala Cuarta) de 19 de octubre de 2022, que afirma que “las consecuencias de que un despido carezca a los ojos del juzgador como carente de causa no es (en la actualidad) la de su nulidad, sino la improcedencia. Ni el abuso de derecho ni el fraude de ley desembocan en la calificación acogida por la Sala de duplicación recurrida, no porque ello no fuese exigible desde alguna perspectiva suprallegal sino, sencillamente, porque es el deseo de las leyes”.

En principio no son cuestiones que planteen problemas interpretativos, quedando a la voluntad del legislador nacional.

2.6.3. Tutela administrativa

El capítulo finaliza con una referencia a la tutela administrativa de estos derechos: las sanciones. Su literalidad parece considerar que el establecimiento de un régimen sancionador de las posibles infracciones a las disposiciones nacionales dictadas al amparo de la directiva o que fuesen anteriores pero estuviesen dentro de su ámbito de aplicación es una obligación de los estados: “Los estados miembros ‘establecerán’ el régimen de sanciones aplicables”. Lo que no se especifica es en qué pueden consistir dichas sanciones, ni si habrá que incluir una indemnización, menciones que sí estaban en un principio y desaparecieron durante la tramitación de la directiva. A pesar de que nuestra Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social ya recoge como infracciones determinadas conductas que entrarían dentro del contenido de la directiva, su alcance es más limitado, por lo que habrá de ser completado en la transposición.

2.7. Disposiciones finales: cláusula de regresión y disposiciones más favorables, transposición y aplicación

La Directiva finaliza con un capítulo VI denominado Disposiciones finales, que podemos dividir en dos bloques. Uno, el contenido en el art. 20, referente a la cláusula de regresión y disposiciones más favorables, que se asegura de que la directiva no constituya una justificación válida para la disminución de la protección de la que ya disfrutaban los trabajadores en los respectivos estados miembros, reconociendo expresamente la potestad de dichos estados para introducir disposiciones más favorables, y de fomentar o permitir la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables, y señalando asimismo que la directiva se entiende sin perjuicio de los demás derechos concedidos a los trabajadores por otros actos jurídicos de la Unión. Este artículo es más contundente con el papel de la negociación colectiva que el establecido en el art. 14 con respecto al contenido de los artículos 8 a 13, que como ya comentamos hablaba solamente de respetar “la protección general de los trabajadores”. Habrá que hacer una interpretación sistemática de ambos artículos, indudablemente.

El artículo 21 se refiere a la transposición y aplicación, que debía haber sido completada antes de 1 de agosto de 2022, plazo que España ha incumplido sobradamente. Aparte de este dato, es interesante recalcar el papel que se otorga a la negociación colectiva, congruente con el espíritu del pilar europeo de derechos sociales de fomentar el papel de los agentes sociales²⁵. A este respecto, el art. 21.4 señala que “Los estados miembros adoptarán, de conformidad con su derecho y práctica nacionales, las medidas adecuadas para garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales y promover y mejorar el diálogo social con vistas a la aplicación de la presente directiva” y, de manera mucho más interesante, el art. 21-5 permite que los estados miembros puedan “confiar a los interlocutores sociales la aplicación de la presente directiva, si estos así lo solicitan de manera conjunta y siempre que los estados miembros adopten todas las medidas necesaria para asegurarse de que pueden garantizar en todo momento los resultados que se pretenden lograr” con ella.

Por último, los arts. 22 a 26 de la Directiva consagran una serie de disposiciones transitorias, revisión por la Comisión, derogación de la Directiva 91/533/CE entrada

²⁵ Principio 8 del PEDS y Recomendación del Consejo, de 12 de junio de 2023, sobre el refuerzo del diálogo social en la Unión Europea (DOUE núm. 1389, de 6 de diciembre de 2023).

en vigor y destinatarios, sin mayor interés a nuestros efectos salvo lo ya dicho del incumplimiento de nuestro país del plazo de transposición.

3. LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL: EL PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICAN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 23 DE OCTUBRE, Y OTRAS DISPOSICIONES EN MATERIA LABORAL, PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152²⁶

Siendo necesaria la modificación de determinados artículos de normas con rango de ley, la alternativa de confiar a los interlocutores sociales la aplicación de la Directiva (art. 21.5) no ha sido acogida por nuestro estado. De hecho, en el preceptivo informe del Consejo Económico y Social al anteproyecto de ley, dicho organismo se queja de la falta de diálogo social en esta cuestión. En el dictamen emitido por el CES sobre esta normas a petición del Ministerio de Trabajo²⁷, el organismo (en el que recordemos que están representados sindicatos, empresarios y organizaciones del tercer sector) manifiesta expresamente que hubiera sido “aconsejable” abordar la elaboración normativa para la transposición de esta directiva en el marco del diálogo entre el Gobierno y los interlocutores sociales, y que la única actuación en este sentido llevada a cabo por el gobierno, que fue la una consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas llevada a cabo en el plazo de urgencia de siete días, “no puede considerarse un cauce suficiente para abordar una materia de estas características y relevancia”.

Por otra parte, también se ha desechado por ahora por el gobierno la opción de acudir a la figura de un Decreto-Ley, a pesar del considerable retraso que lleva nuestro país con respecto al plazo para la transposición. Por ahora, la tramitación se está siguiendo por la vía parlamentaria ordinaria²⁸. El texto consta de un artículo único, de modificación del TRLET 2015, tres disposiciones adicionales (la primera estableciendo exclusiones con respecto a la gente del mar, la segunda relativa a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar y la tercera relativa a la evaluación de la previsibilidad en el marco del diálogo social), dos disposiciones transitorias (relativas al periodo de prueba y a la información sobre las relaciones laborales en vigor) y cinco disposiciones finales. En la primera de estas disposiciones finales se introducen las modificaciones a la otra norma con rango de ley que se va a ver afectada por la transposición de la directiva, que es la LISOS. La segunda y tercera hacen referencia al título competencial de la norma y a su carácter de transposición al derecho interno de la directiva, la cuarta hace referencia al desarrollo reglamentario general y al necesario para la adaptación de las condiciones específicas relativas a la gente del mar y la quinta y última establece que la norma entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE.

El primer comentario que nos suscita el texto, con esta sucinta exposición de su contenido, es que se queda muy corta. Se echan en falta referencias a la Ley reguladora

²⁶ BOCG Congreso de los Diputados, núm. 8-1, de 16 de febrero de 2024.

²⁷ Dictamen CES 14/2022.

²⁸ Curiosamente, están en tramitación al mismo tiempo dos proyectos de ley distintos que incluyen reformas del Estatuto de los Trabajadores. El que estamos estudiando y el Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente. (121/000033), presentado el 26/07/2024. Cada vez es más evidente la necesidad de un nuevo Estatuto de los Trabajadores.

de la jurisdicción social, al Estatuto básico del empleado público, a la Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y a la Ley de prevención de riesgos laborales, así como a los reglamentos de las distintas relaciones de carácter especial, cuyos textos también debieran ser adaptados. Nos referiremos a ello entrando en un análisis más detallado.

3.1. La opción del legislador en relación con el ámbito subjetivo de los derechos consagrados en la directiva

3.1.1. Empleados públicos

La primera cuestión que llama la atención es el hecho de que, básicamente, solo se reforme el Estatuto de los Trabajadores, y no el Estatuto Básico del Empleado Público. Se podría entender esto como una opción del legislador nacional de dejar fuera del alcance de los derechos consagrados en la directiva a los funcionarios en particular y a los empleados públicos en general, haciendo uso de la remisión al concepto nacional de trabajador que efectúa la propia directiva. Recordemos que, en nuestra opinión, una interpretación sistemática de la misma nos lleva a la conclusión de que los empleados públicos sí están incluidos dentro de su ámbito subjetivo, ya que señala expresamente que algunos colectivos de entre ellos pueden ser excluidos de los requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo (art. 1.6). No olvidemos, además, que la jurisprudencia del TJ sobre determinadas directivas ha establecido en diversas ocasiones que lo dispuesto en normas europeas afecta tanto al empleo público como al privado²⁹ Pues bien, la exposición de motivos del proyecto de ley en su parte II aclara que, con respecto a los funcionarios, considera que las obligaciones de la Directiva están suficientemente cubiertas en la normativa administrativa que los regula: “la información con respecto de los elementos esenciales de la relación de servicios que recoge la Directiva deben entenderse incorporados con suficientes garantías en el ordenamiento jurídico propios del personal funcionario, puesto que el conocimiento que tienen de las concretas condiciones de prestación de sus servicios se deriva indefectiblemente de la propia publicidad de las normas que las regulan, publicidad (...) que deriva de un mandato constitucional.” Nada dice, en cambio, del resto del contenido de la Directiva, que como hemos visto va más allá de los derechos de información, incorporando un contenido mínimo en las condiciones laborales. Sin embargo más adelante, en la parte III, se refiere al empleo paralelo del personal laboral de la administración, indicando que la regulación establecida en los nuevos arts. 21.1 y 21 bis del TRET, se les aplicará “en los términos establecidos en su normativa específica y, en especial, por lo dispuesto en materia de incompatibilidades de las empleadas y empleados públicos y la reguladora del ejercicio del alto cargo.” Se refiere asimismo a otro de los derechos contemplados por la directiva, como es el de transición a otra forma de empleo más previsible o de mayor seguridad (art. 12 de la directiva), para establecer que este derecho “se garantiza al personal empleado público a través de los sistemas de acceso al empleo público, de carácter periódico, público y reglado, así como los sistemas de previsión de puestos de trabajo igualmente periódicos, públicos y reglados, de modo que este derecho les será de aplicación, en los términos previstos por su normativa específica.”

No podemos compartir esta técnica de transposición que, por una parte, reconoce la inclusión de este grupo de sujetos (los empleados públicos) en el ámbito subjetivo de la directiva y, por otra, da por hecha la transposición con una remisión general a la normativa administrativa con respecto a una parte del contenido de la directiva y, con

²⁹ Sobre este tema, vid. Fuentetaja Pastor, J.A., *Función pública y derecho europeo*, Civitas, Madrid, 2018

respecto a la otra parte, solo la menciona de manera limitada y respecto a un subgrupo dentro de los empleados públicos, para igualmente dar por hecha la transposición con una remisión general a la normativa administrativa ya existente.

La falta de modificación de la normativa relativa a los empleados públicos ha sido también cuestionada por el CES en su informe, al señalar expresamente que “sería necesario, reconocer también el derecho de las personas trabajadoras con relación funcional y estatutaria (a las que la Directiva les reconoce también tal derecho) a ser informadas sobre los elementos esenciales de su relación profesional en términos equiparables a los establecidos por el Anteproyecto en relación con las personas trabajadoras con relación laboral, mediante las modificaciones pertinentes de la normativa específica.”

3.1.2. *Las relaciones laborales de carácter especial y el trabajo en el mar*

La única referencia a su situación se encuentra en las disposiciones adicionales primera y segunda, y se refieren a la situación de la gente del mar y a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. En principio, dado que el ámbito subjetivo de la directiva se remite a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo establecido por el derecho interno, consideramos que las personas con una relación laboral de carácter especial están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la directiva y, por tanto, tienen tanto los derechos de información como los restantes derechos reconocidos en el conjunto de la directiva. Aunque en la mayoría de los reglamentos reguladores de cada una de estas relaciones se reconoce el carácter supletorio del TRET, no tiene por qué haber problema en este sentido, salvo en el caso de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, ya que según el art. 3.2 del RD 1382/1985 el TRET no es aplicable a estos trabajadores salvo remisión expresa. Parece obligada, por tanto, la reforma de dicho reglamento para incluir estos extremos. Dado que el proyecto en su disposición final cuarta habilita al gobierno para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la norma sería interesante que se hiciera uso de esta facultad para ello. Por otra parte, ha sido objeto de atención por la doctrina la situación del trabajo de penados en instituciones penitenciarias, excluidos de la protección del actual texto del RD 1659/1998, situación que consideramos que debe ser corregida dado que el texto de la Directiva no justifica dicha exclusión.³⁰

En cuanto a 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, estos derechos han sido ya incorporados en relativamente reciente adaptación de su régimen regulador por medio del Real Decreto-ley 5/2022. A pesar de que no hace mención alguna a la directiva, en realidad se ha transpuesto tácitamente parte de su contenido.³¹ La clave en todos estos supuestos está en la supletoriedad absoluta del régimen general.

En cuanto a la relación laboral de carácter especial sí mencionada en el proyecto de ley, la del servicio del hogar familiar, se señala que les serán de aplicación los preceptos modificados por dicha ley, “salvo que ello resulte incompatible con las peculiaridades” de dicha relación. En este sentido la transposición es más respetuosa con los derechos de estas personas trabajadoras que el propio texto de la directiva que, a pesar de incluirlos en

³⁰ La situación de los trabajadores con este tipo de relación especial con la nueva directiva ha sido objeto de atención por la doctrina, que abunda en la opinión de que no están excluidos del ámbito de aplicación de la directiva: Miranda Boto, J.M., “Algo de ruido...”. op.cit.p 80; Canalda Criado, S., “La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 440, 2019.

³¹ Como ya puso de manifiesto Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo*.op.cit. p. 108.

su ámbito de aplicación, faculta a los estados miembros para no aplicar las obligaciones de transición a otra forma de empleo y de formación obligatoria, así como de las presunciones del art. 15 “a las personas físicas pertenecientes a un hogar que actúen como empleadoras en los casos en que el trabajo se realice para el hogar en cuestión”. En todo caso, el texto de esta DA2^a necesita una labor interpretativa que quizás, en último caso, realizarán los tribunales, para determinar qué disposiciones pueden ser incompatibles con las peculiaridades de la relación, al tratarse de una expresión amplia y ambigua. Veremos si esta ambigüedad es corregida con una posible reforma del RD 1620/2011.

Por lo que respecta al siguiente grupo de trabajadores mencionado expresamente por el proyecto de ley, “las personas trabajadoras del mar y las pescadoras y pescadores”, recordemos que la directiva establecía una serie de excepciones imperativas para estos colectivo³², a los que no les son de aplicación determinados de derechos de información, cuestión congruente con las especiales circunstancias en que se desarrolla su trabajo. En todo caso, el proyecto de ley utiliza una fórmula similar a la relativa al trabajo doméstico, señalando que no les serán de aplicación las disposiciones del TRET referentes a la previsibilidad del trabajo, la prestación de servicios en el extranjero y la transición a otra forma de empleo “cuando sean incompatibles con las actividades desarrolladas”.

3.1.3. *Otros colectivos de trabajadores*

Finalmente el proyecto no ha hecho uso de la posibilidad de excepcionar de estos derechos a los trabajadores que tengan una relación laboral en que el tiempo de trabajo predeterminado sea igual o inferior a tres horas a la semana, prevista en la directiva. Es una decisión acertada desde el punto de vista de la protección de los trabajadores más vulnerables.

Por otra parte, no se hace ninguna mención a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, por lo que no se les extienden estos derechos, ni tampoco a otro tipo de trabajos de los excluidos del ámbito de aplicación del TRET. Nada obstaba a haberles extendido la protección, aunque finalmente no se haya concretado esta posibilidad.

3.2. Los derechos de información

3.2.1. *Contenido esencial*

La fórmula elegida para la transposición de los derechos e información es mediante una modificación de los arts. 4.2 y 8 del TRET, referente el primero de ellos a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral y el segundo a la forma del contrato de trabajo. De esta manera, se da una nueva redacción a la letra h): “Derecho a conocer por escrito los aspectos esenciales de su relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsibles”, y el antiguo contenido del 4.2.h) pasa a ser apartado i).

De manera complementaria, y en la sede que la doctrina venía señalando como la más adecuada para introducir el desarrollo de todos estos derechos, se modifica el artículo 8 TRET, relativo a la forma del contrato, introduciendo además dos nuevos apartados.

³² La caracterización del concepto europeo de “gente del mar” se efectúa a través de la Directiva 2009/13/CE: “toda persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique la Directiva 1999/763/CE (buques de navegación marítima, de propiedad pública o privada, registrados en territorio de cualquier estado miembro y que se dediquen habitualmente a operaciones marítimas comerciales”. Los pescadores, según la Directiva (UE) 2017/159, son “toda persona empleada, contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque pesquero en las condiciones previstas en el art. 2, con exclusión de los prácticos y del personal de tierra que realice trabajos a bordo de un buque pesquero en el muelle.

En primer lugar, se modifica en relación con la obligación de que figuren por escrito los contratos de trabajo, incluidos los de duración inferior a cuatro semanas, cuestión en la que nuestro ordenamiento claramente era incompatible con los requerimientos de la directiva. En segundo lugar, en relación con la obligación de la empresa de informar por escrito a la persona trabajadora, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales de su relación laboral.

Se echa en falta una definición de cuáles son estos elementos esenciales, que probablemente se desarrollarán reglamentariamente por medio de una modificación del RD 1659/1998 o mediante un nuevo RD que lo sustituya. Sería conveniente que el desarrollo reglamentario copiara literalmente la lista de elementos sobre los que hay que informar del art. 4 de la Directiva, para facilitar el cumplimiento de la norma.

La nueva redacción del art. 8.5 cumple con las exigencias de la directiva en el sentido de que la información hay que darla no solo en el momento de inicio de la relación laboral, sino también durante su desarrollo, ante cualquier modificación que se pueda producir: “tanto en el momento en que esta se inicie como cuando se produzca cualquier modificación de dichos elementos”.

3.2.2. Los derechos de información de los trabajadores desplazados

El proyecto de ley no contiene ninguna referencia a los derechos de información adicional de los trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país (art. 7 de la Directiva), por lo que hay que entender que será una cuestión de la que se ocupará la anunciada modificación del RD 1659/1998. A este respecto, hay que recordar que el art. 7 de la Directiva establece que, salvo que los estados miembros dispongan otra cosa, este derecho a la información no se aplicará si la duración de cada periodo de trabajo fuera del estado miembro en el que el trabajador ejerce habitualmente su actividad es de cuatro semanas consecutivas o menos. Por tanto, la normativa de transposición (en este caso el RD) deberá incluir necesariamente a estos trabajadores si quiere extenderles la protección, como resulta razonable para evitar que el empleador eluda la obligación de informar por la vía de acudir a desplazamiento cortos pero muy frecuentes. En todo caso, consideramos que hubiera sido necesario reformar la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, para incluir este derecho.

3.2.3. Requisitos mínimos relacionados con la información sobre las condiciones de trabajo

Se introducen dos nuevos apartados en este artículo 8 TRET. El primero de ellos define lo que se considera condición de trabajo previsible y el segundo establece una serie de presunciones ante determinados incumplimientos empresariales relacionados con el suministro de información y con las exigencias de previsibilidad.

Hay que decir que la directiva, a pesar de incluir en su denominación la referencia a unas condiciones de trabajo previsibles, no define qué ha de entenderse por ello. De hecho, tan solo contiene una referencia más a este concepto, en el considerando 38, pero nada en su articulado.

Según el texto que se propone para el nuevo art. 8.6 TRET “se entenderá que las condiciones de trabajo esenciales son previsibles cuando la persona trabajadora conozca o pueda conocer de antemano de manera efectiva y por escrito, durante todo el periodo al que se extiende la prestación de servicios, su pauta de trabajo o, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar.” Es decir, que cuando las

condiciones no puedan ser concretadas, al menos el trabajador debe conocer los criterios para su determinación. Consideramos que la norma debería haber sido más específica a la hora de determinar la previsibilidad del “patrón de trabajo”, en el sentido establecido por la directiva. Habrá que estar al desarrollo reglamentario del artículo para ver si responde plenamente a los requerimientos mínimos a los que en este sentido obliga el texto comunitario.

Si atendemos a la exposición de motivos del proyecto, las funciones que se ha pretendido que cumpla la definición de “condición de trabajo previsible” son dos: “por una parte, a la hora de garantizar el efecto útil de las modificaciones introducidas y asegurar el efectivo cumplimiento del derecho de las personas trabajadoras a un mínimo de previsibilidad que es requisito ineludible de un trabajo decente en los nuevos entornos productivos; por otra parte, a servir de elemento interpretativo y de certeza para asegurar la condición de modelo contractual previsible de los contratos a tiempo parcial y evitar un uso abusivo que, de hecho, los haga funcionar como contratos a demanda o a tarea —figura que nuestro ordenamiento ni prevé ni permite—, aumentando la precariedad y mermando los derechos de las personas trabajadoras.”

Recordemos que la directiva sí que tiene en cuenta la posibilidad de que los estados miembros regulen este tipo de contratos precarios, en cuyo caso establece una serie de limitaciones previstas en el art. 11 de la directiva, ya comentado.

Las consecuencias del incumplimiento de la obligaciones de información vienen establecidas en el nuevo art. 8.7: “Sin perjuicio de las presunciones recogidas en el apartado 2 y en el artículo 12.4.a) y c), el incumplimiento de la obligación de información sobre las condiciones esenciales de trabajo relativas a duración del contrato, duración de la jornada y su distribución, así como sobre la duración del periodo de prueba y de las exigencias de previsibilidad descritas en el artículo 12.5.c) y d) hará que el contrato se presuma celebrado por tiempo indefinido ordinario y a jornada completa”. Las presunciones ya existentes que menciona son las que se refieren a incumplimientos acerca de la forma [artículos 8.2 y 12.4.a)] o acerca del registro horario [artículo 12.4.c)]. De esta forma se pretende dar cumplimiento a las exigencias del artículo 15 de la directiva, según el cual en estos casos la persona trabajadora podrá beneficiarse de «las presunciones favorables definidas en los Estados Miembros que los empleadores tendrán la posibilidad de refutar».

3.2.4. El contrato a tiempo parcial: la información sobre el horario y condiciones y el régimen de las horas complementarias

El contenido del Capítulo III de la Directiva ya hemos comentado más arriba que obliga a reformar la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial, por la dificultad de conciliar el actual régimen jurídico de las horas complementarias con las exigencias de previsibilidad de los artículos 10 e incluso 11 de la directiva (pese a que este último se refiere a lo que denomina contratos a demanda, ilegales en nuestro ordenamiento).

La modificación del artículo 12.4.c) TRET tiene como objeto especificar que el registro de la jornada de las personas trabajadoras a tiempo parcial debe incluir el horario concreto de inicio y finalización de aquella. Por su parte, la modificación de la letra e) busca garantizar a las personas trabajadoras a tiempo parcial la misma protección —en términos de previsibilidad de su jornada de trabajo— que la establecida para las personas trabajadoras a tiempo completo. En el texto actualmente vigente de este apartado prohíbe que la empresa imponga al trabajador la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa, teniendo esta conversión carácter siempre voluntario para

el trabajador. Sin embargo, las personas a tiempo parcial no están actualmente protegidas frente a la modificación de la duración de su jornada. El texto propuesto pretende subsanar esta desprotección, en los siguientes términos: “e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, así como el incremento o disminución de las horas de trabajo en el contrato a tiempo parcial, tendrá carácter voluntario y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (...)”.

Se aborda también la cuestión de las horas complementarias, cuyo régimen actual (en el que número de horas que se pueden exigir está limitado, pero se pueden exigir al trabajador en cualquier momento durante la relación laboral) no se ajusta a las exigencias de protección de la directiva. El art. 10, como vimos, obliga a que el marco temporal en que puede exigirse la prestación de servicios esté fijado de antemano, y a que el trabajador esté informado de los días y las horas en las cuales se le puede exigir que trabaje. Por otra parte, se pretende también dar cumplimiento a la obligación establecida en la directiva de que en el caso de que se incumplan los plazos de preaviso el trabajador sea resarcido. La reforma que se propone incorpora estas garantías, y concreta la “reparación” en un mantenimiento del derecho a la retribución, a pesar de la cancelación. Todo ello se establece en los siguientes términos: art. 12.5 c) “El pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por la empresa, así como una indicación de los días y las horas de referencia en los que esta puede solicitar los servicios de la persona trabajadora.” Art. 12.5 d) “d) La persona trabajadora deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días. En el caso de cancelación total o parcial por parte de la empresa de la realización de dichas horas sin observar el plazo de preaviso anterior, la persona trabajadora conservará en todo caso el derecho a la retribución correspondiente.”

3.3. Condiciones laborales mínimas

3.3.1. Limitaciones al periodo de prueba

Otra de las modificaciones más evidentes a las que nos obliga la directiva es la relativa a la duración del periodo de prueba, y el proyecto de ley lo aborda en la sede más razonable para ello, mediante la reforma del art. 14 TRET. Recordemos que el texto vigente señala que el periodo de prueba tendrá la duración que establezca el convenio colectivo sin que, en su defecto, pueda exceder de seis meses para los técnicos titulados y dos meses para los demás trabajadores, con alguna otra especificación en determinados tipos de contratos o de empresa. Es esa referencia general a la duración que establezca el convenio colectivo la que entra en conflicto con la directiva³³, y a la que responde la reforma propuesta. De esta manera, el nuevo art. 14.1 se redacta de la siguiente manera: “1. Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba de conformidad con lo establecido en convenio colectivo. En todo caso, dicho periodo de prueba habrá de respetar los límites recogidos en este artículo. La duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para técnicos y técnicas tituladas, ni de dos meses para las demás personas trabajadoras. En las empresas de menos de veinticinco personas, el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para las personas trabajadoras que no sean técnicos y técnicas titulados. En el supuesto de contratos temporales y de duración determinada, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes si el contrato es concertado por un periodo

³³ A pesar de que, como hemos señalado anteriormente, la directiva es a nuestro entender excesivamente laxa en las competencias otorgadas a la negociación colectiva en lo relativo a la aplicación de lo en ella establecido.

igual o superior a seis meses. Para contratos de duración inferior, la extensión del periodo de prueba se reducirá en la misma proporción.”

Con este texto se pretende dar cumplimiento tanto a la limitación a seis meses de duración máxima que establece el art. 8 de la directiva como a las indicaciones que da el párrafo 2 de dicho artículo para que en los contratos de duración determinada la duración del periodo de prueba sea proporcional a la duración del contrato y la naturaleza del trabajo. Es muy interesantes que se haya optado por fijar de manera concreta la proporción de reducción de la duración máxima³⁴, aunque se haya hecho solo en relación con la duración del contrato y no en relación con la naturaleza del trabajo, como permitía la directiva.

3.3.2. *El empleo paralelo: compatibilidades*

La adaptación a las previsiones de la directiva respecto al empleo paralelo (art. 9) han dado lugar, como apuntaba la doctrina, a la modificación del art. 21 TRET relativo a la prohibición de concurrencia y los posibles pactos de exclusividad o de no competencia. De esta manera se reforma el art. 21.1 TRET para recoger expresamente la prohibición de que la empresa obstaculice o impida a la persona trabajadora la prestación de servicios para otras empresas. Hay que tener en cuenta que la directiva permite que el empresario pueda imponer restricciones a la libertad del trabajador en este sentido, siempre que se basen en causas objetivas, mencionando entre ellas la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses. Según la exposición de motivos del proyecto de ley con el texto que se propone la norma pretende encontrar el equilibrio en tre dos factores: el derecho efectivo de las personas trabajadoras al empleo en paralelo sin que puedan sufrir trato desfavorable por ello, y la posibilidad de que las empresas establezcan limitaciones a lo anterior por razones objetivas.

Art. 21.1: “La empresa no podrá prohibir ni limitar la prestación de servicios para otras empresas por parte de las personas trabajadoras, sin que en ningún caso puedan sufrir un trato desfavorable por dicha situación. Solo cabrán restricciones por incompatibilidad basadas en causas objetivas, como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público y la prevención de conflictos de intereses. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de un pacto de plena dedicación mediante compensación económica.» Se trata de una transposición bastante literal del texto de la directiva, eliminando la referencia a la prohibición de concurrencia desleal, manifestación clásica del deber de buena fe en nuestro Estatuto. En todo caso, consideramos que la prohibición de concurrencia desleal sigue vigente, siendo así que la interpretación clásica de sus elementos por nuestra jurisprudencia está muy vinculada al incumplimiento del citado deber. También se elimina la referencia al pacto de no competencia para después de extinguido el contrato y al pacto de permanencia en la empresa, cuestión que no viene impuesta por la directiva y que plantea la duda de su legalidad a partir de la entrada en vigor de la norma, si se aprueba en los términos propuestos.

3.3.3. *La transición a otras formas de empleo más estable*

Por otra parte, y en cumplimiento de las previsiones del art. 12 de la directiva (transición a otra forma de empleo”, se añade un nuevo artículo 21 bis TRET, en la sección

³⁴ Reto de la transposición que ya apuntaba Mercader Uguina, J., “Los tiempos de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos”, *Documentación Laboral*, núm. 122-año 2021-Vol. I, p. 20.

correspondiente a derechos y deberes derivados del contrato, relativo al derecho de las personas trabajadoras a solicitar otra forma de empleo que ofrezca una previsibilidad y una seguridad mayores y a recibir una respuesta motivada por escrito de la empresa que tenga en cuenta las necesidades de esta última y de la persona trabajadora.: “Artículo 21 bis. Transición a otra forma de empleo. 1. Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 12.4.e) y 15.7, la persona trabajadora con al menos seis meses de antigüedad en la empresa tendrá derecho a solicitar puestos de trabajo vacantes en la empresa que sean a tiempo de trabajo completo, tengan una jornada mayor, sean de carácter indefinido o reúnan condiciones de mayor previsibilidad o estabilidad en el empleo. 2. La empresa deberá dar respuesta a la solicitud prevista en el apartado anterior de manera motivada y por escrito en el plazo de quince días o en el que se estableciera por convenio colectivo, que no podrá superar el plazo de un mes o de tres meses en el caso de empresas, cuyas plantillas no superen las diez personas trabajadoras.” Es de destacar que, con respecto al texto de la directiva, se elimina la necesidad de que la persona haya completado su periodo de prueba, en caso de exigírsele, aunque la realidad es que, dado que la duración máxima del periodo de prueba es de seis meses, la regla general es que si el trabajador tiene esa antigüedad en la empresa ya lo habrá completado (salvo supuestos excepcionales en que el periodo de prueba haya suspendido su cómputo y no lo haya hecho el de la antigüedad). No se hace uso de la posibilidad que ofrecía la directiva de limitar la frecuencia de las solicitudes, y se da un plazo para la obligación de responder motivadamente, lo cual es una garantía adicional para la persona trabajadora.

3.4. El papel de la negociación colectiva

Como pusimos de manifiesto al hablar del contenido de la Directiva, uno de los mayores riesgos que planteaba su transposición es el referente al importante pero ambiguo papel que se le otorga a la negociación colectiva en su aplicación, que puede interpretarse como una manifestación más de la relevancia que le otorga en general el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, pero que quedaba abierto al debate sobre su competencia para reformar *in peius* las legislaciones de transposición de la directiva³⁵. Por fortuna no es esta la interpretación que adopta el proyecto de ley, cuya exposición de motivos señala expresamente que “todas las materias objeto de incorporación o modificación mediante esta norma son, como no puede ser de otra manera, susceptibles de tratamiento por parte de la negociación colectiva en los términos previstos en el artículo 85 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en los respectivos artículos afectados”, De hecho, se introduce una DA tercera referente al papel del diálogo social en este sentido, según la cual “En el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de esta norma, y en el marco del diálogo social, se evaluará su impacto en la previsibilidad de las condiciones de empleo, así como sus consecuencias en materia de tiempo de trabajo, en particular en los contratos a tiempo parcial, para, en su caso, adoptar las medidas que permitan mejorar las garantías de las personas trabajadoras y de las empresas, sin perjuicio de las mejoras que se puedan acordar en el marco del diálogo social y que puedan incorporarse al proyecto de ley durante la tramitación de la norma”. Las referencias a las mejoras incorporadas por el diálogo social al proyecto de ley durante su tramitación parecen una triste broma, dado el inexistente papel que se le ha dado, de facto, en dicha tramitación.

3.5. Los plazos de ejercicio de los derechos de información y su forma

Como dijimos en apartados anteriores, dos de las principales novedades de la Directiva (UE) 2019/1152 con respecto a su antecedente, la Directiva 91/533 han sido el

³⁵ En este sentido, Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo...*, op.cit.,p.34.

acortamiento de los plazos para transmitir la información al trabajador y la referencia a las nuevas tecnologías y la digitalización en el tema de la forma en que dicha información se le transmita.

En cuanto al tema de la forma, el proyecto de ley simplemente exige que la forma sea escrita. ES de esperar que sea el desarrollo reglamentario del nuevo art. 8 TRET, modificando el RD 1659/1998, desarrolle en detalle los medios tecnológicos que se pueden utilizar, que recordemos que según el considerando 24 de la directiva el escrito deber poder presentarse en formato electrónico y que, según su art. 3, “la información se proporcionará y transmitirá en papel o, siempre que sea accesible para el trabajador, que se pueda almacenar e imprimir y que el empleador conserve la prueba de la transmisión o recepción, en formato electrónico”-

Por lo que respecta a los plazos, el nuevo art. 8.5 TRET contiene una referencia a que la información se hará en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, por lo que habrá que estar también a la modificación del RD 1659/1998.

3.6. El régimen sancionador

La disposición final primera modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en orden a transponer las disposiciones en materia de tutela de los derechos consagrados.

Según el art. 19 de la directiva la infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la directiva tiene que ser sancionadas, con sanciones “efectivas, proporcionales y disuasorias”.

Para ello, se modifica la relación de infracciones leves (art. 6 LISOS), en cuyo párrafo 5 ahora se incluye el incumplimiento de la nueva obligación incorporada en el nuevo artículo 21 bis del TRET de dar respuesta motivada por escrito a la solicitud formulada por las personas trabajadoras, de otra forma de empleo que ofrezca una previsibilidad y una seguridad mayores.

También se modifica el art. 7 LISOS, incluyendo dentro de las infracciones graves la conducta consistente en “1. No formalizar por escrito el contrato de trabajo, cuando este requisito sea exigible o lo haya solicitado la persona trabajadora, o no formalizar el acuerdo de trabajo a distancia en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos o no informar por escrito a la persona trabajadora sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, en los términos y plazos establecidos reglamentariamente.”

Aunque no lo señale expresamente el articulado del proyecto de ley hay que entender derogado el actual art. 6.4, según el cual la falta de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, en los términos y plazos establecidos reglamentariamente es infracción leve. Con la nueva redacción del artículo 4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, este derecho se incluye entre los derechos básicos de los trabajadores, por lo que debe considerarse infracción grave, como ocurre con las vulneraciones de los demás derechos contemplados en dicho artículo. De hecho, se modifica el art. 7.1 LISOS para tipificar como infracción grave la falta de información por escrito a la persona trabajadora sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, en los términos y plazos establecidos reglamentariamente.

Por lo que respecta a las infracciones muy graves, y en congruencia con la nueva redacción del artículo 21.1 del TRET que establece que la empresa no podrá prohibir ni limitar la prestación de servicios para otras empresas por parte de las personas trabajadoras, sin que en ningún caso puedan sufrir un trato desfavorable por dicha situación, se modifica el art. 8 LISOS para incluir un apartado 12 en el sentido de que las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores sean constitutivas de infracción muy grave, considerándose que se incurre en esta infracción cuando estas decisiones desfavorables se adoptan en situación de pluriempleo.

4. LOS SILENCIOS DEL PROYECTO

El proyecto de ley no acaba de responder a todas las obligaciones que se derivan de la Directiva. Algunos de sus defectos ya los hemos puesto de manifiesto, como es el caso de la situación de los trabajadores con relaciones laborales de carácter especial, o la de los trabajadores enviados a otro estado miembro o a un tercer país. Pero hay algunas cuestiones más, que quedan en el aire.

Nos referimos, por ejemplo, a todo el tema de la tutela de estos derechos, más allá del régimen sancionador. No se hace referencia, por ejemplo, a los mecanismos de resolución anticipada de litigios y tampoco a la posibilidad de recibir una reparación adecuada de manera oportuna y efectiva, y no solo en el caso de incumplimiento de los plazos de preaviso para la cancelación de las horas complementarias.

Pero, sobre todo, a la protección contra el despido de los trabajadores por haber ejercido los derechos establecidos y carga de la prueba, tema en que el silencio del proyecto es clamoroso. Quizás considera el legislador que el tema queda cubierto con la regulación ya existente sobre la garantía de indemnidad del trabajador, pero en todo caso debería haber hecho alguna mención por ejemplo en la exposición de motivos. Nos remitimos a las dudas planteadas en apartados anteriores, al hilo del análisis de la directiva, y lamentamos que no se hayan reformado los artículos correspondientes a la regulación del despido en el TRET para aclarar si la extinción “en represalia” sería un supuesto de improcedencia o de nulidad, y aclarar el juego de las presunciones. También hubiera sido deseable una reforma de la LJS en este mismo sentido.

Particularmente lamentable es que no se haya incluido una referencia en el Estatuto al nuevo concepto introducido por la Directiva de “patrón de trabajo”, e incluso una delimitación de lo que se consideran “patrones de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles”, sin concretar tampoco en qué debe consistir la referencia a “días específicos” que efectúan varios de sus artículos [arts. 2 b), el 4.2.m y el 10.1 a)]

Asimismo, consideramos que hubiera sido interesante incorporar una reforma del artículo 34.6 ET, para incorporar la definición de calendario laboral que da la directiva.³⁶

Se ha perdido también la oportunidad de reformar el art. 23 TRET para incorporar la exigencia que establece el art. 13 de la directiva de que, en el caso de que la legislación nacional, de la UE la regulación convencional requieran al trabajador para que lleve a cabo el trabajo para el que ha sido contratado, dicha formación se proporcione gratuitamente

³⁶ Algún autor ha mencionado la necesidad de estar atento a las consecuencias que pueden tener para las pequeñas y medianas empresas los cambios introducidos en la normativa (García Gil, B. “Primeras aproximaciones al proyecto de ley para la modificación del estatuto de los trabajadores: condiciones laborales transparentes y previsibles. Transposición de la Directiva (UE) 2019/1152”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2024). De todas formas, como hemos visto, poco se mejora en relación con el mínimo exigido por la directiva, salvo lo relativo al papel de la negociación colectiva.

al trabajador, se compute como tiempo de trabajo y, a ser posible, tenga lugar durante el contrato de trabajo.³⁷

5. BIBLIOGRAFÍA

Canalda Criado, S., “La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 440, 2019, pp. 161-184.

Cardona Rubert, B., “Gestión algorítmica y condiciones laborales de los trabajadores de plataformas: la necesaria directiva de mejora de condiciones laborales de los trabajadores de plataformas”, *Documentación Laboral*, núm 129, 2023, págs. 11-28.

Castro Franco, A., “El concepto de persona trabajadora en el Derecho de la Unión Europea”, *Lan Harremanak*, 2023, 49.

Elorza-Guerrero, “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 168, 2023, pp. 67-10.

Extremera Méndez, M., “Capítulo VI. Transparencia y previsibilidad de las condiciones laborales: puntos críticos en la larga espera para su transposición”, en Villar Cañada, I.M. (dir.), Molina Navarrete, C. (dir.) *Pilar europeo de Derechos Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes*, Bomarzo, 2024, pp. 155-194.

Fuentetaja Pastor, J.A., *Función pública y derecho europeo*, Civitas, Madrid, 2018.

García Gil, B., “Primeras aproximaciones al Proyecto de ley para la modificación del estatuto de los trabajadores: condiciones laborales transparentes y previsibles: Transposición de la Directiva (UE) 2019/1152”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2024.

García Gil, B. “Primeras aproximaciones al proyecto de ley para la modificación del estatuto de los trabajadores: condiciones laborales transparentes y previsibles. Transposición de la Directiva (UE) 2019/1152”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2024).

Igartua Miró, M.T., “Promoción de la igualdad de género a través de ‘fórmulas de trabajo flexible’. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Femeris*, Vol.7, núm. 2. Pp.86-114.

Mercader Uguina, J.R., “Los tiempos de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos”, *Documentación Laboral*, núm. 122-Año 2021-Vol I.

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: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 149, 2019, págs. 71-100.

Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, 2023.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., “La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo “normativo” del pilar europeo de los derechos sociales”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 211, 2018, pp. 85-111.

³⁷ Referencia que ya existe con respecto al supuesto de que se introduzcan modificaciones introducidas en su puesto de trabajo, en la actual redacción del art. 52 b) relativo al despido por causas objetivas.

Moraru, G.F., “Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 154, 2022, págs. 181-206.

Poquet Catalá, R., “Algoritmos, inteligencia artificial y condiciones de trabajo, ¿son compatibles?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 66, 2023.

Ribes Moreno, I. “La compleja inclusión de los pescadores en el control del tiempo de trabajo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, núm. 2, 2022, págs. 770-789.

Ribes Moreno, I., “El contrato de trabajo del pescador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 60, 2021 (Ejemplar dedicado a: El trabajo a bordo de buques de pesca y su protección social).

Rizzo Lorenzo, G., “Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 5, núm. 1, 2024.

Rodríguez Martín-Retortillo, R., “Deber de transparencia y límites de la inteligencia artificial en las relaciones laborales”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 102, 2023.

Rodríguez-Piñero Royo, M., “La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2019 (Ejemplar dedicado a: Las nuevas directivas sociales), págs. 1089-1108.

Sala Franco, T., y Esteve Segarra, A., “La regulación de la extinción del contrato de trabajo”, en VV.AA., *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2018.

Sala Franco, T., “La directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en ordenamiento laboral español”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 251, 2022, pP. 29-48.

Sánchez-Rodas, C. “Los conceptos de trabajador/a en la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: zonas grises”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 38 (1º Trimestre 2024).

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la Jurisprudencia del TJUE”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 232, 2020.

Terradillos Ormaechea, “La transparencia en las condiciones de trabajo en la Unión Europea y en España como elemento que combate el abuso en las relaciones laborales”, en Rodríguez Escanciano, S., Álvarez Cuesta, H., Xabiere Gómez García, F., (coord.) *Avanzando en transiciones justas en la Unión Europea: el trabajo decente como motor de cambio (ATJUE) : materiales para el estudio*, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 139-165.

**PONENCIA INVITADA DE UNIVERSIDAD NO ANDALUZA:
LA NOCIÓN DE DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL ITALIANO Y EN EL ORDENAMIENTO
EUROPEO**

MARCO ESPOSITO

Professore Ordinario di Diritto del lavoro
Università di Napoli “Parthenope”
marco.esposito@uniparthenope.it
ORCID 0000-0001-8346-4967

SUMARIO:

1. LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN EL DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS Y LA PARÁBOLA DEL ESTATUTO PROTECTOR DEL DERECHO DEL TRABAJO
2. LA DEFINICIÓN DE DESPIDO ECONÓMICO
3. LOS REQUISITOS ESENCIALES DE LA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA
4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL REPECHAGE
5. DESPIDOS COLECTIVOS: VULNERACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

EXTRACTO

Este trabajo analiza críticamente, de forma sistemática, la doctrina judicial —el derecho viviente— de los Tribunales Superiores italianos en relación con el régimen sancionador de los llamados despidos económicos (despido individual por causa objetiva justificada y despidos colectivos). En Italia existen diversos problemas de interpretación sobre esta cuestión y el ensayo trata de ofrecer una lectura integrada y razonada, que ponga de manifiesto algunos problemas de legitimidad constitucional de la disciplina normativa italiana, también a la luz del ordenamiento jurídico europeo e internacional.

ABSTRACT

This paper presents a critical analysis of the judicial doctrine – the living law – of Italian High Courts in relation to the sanctioning regime of the so-called economic dismissals (individual dismissal for justified objective cause and collective dismissals). It addresses the various problems of interpretation on this issue that have arisen in Italy and offers an integrated and reasoned reading, which highlights some problems of constitutional legitimacy of the Italian law, also in the light of the European and international law.

1. LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EN EL DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS Y LA PARÁBOLA DEL ESTATUTO PROTECTOR DEL DERECHO DEL TRABAJO

Uno de los frutos más venenosos de la corriente neoliberal que ha afectado a las economías de tantos países europeos, entre 2010 y 2015 en particular, puede considerarse sin duda esa serie de reformas de la legislación laboral inspiradas en el dogma de la prevalencia - especialmente en tiempos de crisis - de la plena discrecionalidad organizativa del empleador sacrificando así la estabilidad en el empleo.

El germen de ese fruto viene de lejos, ya desde la directriz europea de *flexiguridad* (2006); cuya controvertida filosofía subyacente impregnó las políticas laborales nacionales en Europa, desplazando la protección de la relación al mercado, con un fuerte relanzamiento de las políticas activas y pasivas que amortiguaron, o más bien debieron amortiguar, acompañaron y apoyaron las dificultades generales - en términos de estabilidad en el empleo- derivadas de la fase económica recesiva de aquellos tiempos.

Como se mencionó al principio, esta transición estuvo marcada por el debilitamiento de algunas protecciones tradicionales, con un visible desplazamiento de los valores hacia la “racionalidad”, o más sencillamente las razones, de la empresa. Esto tanto en el plano individual como en el colectivo; y en este último caso con una exaltación decisiva de la corporativización de las relaciones laborales.

Hay que señalar que la transición a la que nos hemos referido se presentó con formas y contenidos de rasgos tan discontinuos respecto al paradigma tradicional del derecho del trabajo que hemos asistido a un notable esfuerzo interpretativo por parte de la jurisprudencia -de mérito, legitimadora y constitucional- y de la doctrina en la dirección de circunscribir, o al menos destacar, ciertos desequilibrios que las reformas podrían haber desencadenado en su fase de aplicación. Y uno de los ámbitos sobre los que se abrió tal fase de acomodación en Italia fue precisamente el de los despidos, pero en particular el de los llamados despidos económicos; un ámbito disciplinario profundamente reescrito, en

Italia, primero por la ley no. 92 de 2012 (conocida con el nombre de “Reforma Fornero”), que innovó íntegramente el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores y, después, por el Decreto Legislativo núm. 23 de 2015 (una de las piezas de la llamada Jobs Act) que introdujo -para los trabajadores contratados a partir del 7 de marzo de 2015- un nuevo modelo de tutelas en caso de nulidad del despido. Un modelo que sitúa en el centro, como remedio general, la indemnización de carácter económico y la reincorporación al puesto de trabajo en posición contingente, es decir, sólo en presencia de vicios especialmente graves en el cese del empresario. En este contexto, por tanto, se sentaron las bases para hacer efectiva la denominada protección real - la reintegración en el puesto de trabajo- sea realmente residual en caso de despido económico; ello en aplicación de una indicación precisa de la delegación de competencias sobre la que se construye la Ley de Empleo, donde se especifica que para *“reforzar las oportunidades de inserción en el mundo laboral de los demandantes de empleo (...) se delega en el Gobierno la adopción de (...) uno o varios decretos legislativos (...) en cumplimiento de los siguientes principios y criterios rectores, en línea con la regulación de la Unión Europea y los convenios internacionales: (...) c) previsión, para las nuevas contrataciones, de un contrato indefinido con protecciones crecientes en función de la antigüedad, excluyendo para los despidos económicos la posibilidad de reincorporación del trabajador al puesto de trabajo, estableciendo una indemnización económica determinada y creciente con la antigüedad y limitando el derecho a la reincorporación a los despidos nulos y discriminatorios y a los supuestos específicos de despido disciplinario injustificado”* (art. 1(7), Ley n.º 183 de 2014).

Este criterio orientador forma parte, pues, del diseño general de las reformas mencionadas; además, en continuidad con otra indicación legislativa relevante, contenida en el artículo 30 inciso 1 de la Ley no. 183 de 2010, según el cual *“en todos los casos en que las disposiciones de la ley [relativas a la relación laboral] contengan cláusulas generales, incluidas las normas sobre el establecimiento de una relación laboral, el ejercicio de los poderes de los empleadores, la transferencia de un negocio y la terminación del empleo, la revisión judicial se limita exclusivamente, de conformidad con los principios generales del derecho, a la comprobación de la legitimidad de la presunción de legitimidad y no puede extenderse a la revisión de los méritos de las evaluaciones técnicas, organizativas y de producción que son responsabilidad del empleador o del principal”*. El incumplimiento de lo dispuesto en la frase anterior sobre los límites de la revisión de los méritos de las evaluaciones técnicas, organizativas y de producción que sean responsabilidad del empresario constituirá motivo de recurso por infracción de las normas de Derecho.

En esencia, el legislador trató de construir un sistema de legitimación del retraimiento, primero, y de las protecciones, después, en el que en la dialéctica entre libre iniciativa económica y estabilidad en el empleo quedaba clara una opción valorativa básica a favor - en su conjunto - del primer elemento de esta dicotomía dialéctica básica.

2. LA DEFINICIÓN DE DESPIDO ECONÓMICO

La referencia al “despido económico” dentro del mencionado artículo 1 de la Ley Delegada n.º 183 de 2014 requiere - por obvias razones sistémicas - fijar sus contornos; una operación no lineal. La razón principal de la complejidad deriva de la naturaleza no propiamente técnica de la expresión, que de hecho no corresponde en Italia a una definición legislativa precisa; por el contrario, es conocida en otros sistemas, como Francia.

Así lo señaló el propio Tribunal Constitucional italiano en la sentencia nº 7 de 2024, que observaremos con detalle a continuación. Aquí, en el apartado 7, reconoce la intrínseca ambigüedad y atecnicidad del sintagma, que “no pertenece al léxico jurídico en sentido estricto” pero que, sin embargo, en el lenguaje corriente se presenta como una forma amplia y dúctil “potencialmente susceptible de ser utilizada en sentido omnicomprendido” para incluir tanto los despidos individuales por causas objetivas justificadas como los despidos colectivos con reducción de plantilla. El rasgo común residiría, por tanto, en la común trazabilidad de los motivos subyacentes a las medidas relativas a “razones de empresa”, razones – precisamente - de naturaleza económica.

Con tal razonamiento, se crea una simetría entre los casos funcionales a un razonamiento que - veremos - será útil al Tribunal para rechazar la cuestión de constitucionalidad del artículo 10, en relación con el artículo 3 párrafo 1, del Decreto Legislativo n.º 23/2015. Una simetría que, sin embargo, también debe destacarse en relación con la evolución -de la propia doctrina judicial del Tribunal- sobre las aperturas a la tutela de la readmisión en otras hipótesis de defecto e ilegitimidad del despido por causa objetiva justificada.

Si, por tanto, se afirma, como rasgo común identificador de los despidos por motivos objetivos y de los despidos colectivos, su origen/motivo económico, la distinción entre estos dos tipos de extinción patronal se diluye. Y parece centrarse en el procedimiento más articulado - tanto administrativo como sindical- y en la mayor latitud de los intereses en juego que acompañan al ejercicio concreto de esa potestad en el caso de los despidos colectivos.

Esto puede significar que nos encontramos ante la superación de las tesis sobre la diversidad ontológica, ya no unánimes en la doctrina (Ferraresi 2016); donde en el plano causal y motivacional nos encontramos ante un tipo ahora unitario: precisamente el despido que definimos como económico, es decir, por causas económicas

3. LOS REQUISITOS ESENCIALES DE LA JUSTIFICACIÓN OBJETIVA

Al proceder ahora a tratar por separado la reconstrucción de los dos tipos de extinción, debe reiterarse, no obstante, la conclusión final del apartado anterior. En el sentido de que, en ciertos aspectos, el razonamiento desarrollado a lo largo del tiempo al margen de la reconstrucción y calificación de la disposición, y del caso en cuestión, descriptiva del despido por motivos objetivos puede probablemente extenderse a operaciones similares relativas al despido colectivo. Y ello partiendo de la configuración de la expresión descriptiva del motivo objetivo en el artículo 3 de la Ley núm. 604, de 15 de julio de 1966, como disposición o cláusula general: el despido por causas objetivas es el derivado de “*causas inherentes a la actividad productiva, a la organización del trabajo y a su funcionamiento ordinario*”.

Se trata de una cuestión de excepcional importancia, ya que, en función de la configuración elegida, el espacio hermenéutico, su amplitud y pertinencia, pueden asumir también dimensiones muy diferentes. Teniendo en cuenta, en efecto, que tradicionalmente la norma general se considera autosuficiente, es decir, necesitada “sólo” de una interpretación interna y coherente con el sistema - ciertamente de tipo sistemático y de orientación constitucional -, mientras que las cláusulas generales, meras directrices hermenéuticas, requieren ser vivificadas o sustanciadas captando referencias extrínsecas a reglas, prácticas y normas de carácter técnico, ético o social, parece evidente el peso articulado y modular que el papel del Juez puede desempeñar en función de la opción elegida.

En verdad, en el caso de la definición de justificación objetiva la distinción parece más matizada. Incluso si se aceptara la configuración de una cláusula general, el juez se encuentra en cualquier caso bastante “limitado” a recurrir a normas extraprocerales, lo que conduciría casi inevitablemente a un examen del fondo que, por otra parte, le está incuestionablemente vedado. En efecto, ateniéndose a los principios y valores constitucionales, sin perjuicio de la obligación de motivación, el alcance del artículo 41 de la Constitución, incluso en presencia del derecho al trabajo del artículo 4 de la Constitución, impide al juez sustituir al empresario en la determinación organizativa de su actividad económica.

Tanto es así que en la actualidad se ha definido un núcleo esencial de verificación judicial que -soldado de diversas formas a los principios constitucionales- tiende a encontrar, considerándolos elementos fundamentales de la justificación objetiva: la supresión del puesto; la existencia y eficacia económica de los motivos; la incidencia en las funciones y puesto de trabajo del empleado, en razón de lo que se define como nexo causal entre la supresión del puesto y el trabajador; por último, pero con rasgos aún en construcción y por tanto fluidos, la carga -y para algunos obligación- *de la repesca*. Este último es el elemento que, más que los demás - lo que se deduce del tenor literal del artículo 3 de la Ley núm. 604/1966-, es fruto de una intensa y muy significativa labor creativa del Derecho viviente, en la búsqueda dinámica de un equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho a la estabilidad de la relación laboral o, mejor, el derecho del trabajador a no sufrir - sin culpa alguna - las consecuencias de una elección empresarial con rasgos y efectos “tendencialmente” inevitables. Este es el resultado de la visión del despido económico *como extrema ratio*; una visión que se asienta y define a lo largo del tiempo: primero al considerar de forma restrictiva las *causas inherentes a la actividad productiva, a la organización del trabajo y a su funcionamiento regular*, y después - con la ampliación de la casuística o de los supuestos que pueden incluirse en esa noción - con un énfasis creciente en el repechaje. Durante mucho tiempo la jurisprudencia sostuvo que el despido por causas objetivas sólo era legítimo ante una crisis empresarial¹, exigiendo en algunos casos que el empresario demostrara una crisis estructural o no meramente contingente o incluso en presencia de una situación económica gravemente negativa². Sólo en pronunciamientos más recientes surge una posición de los jueces que tiende hacia una noción más integradora, en la medida en que se considera que el dato legislativo permite al empresario proceder al despido aunque sólo sea con la finalidad de ahorrar con vistas a una mayor rentabilidad, excluyendo, sin embargo, que ello pueda producirse con la mera sustitución del trabajador por una nueva contratación menos costosa³. En otras palabras, se considera legítimo despedir a un trabajador cuyas funciones se suprimen, tanto en el supuesto de que esta supresión elimine definitivamente el rendimiento que la sustenta, como en el supuesto de que las funciones correspondientes al trabajador despedido se redistribuyan entre los demás trabajadores⁴.

En la práctica, y partiendo de un importante punto de inflexión jurisprudencial en 2016⁵, donde en mi opinión se hace eco del espíritu del art. 30, apdo. 1, l. 183/2010, los

¹ Cass. 21875/2015.

² Cass 5512/2011; según Cass. 5173/2015, el despido económico surge de “la necesidad de proceder a la supresión del puesto de trabajo o departamento al que está adscrito el trabajador individual, supresión que no puede ser meramente instrumental para incrementar el beneficio, sino que debe estar dirigida a hacer frente a situaciones desfavorables no contingentes”.

³ Cass. 7474/2012; Cass. 10371/2001.

⁴ Cass. 31528/2019; Cass. 29238/2017.

⁵ Cass. 25201/2016 según la cual “los efectos de la reestructuración organizativa” pueden “tener su origen en el objetivo de una mejor gestión y eficiencia productiva o estar dirigidos a incrementar la rentabilidad de la empresa y, por tanto, eventualmente el beneficio y no estar determinados únicamente por la necesidad de hacer frente a situaciones económicas desfavorables no contingentes o a gastos extraordinarios”; en el mismo sentido Cass. 1386/2022.

motivos que pueden integrar la noción de razón objetiva justificada son efectivamente variados y amplios.

Crisis de la empresa, supresión del puesto de trabajo, necesidad de lograr una gestión empresarial más eficaz y económicamente más conveniente, hechos inherentes a la persona del trabajador pero independientes del elemento subjetivo⁶ (incluida la incapacidad física sobrevenida del trabajador: la carga de la prueba de la incapacidad sobrevenida del trabajador para el desempeño recae íntegramente sobre el empresario y, a falta de dicha prueba, el despido es improcedente⁷).

3.1. La creación del *repechage*

En cualquier caso, como hemos mencionado anteriormente explicando la *motivación*, las contingencias objetivas contempladas en el artículo 3 de la Ley 604/66 se convierten en causas válidas de despido sólo si ya no es posible para el empresario utilizar la profesionalidad del trabajador de otra forma, dentro de los límites señalados en el artículo 2103 del Código Civil⁸. La legitimidad del despido sólo cuando no existen alternativas obliga al empresario a extinguir la relación sólo si no existen posibilidades de recolocación (precisamente el llamado *repêchage*) del trabajador en otras tareas, incluido las de nivel inferior⁹. Esto significa que el empresario, que en cualquier caso soporta la carga de la prueba, debe probar la existencia del motivo alegado, el nexo causal entre las decisiones organizativas y la medida de despido adoptada contra el trabajador, así como la imposibilidad de destinar al mismo trabajador a otras tareas.

Entre las muchas, cito una sentencia del Tribunal Supremo de Casación de 2018, núm. 10435, en la que se afirma claramente que el despido por causa objetiva justificada requiere la verificación de la existencia tanto de la supresión del puesto de trabajo como de la imposibilidad de colocación diferente del trabajador: por tanto, dado que ambos los requisitos previos forman parte de la estructura del caso, se deduce que la falta de uno solo de los dos requisitos determina la inexistencia del hecho que fundamenta el despido.

3.2. El carácter variable de las protecciones en relación con la naturaleza del defecto denunciado: límites y razonabilidad

Dicho lo anterior, no cabe duda de que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, existen evidentes desarmonías, dada la fragmentación de una disciplina que produce incesantemente una situación de incertidumbre aplicativa. Esta desarmonía es evidente en la medida en que la aplicación del Decreto Legislativo núm. 23/2015 únicamente a los contratados desde el 7 de marzo de 2015 da lugar a la copresencia de distintos regímenes normativos sancionadores del despido. Esta diversidad puede dar lugar a dificultades de aplicación: no solo las consecuencias reparadoras, sino los propios requisitos previos de legitimación varían en función de la fecha de contratación.

Esta finalidad se puso de manifiesto en la regla establecida por el artículo 18, apartado 7, segunda frase, del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 92/2012, que en el caso de despido por causas objetivas justificadas limita el ámbito de aplicación

⁶ Cass. 1305/2017; 21715/2018; 19302/2019; 29101/2019.

⁷ Cass. 9937/2024.

⁸ La legitimidad del despido por supresión del puesto de trabajo exige que la imposibilidad de reubicar al trabajador en otro lugar se verifique también en relación con las funciones superiores que le hayan sido efectivamente atribuidas y que desempeñe (Tribunal de Casación 30950/2022), o con las funciones inferiores que sea capaz de desempeñar, incluso en virtud de un contrato de duración determinada (Tribunal de Casación 18904/2024).

⁹ Cass. 6085/2021.

de la tutela de readmisión a la hipótesis de la “carencia manifiesta de fundamento” del hecho alegado por el empresario.

La Corte Constitucional, en Sentencia No. 59 de 2021, declaró la ilegitimidad constitucional de la citada disposición en cuanto dispone que el juez, cuando compruebe que el hecho que fundamenta el despido por justificación objetiva es manifiestamente infundado, puede y no debe ordenar el reintegro del trabajador.

El Tribunal consideró que la norma era contraria al principio de igualdad ante la diferencia de trato prevista por el legislador de la reforma Fornero al prever, en la hipótesis de inexistencia del hecho, la aplicación de la protección de reintegración facultativa y sujeta a una valoración en términos de no excesiva onerosidad para el caso de despido por causa objetiva justificada, mientras que para el despido por justa causa se prevé la aplicación automática de la reintegración.

Las dificultades de interpretación no podían sino aumentar con referencia al concepto de inexistencia “manifiesta” de las causas que fundamentan el despido económico¹⁰ antes de que el Tribunal Constitucional interviniera con la sentencia 125/2022, se argumentó sobre este perfil que el legislador con esta expresión quiso reconocer la tutela real sólo en los casos en que la carencia manifiesta, aunque sólo sea en el plano procesal, de los elementos de justificación objetiva, lleva, incluso en ausencia de indicios que apunten a la concurrencia de motivos discriminatorios o de represalia, a la conclusión de que el despido es enteramente pretextual, hasta el punto de que habría sido adoptado sólo para obtener la extinción de la relación. En consecuencia, la Corte Constitucional, con sentencia No. 125/2022, declaró la ilegitimidad constitucional del artículo 18, numeral 7, segunda frase, de la Ley No. 300 de 1970 en la parte en que dispone que la inexistencia del hecho, para dar lugar a la aplicación del restablecimiento, debe caracterizarse también por su carácter manifiesto. Según el Tribunal, esta expresión vicia la disposición en virtud de los artículos 3, 4 y 35 de la Constitución, ya que la existencia de un hecho no se presta a gradaciones. En esta sentencia subyace el reconocimiento de la indefinición de esta connotación y la falta de un mayor disvalor en la apreciación de este carácter manifiesto, que por sí mismo no hace más grave el despido. Desaparece así la función parcialmente descalificadora del carácter manifiesto de la inexistencia del hecho, que por sí mismo determina necesariamente la aplicación de la tutela real. Con su sentencia nº 125 de 2022, el Tribunal Constitucional no se limitó a sancionar la eliminación del requisito del carácter manifiesto de la falta de fundamento para la aplicación de la protección real. De hecho, según el contenido literal de la segunda frase del apartado 7 del artículo 18, vigente antes de la última intervención del Tribunal, el carácter manifiesto de la falta de fundamento representaba el criterio de graduación de la gravedad, dentro de la noción de injustificabilidad, que caracterizaba el despido injustificado merecedor de protección real en lugar de indemnización. En el momento en que la sentencia núm. 125/2022 elimina este criterio, permanece intacta la necesidad de distinguir, y de valorar separadamente (...) la inexistencia del hecho conducente a la readmisión y las demás hipótesis de ilegitimidad del despido para la justificación objetiva conducente a la tutela indemnizatoria¹¹. Se trata de una distinción que difícilmente se da por supuesta, dado que según la orientación actualmente imperante en la jurisprudencia de legitimación, la inexistencia manifiesta del hecho subyacente al despido debe entenderse con referencia tanto a los presupuestos de

¹⁰ Se hace referencia al concepto de “ausencia clara y fácilmente verificable de los presupuestos justificativos del despido que permita apreciar la clara pretextualidad del cese” (Cass. 13643/2021 y Cass. 16007/2018).

¹¹ Esta línea interpretativa está ya consolidada y puede encontrarse en múltiples sentencias: Cass. 10435/2018; Cass. 29101-10/2019; Cass. 181/2019; Cass. 32159 y 32513 de 2018; Cass. 31496/2018; Cass. 19732/2018; Cass. 16702/2018; Cass. 12101/2016; Cass. 5592/2016; Cass. 24882/2017; Cass. 23789/2019; Cass. 29099/2019; Cass. 41586/2021.

legitimación del caso como, por un lado, a las causas, incluida la relación de causalidad entre éstas y la elección del trabajador individual, y, por otro, al cumplimiento de la obligación de *readmisión*, es decir, a la imposibilidad de recolocar al trabajador en otro puesto¹².

La intervención del Tribunal Constitucional sobre el artículo 18 de la Ley 300/1970 avala la anterior interpretación del Tribunal de Casación porque reconoce que el hecho origen del despido no sólo se identifica con las causas previstas en el artículo 3 de la Ley 604/1966, sino también con la relación de causalidad y la imposibilidad de recolocar al trabajador en otro lugar (*repêchage* o prueba de inutilidad). En otras palabras, la sola deficiencia, aunque ya no sea manifiesta, de uno de los requisitos (motivos y conexión, *repêchage*) puede integrar la inexistencia del hecho que fundamenta el despido¹³.

Por último, el Tribunal Constitucional, con la sentencia n.º 128 de 2024, prosigue la labor de reequilibrio y racionalización de la disciplina del despido prevista en la *Ley de Empleo*, poniendo de relieve sus aspectos críticos y los cambios necesarios para garantizar una protección adecuada de los trabajadores. En particular, la Sentencia n.º 128, de 16 de julio de 2024, declara la ilegitimidad constitucional del artículo 3, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 23, de 2015, en la parte en que, en presencia de los requisitos prescritos de tamaño de la empresa, no prevé la protección de la readmisión en caso de que el hecho material subyacente al despido por justificación objetiva. El Tribunal Constitucional, al estimar las cuestiones con referencia a los artículos 3, 4 y 35 de la Constitución, tiene en cuenta el principio de causalidad necesaria del despido, que, en ausencia de la causa (inexistencia del hecho en que se basa), se degrada a un mero cese sin causa, y por tanto ilegal. De ahí que el juicio de irrazonable la diferencia de trato de la ausencia de causa según esté vinculada a razones subjetivas (en cuyo caso la protección es la readmisión, aunque con una indemnización limitada) u objetivas (mera protección indemnizatoria, aunque sustancial). Más concretamente, según el Tribunal, “una vez que el legislador ha identificado los supuestos más graves de despido ilegítimo como nulo, discriminatorio o basado en un ‘hecho insustancial’, es posible que el empresario ordene un despido que - aunque sea radicalmente improcedente por ausencia del hecho material, supone siempre y en todo caso la extinción de la relación laboral, con la única protección indemnizatoria para el trabajador que lo sufre - abre una laguna en la disciplina global de lucha contra el despido improcedente, que debe tener, en su conjunto, un grado suficiente de disuasión de los supuestos más graves de despido” (pto. 15). El tribunal de justicia subraya que la *razón de ser* tanto de la reforma de 2012 como de la de 2015 es limitar la readmisión a los supuestos más graves de ilegalidad, entre los que se encuentra la inexistencia del hecho material que justifica el despido. Y ello porque, aclara el Tribunal, retomando aquí su precedente 2021, “la falta de fundamento del hecho, aunque con las distintas gradaciones que presenta en los casos individuales de despido, denota el más estridente contraste con el principio de justificación necesaria del cese del empresario, que este Tribunal ha enucleado sobre la base de los artículos 4 y 35 de la Constitución.” (pto. 13). Si fuera posible para el empresario expulsar al trabajador del lugar de trabajo alegando un hecho material insustancial y calificándolo de razón de empresa, la protección de la readmisión quedaría “muy debilitada, ya que puede ser eludida *ad libitum* por el empresario, aunque sea a costa de una indemnización” (pt. 15).

Por otra parte, “el cese del empresario ofende la dignidad del trabajador por la pérdida de su puesto de trabajo cuando el hecho material alegado por el empresario como

¹² Preteroti A., “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generates nuovi problemi (di sistema)”, en *Lavoro Diritti Europa*, 2022.

¹³ Cass. 12 de diciembre de 2018, n.º 32159.

fundamento del mismo no existe, con independencia de la calificación que el empresario haga del mismo, ya sea como causa empresarial o como imputación disciplinaria”. En consecuencia, también en este caso “debe subsistir la tutela de reintegración, aunque en la forma atenuada prevista en el inciso 2 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 23 de 2015”.

El Tribunal Constitucional restablece así una simetría disciplinaria que pretende frenar conductas elusivas consistentes en elegir instrumentalmente como causa de extinción aquella cuyo incumplimiento se sanciona de forma más tenue y, por tanto, pretende recomponer un equilibrio en el sistema, eliminando diferencias injustificadas en el régimen disciplinario en perjuicio de los trabajadores contratados desde el 7 de marzo de 2015 y elusiones cuestionables.

4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL REPECHAGE

Si tal fue la intención del Tribunal Constitucional, es necesario analizar con mayor sentido crítico la parte de la sentencia en la que se aborda la compleja cuestión de la trazabilidad de la obligación de *reintegración* dentro de la noción de “hecho”. Este último, como hemos señalado, es parte integrante de justificación objetiva, un elemento constitutivo del mismo; y sin embargo el Tribunal nos dice que está fuera del “hecho” cuya inexistencia permite la aplicación de la protección reintegrativa.

En opinión de los jueces constitucionales, la reconstrucción exacta de la referencia al “hecho material subsistente” implica un alcance de la tutela de la readmisión limitado únicamente a los casos en los que la razón empresarial no existe y no también a aquellos en los que “existe pero no justifica el despido porque resulta que el trabajador podría ser reubicado útilmente dentro de la empresa” (p. 16). En tal supuesto, reitera el Tribunal, “el despido se basa, no obstante, en un ‘hecho subsistente’, aunque el cese del empresario sea entonces ilícito bajo un perfil distinto (el de la constatada recolocabilidad del trabajador)”. En consecuencia, “la *reductio ad legitimitatem* del precepto censurado, al tener que limitarse a la constatación de la inexistencia del hecho material, debe dejar fuera de su ámbito aplicativo la posibilidad de recolocación del trabajador despedido por causas empresariales” (p. 16), por lo que el incumplimiento de la obligación de repesca se vincula a la protección indemnizatoria prevista en el artículo 3.1 del Decreto Legislativo núm. 23 de 2015 (p. 16).

El compromiso que subyace a esta exclusión resulta chocante, dado un resultado interpretativo que en nada se corresponde con los planteamientos alcanzados tanto por el Tribunal Supremo¹⁴ como por la propia Consulta¹⁵. Esta última se había posicionado expresamente sobre el concepto de causa objetiva justificada, confirmando que entre los presupuestos de legitimidad del despido, cuya prueba corresponde al empresario, se encontraban “las razones inherentes a la actividad productiva, la organización del trabajo y su funcionamiento regular, el nexo causal que vincula el cese a las opciones organizativas del empresario y, por último, la imposibilidad de recolocar al trabajador en otro lugar”. Con la consecuencia de que para que el recurso de readmisión sea operativo “basta con

¹⁴ Cass. 18.1.2022, n° 1386; Cass. 18.11.2022, n° 34049; Cass. 19.5.2021, n° 13643; Cass. 11.11.2019, n° 29102; Cass. 2.5.2018, n° 10435. Y, tras las sentencias de inconstitucionalidad, Cass. 20.10.2022, núm. 30970; Cass. 18.11.22, núm. 34049; Cass. 18.11.2022, núm. 34051; Cass. 11.11.2022, núm. 33341; Cass. 2.12.2022, núm. 35496, Riv. it. dir. lav., 2022, II, 735, nt. Maresca A.. En estas últimas decisiones el Tribunal, recordando la orientación jurisprudencial ya consolidada, precisa cómo esta reconstrucción fue refrendada por el Tribunal Constitucional en la decisión n. 125/2022.

¹⁵ En las sentencias Nos. 59/2021 y 125/2022.

que sea manifiesta la falta de alguno de los requisitos previos mencionados¹⁶. *El repesca* debe entrar, pues, en el hecho cuya existencia debe verificarse porque, al igual que los demás requisitos previos mencionados, está relacionado “con la eficacia de la opción organizativa del empresario¹⁷. Pero según el Tribunal “el despido no deja de ser *una ultima ratio*, de modo que, cuando existe la posibilidad de recolocación, ésta es relevante a efectos de apreciar la ilegitimidad del despido en el sentido de que la realización de la razón empresarial, alegada por el empresario, aun basándose en un ‘hecho material subsistente’, no habría exigido, sin embargo, necesariamente, en el caso concreto, el despido del trabajador despedido. En tal caso, el hecho material, alegado como razón empresarial, existe pero no justifica el despido porque parece que el trabajador podría ser reubicado útilmente dentro de la empresa”(p. 16).

En la práctica, se destaca una nueva y distinta interpretación que se limita a contemplar la existencia de la explotación económico-organizativa, cualquiera que ésta sea, con independencia de las razones por las que se ponga en marcha y con independencia de que sobreviva a la posibilidad de utilización del trabajador en tareas propias de su ámbito de responsabilidad. Sin embargo, se trata de una interpretación que parece avalar una distinción entre hecho material y hecho jurídico, verdadero eje de la demoledora labor del Tribunal Constitucional.

De hecho, se pasa por alto que el concepto de *repêchage* - en su sentido estricto, sin embargo - se presta bien a ser de ayuda en la comprobación de la eficacia de la operación económico-organizativa, sirviendo para constatar que no se agota en una mera reorganización empresarial, sino que también da lugar a la supresión del puesto de trabajo. En este caso coincide con el hecho y por tanto su vulneración merece la aplicación de la readmisión y no sólo de la protección indemnizatoria.

Por lo tanto, si la supresión del puesto de trabajo puede resultar de cualquier cambio organizativo provocado por las elecciones incuestionables del empresario, para que se mantenga el equilibrio entre la necesidad del empresario de adaptar el tamaño (pero también la organización) de la empresa a las variaciones determinadas por el mercado y la tecnología y la del trabajador no culpable de salvaguardar el empleo, resulta crucial comprobar si el despido es efectivo y no pretextual, es decir, verificar que esta elección no se ha hecho de forma oportunista o instrumental para expulsar de la empresa a un trabajador indeseable, que de otro modo no podría ser despedido. En otras palabras, incluso en presencia de la más amplia libertad empresarial en cuanto a las soluciones organizativas que deben adoptarse, no basta con que la elección empresarial relativa a la reorganización se haya plasmado efectivamente en cambios perceptibles (no meramente enunciados o declarados y, en cualquier caso, de importancia apreciable): también es necesario que tales cambios no estén condicionados por finalidades de expulsión vinculadas a la persona del trabajador, de modo que debe excluirse que el empresario utilice “el cambio en cuestión como pretexto para alcanzar una finalidad ulterior mediante el despido¹⁸”.

5. DESPIDOS COLECTIVOS: VULNERACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Podemos en este punto profundizar directamente el segundo y último aspecto de mi reflexión; el que toca el otro caso del tema “despido por causas económicas”, es a decir, el

¹⁶ Pt. 5, *Considerandos en derecho*.

¹⁷ Const. nº 125/2022, pt. 5.

¹⁸ Nogler L., “*La disciplina dei licenziamenti individuali nellepoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*”, en *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2007, p. 640.

ámbito de los despidos colectivos. Podemos enlazar directamente con él, porque una serie de razonamientos llevados a cabo sobre el tema de la justificación objetiva vienen ahora muy bien para valorar la legitimidad constitucional de otras disposiciones del Decreto Legislativo 23 de 2015.

Una vez más, nos encontramos con el problema de justificar un trato diferente entre trabajadores, debido a la existencia del desfase temporal -7 de marzo de 2015- entre la aplicación del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores y la reforma de 2015.

Una observación preliminar, antes de entrar en el fondo de las cuestiones, sobre la noción de despido colectivo y la especificidad de su procedimiento.

La fuente de referencia es, ante todo, el artículo 24 de la Ley 223 de 1991. Por tanto, la normativa sobre despidos colectivos - en la que, como es bien sabido, insiste la Dir. 98/59/CE- se aplica a las empresas que “empleen a más de quince trabajadores, incluidos los directivos, y que, como consecuencia de una reducción o transformación de actividad o de trabajo, pretendan efectuar al menos cinco despidos, en un plazo de ciento veinte días, en cada unidad de producción, o en varias unidades de producción dentro del territorio de una misma provincia”. El núcleo de la legislación impone una serie de trámites que desencadenan un procedimiento, tanto sindical como administrativo, sólo al final del cual la empresa puede proceder a comunicar los despidos. El procedimiento se abre con una comunicación a los sindicatos y asociaciones profesionales; una comunicación muy detallada y puntual porque debe permitir la apertura de una negociación efectiva sobre las modalidades de gestión del personal excedente, que no tiene por qué desembocar necesariamente en el despido. Por tanto, debe indicar: las razones que determinan la situación de excedente; las razones técnicas, organizativas y de producción, por las que se considera que no es posible adoptar las medidas adecuadas para remediar dicha situación y evitar, total o parcialmente, los despidos colectivos; el número, la ubicación en la empresa y los perfiles profesionales del personal excedente, así como del personal habitualmente empleado; el calendario de aplicación del programa de reducción de plantilla y las medidas previstas para hacer frente a las consecuencias sociales de la aplicación del propio programa (artículo 4 de la Ley 223/1991).

En el plazo de siete días desde la fecha de recepción del preaviso, a petición de los representantes sindicales de la empresa y de sus respectivas asociaciones, se llevará a cabo un examen conjunto entre las partes, con el fin de analizar las causas que han contribuido al exceso de plantilla y las posibilidades de utilización diferente de la misma, o de parte de ella, dentro de la misma empresa, incluso mediante contratos de solidaridad y formas flexibles de ordenación del tiempo de trabajo.

Si no puede evitarse la reducción de plantilla, se examinará la posibilidad de recurrir a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en particular, a facilitar la reconversión profesional y la recolocación de los trabajadores despedidos.

Los trabajadores que vayan a ser despedidos deben ser identificados en relación con las necesidades técnicas, productivas y organizativas de la empresa en su conjunto, de acuerdo con los criterios establecidos por los convenios colectivos celebrados con los sindicatos o, en ausencia de tales convenios, de acuerdo con los siguientes criterios en relación con los demás: a) responsabilidades familiares; b) antigüedad; c) necesidades técnicas, productivas y organizativas (artículo 5, Ley 223/1991).

A continuación, la legislación prescribe una serie de sanciones en caso de violación de las disposiciones mencionadas. Y aquí las consecuencias serán diferentes, dependiendo del régimen jurídico aplicado.

De hecho, la Ley 223 establece que si el despido se anuncia sin observar la forma escrita, se aplica la protección real, por lo tanto, la reincorporación en su forma más amplia. En el caso de violación de los procedimientos, la referencia al artículo 18 del Estatuto debe leerse de manera articulada: en sustancia - pero pesa la gravedad de la violación y cómo el defecto insiste en la configuración del hecho - habrá en principio una protección puramente indemnizatoria sin reintegro. En cambio, el restablecimiento está previsto -aunque de forma menos amplia- cuando se produce una violación de los criterios de selección.

En cambio, el Decreto Legislativo 23/2015 -en su artículo 10- unifica la sanción de pago de la indemnización económica únicamente, sin reincorporación, prevista en este caso para la vulneración tanto de los procedimientos como de los criterios de selección. Esta sanción se aplica a los trabajadores contratados con posterioridad al 7 de marzo de 2015.

5.1. Sentencia nº 7 de 2024 del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional italiano ha tenido que evaluar en dos ocasiones la legitimidad constitucional de este régimen de doble sanción; cuando es evidente que la normativa de 2015 implica niveles objetivamente inferiores de protección de los trabajadores. ¿Hasta qué punto es razonable esta desigualdad de trato? ¿Hasta qué punto se ajusta a los valores jurídicos multinivel que rigen la materia del despido por causas económicas?

La referencia al sistema multinivel también se basa en el hecho de que la cuestión ha sido examinada tanto por el Tribunal de Justicia de la UE como por el Comité Social Europeo. En el primer caso, el Tribunal de la UE no se pronunció, al considerar que el tema del aparato sancionador era ajeno a la Directiva 98/59, cuyos efectos sólo afectarían al desarrollo de los procedimientos. Por el contrario, el Comité Social - razonando sobre la base de la Carta Social - se expresó censurando la legislación italiana.

El Tribunal Constitucional italiano se ha pronunciado en dos ocasiones: en 2020 (Sentencia nº 254) y en 2024 (Sentencia nº 7). Y en ambas ocasiones no encontró perfiles de ilegitimidad constitucional del artículo 10 del Decreto Legislativo nº 23/2015 respecto, en particular, de los artículos 3 (igualdad) y 35 (tutela laboral) de la Constitución.

No entraré en los detalles de las sentencias, especialmente de la segunda, que es extremadamente detallada. Me limitaré a tres consideraciones críticas, centrándome en la sentencia más reciente, la nº 7 de 2024, que, además, también se expresó en términos de infundio de la cuestión de legitimidad planteada y no de mera inadmisibilidad, como hizo en 2020.

La primera consideración no es estrictamente técnica, sino objetivamente de sentido común. Creo, en efecto, que existe un grave riesgo de que -en el marco de un procedimiento de despido colectivo unitario- los trabajadores contratados después del 7 de marzo de 2015 corran un grave riesgo de ser discriminados. Hasta el punto de que la empresa podría tener una visión más superficial de su suerte, teniendo en cuenta que, aunque vulnerara los criterios de selección, no tendría que soportar más que una compensación económica: por tanto, un mero coste sin la consecuencia de la readmisión.

La segunda consideración es exquisitamente técnica, como lo es la tercera que seguirá, y se centra en la coherencia interna de la posición del Tribunal Constitucional. Como hemos visto en las páginas precedentes, cuando fue llamado a comparar la distinta disciplina sancionadora entre el despido por causa subjetiva justificada y el despido por

causa objetiva justificada, en presencia de un mismo vicio (ciertamente, especialmente grave: esto es, la falta de fundamento del hecho), se movió invocando una simetría e igualdad de trato. Lo que no consideró invocar en el caso de los despidos colectivos. Por último, existe otro elemento técnico de incoherencia. Hay que considerar, en efecto, que el nexo causal entre la razón económica y la supresión del puesto - que encontrábamos al hablar de la justificación objetiva en los despidos individuales - se materializa y se hace transparente, en la disciplina de los despidos colectivos, gracias precisamente al procedimiento que hemos descrito en el párrafo anterior. Aquí definimos los contornos del hecho económico, en el conjunto también de sus efectos, o al menos del hecho económico relevante para identificar excedentes de personal. Y los criterios de selección representan precisamente la síntesis de ese proceso. Su violación - aún más que el incumplimiento de la obligación de repesca, en mi opinión - invalida el nexo causal y probablemente hace inoponible a los trabajadores afectados el hecho económico, que en cierto modo no existe por la violación de los criterios de selección. Por tanto, la readmisión de forma atenuada debería contemplarse siempre como un remedio natural en estas hipótesis: sin distinción entre los distintos trabajadores.

**PONENCIA DE CLAUSURA:
EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE EL DESAFÍO DE LA
EMERGENCIA CLIMÁTICA**

TIZIANO TREU

Roma, 11 de septiembre de 2024

SUMARIO:

1. EL DERECHO LABORAL ANTE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA
2. UN NUEVO EQUILIBRIO ENTRE EL CAPITAL, EL TRABAJO Y LA NATURALEZA
3. DESARROLLO SOSTENIBLE Y LÍMITES PLANETARIOS
4. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 9 Y 41 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y LA “PRIORIDAD” DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE
5. DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL A LAS LIMITACIONES DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES
6. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS Y CADENAS DE SUMINISTRO
7. LAS CONTRADICCIONES NO RESUELTAS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE
8. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL NUEVO FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN
9. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS DIRECTRICES INTERNACIONALES Y EUROPEAS
10. CRÍTICAS Y RETRASOS EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO
11. LA ECOLOGIZACIÓN DE LAS EMPRESAS Y EL TRABAJO
12. PRIMAS A LA PRODUCTIVIDAD Y WELFARE: ¿OPORTUNIDADES DE MEJORA MEDIOAMBIENTAL?
13. SEGURIDAD LABORAL Y MEDIO AMBIENTE
14. NO SÓLO DECLARACIONES, SINO ACUERDOS TRANSFORMADORES
15. RESISTENCIAS AL CAMBIO: LAS PRIORIDADES DE LA FASE ACTUAL

1. EL DERECHO LABORAL ANTE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA

Una de las funciones históricas de nuestra disciplina ha sido la de equilibrar los intereses en juego en el mundo del trabajo y la producción, concretamente, como indica el título de estas Jornadas Universitarias Andaluzas, entre las necesidades de las empresas y las de la protección laboral, en relación con el objetivo de la justicia social¹.

El desarrollo de esta función, las técnicas de regulación y los resultados del equilibrio se han visto afectados (a lo largo de las décadas) por las transformaciones, a menudo turbulentas, que se han producido en el entorno socioeconómico y por las opciones de los actores que han expresado estos intereses, las instituciones públicas y los interlocutores sociales, las empresas y los trabajadores.

Mis consideraciones parten de una premisa general: que las transiciones gemelas, la digital y más aún la ecológica, han introducido elementos de discontinuidad sin precedentes en nuestros sistemas, porque a diferencia de las transformaciones anteriores han alterado no sólo elementos concretos del contexto, sino los propios objetivos fijados al sistema económico y social y, por tanto, las estructuras y condiciones de actividad de sus actores, en particular las empresas².

Considero aquí, en primer lugar, las implicaciones de la transición ecológica y la sostenibilidad medioambiental, al tiempo que soy consciente de que tiene estrechas conexiones en términos de consecuencias tanto tecnológicas como económicas con la transición digital, porque los objetivos y obligaciones que se derivan de la primera son los que desafían más directamente a las instituciones tradicionales del Derecho y la política laboral y a las propias orientaciones de los interlocutores sociales.

De hecho, la emergencia ecológica, de la que la emergencia climática es (sólo) una de las múltiples manifestaciones, es el factor más impactante, vinculado a una emergencia científicamente proclamada de dimensión planetaria que impone a la acción humana para la protección del medio ambiente un cambio cualitativo, en términos de eficacia de los objetivos, de los procesos de decisión públicos y privados y de los propios modelos de desarrollo económico y social. Como se ha señalado con todo acierto, “desde hace años, el medio ambiente ya no es el patio trasero que hay que preservar de las agresiones y mantener limpio, sino que hay que defender de una verdadera amenaza existencial para toda la humanidad determinada por el riesgo de colapso de los ecosistemas o de una verdadera catástrofe ecológica”³.

2. UN NUEVO EQUILIBRIO ENTRE EL CAPITAL, EL TRABAJO Y LA NATURALEZA

La amenaza de una violación de los límites planetarios debida a la acción humana ha sido asumida desde hace tiempo por las instituciones europeas y nacionales con una serie

¹ La declaración tradicional de la OIT subraya que la función central, ahora más que nunca, es conciliar los imperativos de la justicia social con los del crecimiento. Véase B. Caruso, R. del Punta, T. Treu, *Manifiesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020, p. 6. Sin embargo, los recientes acontecimientos exigen, como señala la propia OIT, un cambio de perspectiva (véase la nota 2)

² La OIT señala que no hay precedentes en su historia, porque “la descarbonización del sistema capitalista industrial” ha pasado de ser relativamente periférica a ocupar un lugar central en sus actividades; de ahí que la OIT solo pueda cumplir plenamente su mandato de justicia social “integrando la sostenibilidad en su programa de trabajo decente”; OIT, 2017, *El trabajo en un clima cambiante: la iniciativa verde*, p. 11 y ss.

³ M. Cecchetti, *Emergenza e tutela dell’ambiente: dalla straordinarietà delle situazioni di fatto alla “ordinarietà” di un diritto radicalmente nuovo*, en *Federalismi*, 24 luglio 2024, 17/24, p. 65, que destaca los resultados de una investigación sobre los “límites planetarios” según la cual en 2022 se habrían superado 6 de los 9 valores considerados

cada vez mayor de normativas y políticas públicas, y en general con la constitucionalización del medio ambiente como derecho fundamental⁴.

A nivel supranacional, el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha previsto que “en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

El Tribunal Constitucional italiano, ya en su sentencia 641/87, estableció que el medio ambiente debe considerarse protegido como elemento determinante de la calidad de vida, anticipándose así al nuevo artículo 9 de nuestra Constitución (aprobada en 2022), según el cual la “República protegerá el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas también en interés de las nuevas generaciones”.

Estas innovaciones normativas y constitucionales tienen implicaciones de largo alcance, para nada asumidas, como diré enseguida, en nuestros ordenamientos jurídicos, no sólo laborales.

Lo cierto es que introducen un nuevo principio regulador de equilibrio de intereses y valores en juego (también) en las relaciones laborales y de producción.

Para decirlo brevemente, el equilibrio que hay que buscar ya no es sólo entre capital y trabajo, sino entre capital, trabajo y naturaleza. Se trata de un cambio de perspectiva que cuestiona directamente la legislación y las políticas laborales con sus protagonistas, las instituciones públicas y los interlocutores sociales⁵.

3. DESARROLLO SOSTENIBLE Y LÍMITES PLANETARIOS

Cuestiona el enfoque histórico de estas políticas, que se han preocupado de proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo sin tener en cuenta el impacto en el medio ambiente de las actividades productivas en las que se desarrollaba el trabajo.

Esto es válido para las normativas públicas, que han regulado las distintas formas de organizar el tiempo, los lugares y las condiciones de trabajo, pero no las características de los procesos de producción que se manifestaban lesivos para “la ley de la naturaleza”⁶.

Las actividades de los representantes sindicales también se han dirigido principalmente a negociar las consecuencias del crecimiento y los aspectos distributivos; cuando han abordado las cuestiones de la calidad y los objetivos de crecimiento, lo han hecho para mejorar las condiciones de trabajo, no para promover la protección del medio ambiente.

Incluso después de que el nuevo rumbo de la Unión Europea situara la sostenibilidad como objetivo central y directriz de nuestras políticas públicas⁷, la atención de la

insuperables para evitar la desestabilización de la biosfera según procesos incontrolables. Véase también OCDE, *Employment outlook, the net-zero transition and the labour market*, que recoge la advertencia del IPCC de que continuar con el nivel actual de emisiones tendría como resultado irremediable mantener el calentamiento global por encima de 1,5 grados.

⁴ Véase una lista ilustrativa en M. Cecchetti, *Emergency and Environmental Protection*, cit., p. 67, nota 7: la lista se actualiza constantemente; por ejemplo, aún no incluye la Directiva más reciente sobre diligencia debida (véase más adelante).

⁵ A. Perulli, *Towards a Green labour Law*, en A. Perulli, T. Treu, eds., *Labour Law and climate change. Toward a just transition*, Wolter Kluwers, 2023, p. 3.

⁶ A. Perulli, *Hacia un Derecho laboral ecológico*, cit.

⁷ El programa legislativo de la Presidenta Von der Leyen de julio de 2024 sitúa significativamente en primer lugar el relanzamiento del Pacto Verde, con el objetivo de convertir a Europa (en 2050) en el primer continente neutro para el clima.

mayoría de los expertos e interlocutores sociales se centró en los aspectos sociales de la sostenibilidad y (a veces) en cómo encontrar posibles compensaciones entre la sostenibilidad social y las necesidades económicas⁸.

Este nuevo tipo de emergencia, diferente de los choques temporales del pasado porque se caracteriza por cambios estructurales persistentes, tiene implicaciones que aún no se han percibido claramente, y mucho menos tenido en cuenta adecuadamente.

No se reconoce (todavía) que convierte en inadecuado el concepto mismo de desarrollo sostenible entendido como mera prevención y resiliencia frente a los choques económicos, porque impone comprensiones más radicales del mismo, a saber, «la necesidad de orientar los modelos de desarrollo económico y los propios equilibrios institucionales de nuestros países para volver lo más rápidamente posible al espacio operativo de la seguridad para la humanidad medida en los límites planetarios...»⁹.

Resulta significativo que no son unívocamente reconocidas—y a menudo infravaloradas también por los Estados nacionales¹⁰-- las implicaciones jurídicas, tanto a nivel macro como micro, de la denominada “primacía ecológica” consagrada en los ordenamientos constitucionales europeos como criterio ordenador del equilibrio de intereses.

4. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 9 Y 41 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y LA “PRIORIDAD” DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

La incertidumbre sobre las posibles consecuencias de esta nueva orientación viene señalada, entre otras cosas, por las opiniones divergentes expresadas por los constitucionalistas italianos al comentar los nuevos artículos 9 y 41 de la Constitución italiana, sobre los que me he detenido en otro lugar¹¹.

Recuerdo que a la tesis según la cual la reciente legislación haría del medio ambiente un “metavalor” al igual que los demás valores fundamentales, se objetó que la prioridad otorgada al medio ambiente no podía entenderse como una primacía absoluta en una especie de escala jerárquica respecto de los demás valores constitucionales, porque tal jerarquía ha sido descartada varias veces por nuestro Tribunal Constitucional y en su absolutismo haría ya impracticables las operaciones ordinarias de ponderación entre intereses y valores.

La prioridad concedida al medio ambiente, en sus diversos componentes, más que establecer una jerarquía con otros valores constitucionales, evocaría más bien la idea de un prerequisite o precondition, ya que su protección constituye la condición indispensable para la preservación y perpetuación de la vida en sus dimensiones ecológica, social y económica.

Tal principio impone un objetivo imperativo, pero no predeterminado en sus implicaciones e instrumentos de aplicación, que quedan confiados, aun con estas condiciones, a las opciones discrecionales de los actores institucionales y sociales¹².

⁸ T. Treu, *The impact of the green transition on employment labour law and industrial relations*, en A. Perulli, T. Treu eds., *Labour Law and climate change*, cit., p. 28.

⁹ M. Cecchetti, *Emergenze e tutela dell'ambiente*, cit., p. 58.

¹⁰ Es significativo el creciente número de casos relacionados con el clima ante los tribunales nacionales, dirigidos no sólo contra las empresas, sino también contra los Estados considerados poco comprometidos en la lucha contra el cambio climático, véase *Global Climate Litigation Report, 2023, Status Review, UN Environment programme*. La ONU ha solicitado un informe consultivo sobre este asunto a la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

¹¹ Cf. B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto. Il diritto del lavoro nella giusta transizione*, 2023, p. 15 y ss.

¹² M. Cecchetti, *Emergenze e tutela dell'ambiente*, cit., p. 76 y ss.

Coincido con quienes opinan que en esta materia no se puede proceder sobre la base de criterios preestablecidos y que la sostenibilidad no puede entenderse como “una deducción unidireccional a partir de un único principio, sino más bien como una profunda toma de conciencia de la complejidad y el carácter a menudo contradictorio de los contextos reales” en los que están en juego intereses contrapuestos¹³.

En cualquier caso, la complejidad de las cuestiones medioambientales y las restricciones impuestas por los límites de seguridad para la vida en el planeta, que pueden resultar dramáticos, también en función de estas opciones, imponen una reorientación, diferente de la del pasado, del equilibrio entre los intereses en juego en las decisiones productivas y sociales, con un desplazamiento de los criterios subyacentes a las operaciones de ponderación en favor de la protección climática del medio ambiente¹⁴.

5. DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL A LAS LIMITACIONES DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES

La responsabilidad principal de estas decisiones recae en las instituciones públicas, en un entrelazamiento cada vez más estrecho de los niveles nacional y supranacional. En nuestro caso, ha habido una intervención decisiva de las instituciones europeas, que han intervenido con una serie de directivas de una importancia y una incisividad sin precedentes, en particular la directiva sobre presentación de información sobre *sostenibilidad por parte de las empresas* (CSRD 2022/2464, de 14 de diciembre) y la denominada directiva *sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad* (2024/1760), de 13 de junio de 2024.

Pero los agentes económicos y sociales también están llamados a tomar decisiones, empezando por las empresas de las que dependen actividades económicas y productivas decisivas por su impacto en el medio ambiente.

En los últimos años, el compromiso de las empresas con el medio ambiente, así como con la sostenibilidad social, se ha expresado en diversas formas de autorregulación o de regulación soft, como los códigos de conducta y las directrices elaboradas a escala internacional, en primer lugar las establecidas por la OCDE¹⁵.

Pero el enfoque voluntarista característico de estas formas de responsabilidad social y medioambiental de las empresas se ha revelado insuficiente ante la gravedad de lo que está en juego.

El agravamiento de la amenaza que se cierne sobre el ecosistema mundial ha dado lugar a una serie de intervenciones tanto por parte de algunos legisladores nacionales (Francia, Alemania) como, de forma más orgánica, por parte de la Unión Europea, con las dos directivas antes mencionadas que imponen obligaciones concretas de información y

¹³ R. Del Punta, cita de encabezamiento del libro *Manifesto, il diritto del lavoro nella giusta transizione*, cit., p. 9; véase también R. Rota, *L'incidenza della novella costituzionale degli artt. 9 e 41 sul bilanciamento degli interessi*, en Astrid Papers, 2024, p. 7 y ss., según la cual se configuraría un sistema de jerarquía móvil entre los distintos valores en conflicto, que se identificaría concretamente remitiéndose a análisis y evaluaciones técnico-científicas, en particular en lo que se refiere a los umbrales de riesgo para el medio ambiente de las distintas actividades productivas.

¹⁴ B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto. Il diritto del lavoro nella giusta transizione*, loc. cit., p. 16; R. Rota, *L'incidenza della novella costituzionale*, loc. cit., p. 9, según el cual debe descartarse cualquier posible equilibrio de intereses cuando exista riesgo de “colapso ecológico con respecto a ecosistemas específicos”, loc. cit., p. 9.

¹⁵ Véase OCDE, *Guidelines for Multinational enterprises, on responsible business contract*, introducidas ya en 1976 y actualizadas en su última versión en 2023. Los protocolos de sostenibilidad nacionales e internacionales están muy extendidos desde hace tiempo en el sector de la construcción y contienen buenas prácticas para reducir el impacto medioambiental y mejorar el confort de los edificios.

comportamiento sobre el impacto de sus actividades en la sostenibilidad medioambiental y social.

Estas directiva -en particular la segunda- logran un claro cambio institucional y político respecto al enfoque tradicional de la legislación en este ámbito, que sin duda tendrá profundas implicaciones tanto en la gobernanza y la estrategia de las empresas como (indirectamente) en la regulación y gestión de las relaciones laborales¹⁶.

6. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS Y CADENAS DE SUMINISTRO

Una primera novedad es que la intervención del legislador europeo, al igual que algunas legislaciones nacionales, afecta directamente a las empresas y a sus cadenas de suministro: una decisión que extenderá su impacto a todas las PYME que se benefician de la externalización de la producción y los servicios que realizan cada vez más las grandes empresas.

Además, esta regulación no se lleva a cabo en las formas soft que hasta ahora se han utilizado predominantemente para las intervenciones de política social y laboral, sino con un conjunto de normas vinculantes, que combinan el establecimiento de normas de información y comportamiento con el establecimiento de herramientas de gestión de riesgos y mejora tomadas de las prácticas modernas de gestión.

En consecuencia, el enfoque de la intervención sobre la empresa y su gestión pasa de la regulación detallada de las relaciones y la evaluación a posteriori de los resultados, a la prevención y gestión temprana del riesgo¹⁷.

Un segundo aspecto novedoso de la normativa en cuestión es que responde a una nueva visión de la relación entre las empresas y las instituciones públicas.

¹⁸Estas directivas marcan, como ya se ha dicho, la propensión de las autoridades estatales y europeas a “hacer de la empresa [...] un instrumento de las políticas públicas de protección de bienes de importancia general como la seguridad en el trabajo o la intimidad y, más recientemente, el medio ambiente, es decir, bienes en los que insisten los derechos fundamentales del individuo o de la colectividad”¹⁹.

La llamada directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad constituye un paso más respecto a sus predecesoras, desde el llamado reglamento de taxonomía (Reglamento UE 2020/852), pasando por la directiva CSRD (2022/2464) y antes por la legislación de protección de la privacidad (Directiva 95/46 y el Reglamento General de Protección de Datos, GDPR) en la dirección de intervenciones de mando y control sobre las actividades de las empresas por parte de la ley y las administraciones públicas.

¹⁶ Véase más ampliamente T. Treu, *L'impresa sostenibile: implicazioni del diritto del lavoro*, Rassegna Astrid, marzo de 2024 y en WP M. D'Antona, 483/2024, ahora en T. Treu, *Le trasformazioni del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, Giappichelli, 2024, p. 218 y ss. Véase también, en general, V. Brino, *European Due Diligence: What Implications for Workers' Rights*, en *Human Rights and International Law*, en www.rivistaweb.it/issue/1971-7105/issue/8701. ; M. Libertini, *Sulla proposta di direttiva UE su Due diligence e responsabilità delle imprese*, Riv. Soc., 3, 2021, p. 325 ss.; ID, *Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, en *Contratto e impresa*, 1/2023.

¹⁷ Así V. Brino, *La governance aziendale sostenibile*, LD, n° 3, 2022, p. 445; véase también F. Malzani, *Tassonomia UE e vincoli per l'impresa sostenibile nella prospettiva prevenzionistica*, DLRI, 2023, p. 76 y ss.

¹⁸ M. Barbera, *Contrattazione e partecipazione: uno sguardo retrospettivo e uno prospettico*, en LD, 2023, p. 691.

¹⁹ Así V. Brino, *La governance aziendale sostenibile*, LD, n° 3, 2022, p. 445; véase también F. Malzani, *Tassonomia UE e vincoli per l'impresa sostenibile nella prospettiva prevenzionistica*, DLRI, 2023, p. 76 y ss.

Estas intervenciones marcan un punto de inflexión y discontinuidad respecto de las disposiciones normativas tradicionales, no sólo por los aspectos antes mencionados, sino también porque, a diferencia de sus predecesoras, no se traducen en límites externos a la iniciativa empresarial, sino que configuran la sostenibilidad como “un elemento intrínseco y un parámetro fundamental” de la propia actividad de la empresa²⁰.

La introducción de un principio de este tipo conlleva una serie de restricciones estrictas sobre el poder discrecional de las empresas en las decisiones de producción y de mercado, que explican las fuertes resistencias encontradas en el proceso de aprobación, especialmente de la directiva sobre la diligencia debida, que ha retrasado mucho su aprobación.

De hecho, la aplicación de esta legislación presenta bastantes obstáculos operativos puestos de relieve por el mundo empresarial, en particular debido a la dificultad de aplicar los complejos cumplimientos y controles no sólo en las grandes empresas, sino también a lo largo de sus cadenas de suministro, que pueden estar integradas por pequeñas empresas que a menudo operan en países sin una regulación similar sobre las actividades empresariales²¹.

Tampoco falta preocupación por la viabilidad económica de una normativa de este tipo para las empresas europeas que operan en mercados mundiales altamente competitivos y no regulados por igual²².

Por otra parte, no parece que la limitación de la discrecionalidad empresarial pueda encontrar obstáculos en términos de principio jurídico. Debe aclararse que la limitación no es incompatible con la libertad de empresa y la economía de mercado en la medida en que exige que en la elección de sus estrategias “la empresa prefiera aquellas soluciones compatibles con su ánimo de lucro que entrañen el menor riesgo posible para el medio ambiente”²³.

Además, tal regulación se ajusta al nuevo párrafo segundo del artículo 41 de la Constitución italiana, que otorga al legislador discrecionalidad para dictar normas de orientación de las actividades económicas²⁴.

Las implicaciones de estas limitaciones a la discrecionalidad de las empresas se recogen en la Directiva *sobre diligencia debida*. Estas limitaciones son esencialmente de procedimiento, pero bastante precisas, ya que establecen no sólo procedimientos para la identificación y evaluación de los riesgos para el medio ambiente de sus actividades, sino también la elaboración de medidas y planes de acción y prevención para evitar y mitigar estos riesgos, así como medidas con indicadores cuantitativos y cualitativos para medir las mejoras conseguidas (art. 6, 7, 8).

El principio de *No Causar Daños Significativos* (DNSH) establecido por el reglamento europeo de aplicación de los *Planes Nacionales de Recuperación* (2020/852) ha establecido normas aún más estrictas para las actividades públicas y privadas financiadas con fondos NGEU en este sentido, y ha estipulado como condición para recibir estos fondos que todos los proyectos de aplicación no deben tener impactos negativos en la

²⁰ Así, M. Bruti Liberati, *Lotta al cambiamento climatico e sostenibilità ecologica e sociale*, DLRI, 2022, p. 548.

²¹ Estas dificultades operativas deberán tenerse en cuenta en la aplicación de la Directiva especificando qué información proporcionada y pertinente debe facilitarse (así, *considerandos* 52 y 20).

²² M. Libertini, *Sustainable Enterprise Management*, cit., nº 27, p. 11, citando el Informe Assonime, *Innovating for Sustainable Growth: Business Strategies and Public Policy*, 18 de marzo de 2021.

²³ M. Libertini, *Gestione sostenibile delle imprese*, cit., n. 31, p. 12.

²⁴ M. Libertini, *Gestión empresarial sostenible*, cit., n. 41, p. 18

situación medioambiental y deben garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en la Estrategia Verde Europea²⁵.

7. LAS CONTRADICCIONES NO RESUELTAS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

Si bien el giro normativo marca una clara reacción del sistema ante la gravedad de la amenaza ecológica, sus implicaciones son aún inciertas y controvertidas, tanto en lo que respecta a los cambios en los sistemas de producción que pueden seguir como en lo que se refiere a la gestión de las relaciones laborales.

Las nuevas políticas europeas plasmadas en los programas *Green Deal* están creando fuertes tensiones entre los interlocutores sociales y dificultades paralelas para las instituciones públicas, porque el logro de los ambiciosos objetivos de la transición verde exige cambios profundos con respecto a las prácticas económicas y empresariales imperantes en la era industrial, incluso con respecto a las propias lógicas e instituciones fundamentales que guiaron su desarrollo.

Como señala Simon Deakin, son todas las principales instituciones del sistema capitalista las que se cuestionan, desde las normas sobre la propiedad de la tierra hasta las relativas a la limitación de la responsabilidad de las sociedades anónimas, porque han contribuido a que el sistema empresarial pueda apropiarse de zonas cada vez más extensas de “*naturaleza no capitalizada*” al extraer los costes medioambientales fuera de las cuentas de las empresas hasta el punto de reducir los recursos naturales disponibles: una deriva peligrosa para la salvación del ecosistema que debe contrarrestarse repensando los vínculos entre producción y regulación y entre derecho y naturaleza²⁶.

No pocos análisis prospectivos indican que, a menos que se modifiquen los mecanismos actuales de producción y desarrollo, los tres aspectos de la sostenibilidad son difícilmente compatibles y, por tanto, “la posibilidad de combinar eficazmente el bienestar social, el bienestar económico, el bienestar biofísico del planeta y el crecimiento económico”²⁷.

Por el contrario, hay que reconocer, aunque sea en su mayor parte, que existe una contradicción no resuelta entre la propia “idea de desarrollo sostenible y el valor positivo que se sigue atribuyendo al desarrollo demográfico y al crecimiento económico medido por el PIB”. Tanto más cuanto cuando los objetivos de sostenibilidad medioambiental exigen cambios igualmente profundos en las pautas de consumo imperantes hasta la fecha y en el comportamiento en la vida cotidiana de miles de millones de personas, de los que hay poca conciencia²⁸.

Por ello, las instituciones públicas tendrán que hacer frente a una tarea de una complejidad sin precedentes, la de apoyar la transformación de las estructuras económicas

²⁵ Sobre las implicaciones del principio, para las actividades de las empresas incluso fuera del ámbito de las actividades financiadas por el PNRR, véase B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto. Il diritto del lavoro nella giusta transizione*, cit., n. 7, p. 36 y ss.; para una interpretación razonable del principio C. De Vincenti, *Il principio Do Not Significant Harm*, en *Astrid Rassegna*, 2/2023.

²⁶ S. Deakin, *Labour law and the capitalism law, work and nature in the ecological long duree*, en *International journal of comparative law and industrial relations*, vol. 39, 2023, p. 281 y ss.

²⁷ M. Barbera, *Transición Giusta transizione ecologica e diseguaglianze: il ruolo del diritto*, DLRI, 2022, p. 339, ss. p. 348; igualmente R. Tomassetti, *Dal carbone al sole. Diritto del lavoro e identità sindacale nella transizione energetica*, DLM, 2021, I, p. 78.

²⁸ M. Libertini, *Sustainable Enterprise Management*, cit., n. 45-49, quien subraya la frustración de los observadores más conscientes ante la debilidad de las acciones contra la amenaza climática.

y productivas necesaria para facilitar la conciliación de los distintos aspectos de la sostenibilidad, en particular entre la sostenibilidad económica y la medioambiental; y también establecer políticas de apoyo para ayudar a las personas y a las empresas a afrontar la transición y compensarles por los daños derivados de todo ello²⁹.

8. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL NUOVO FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN

Las consecuencias de la transición ecológica y de las nuevas normativas son igualmente pertinentes, y en modo alguno se dan por descontadas, en lo que respecta a la responsabilidad de los interlocutores sociales en la gestión de las relaciones laborales. Antes de pasar a algunas consideraciones específicas, me gustaría subrayar una implicación general del nuevo escenario político y normativo en materia de sostenibilidad.

El valor constitucional atribuido a la protección del medio ambiente y las consiguientes obligaciones específicas impuestas a las empresas para garantizar dicha protección no pueden sino afectar a la parte fundamental de la actividad empresarial que se refiere a las relaciones con los trabajadores.

Más concretamente, el objetivo consagrado constitucionalmente de que las actividades de la empresa salvaguarden el medio ambiente debe reflejarse en todos los métodos de gestión laboral vinculados a dichas actividades y que provoquen impactos negativos sobre el medio ambiente.

Dicho de otro modo, el diferente equilibrio de intereses y valores en juego tiene el potencial de cambiar no sólo las estrategias de las empresas, sino también las condiciones del intercambio que sustenta las relaciones laborales en la empresa.

El hecho de que las obligaciones establecidas en la legislación se dirijan a las empresas implica una nueva responsabilidad para éstas relacionada con el papel que desempeñan en el sistema capitalista; pero no implica que los cambios en las prácticas tradicionales deban aplicarse por iniciativa unilateral de la dirección. Por el contrario, puede considerarse, y creo que con razón, que la nueva orientación de las actividades empresariales a fines de relevancia constitucional como la protección del medio ambiente y el respeto de los derechos humanos, no sólo avala un papel más fuerte de las instituciones públicas en la dirección de las actividades empresariales, sino que también proporciona una nueva legitimación y fundamento a la participación de los trabajadores. Si la nueva visión de la empresa implícita en la reciente legislación hace que ésta se marque como finalidad la garantía de los derechos humanos y la protección de un bien público como el medio ambiente, parece poco probable que tal transformación de las funciones y de la visión de la empresa “pueda tener lugar sin modificar su estructura organizativa y de gestión, es decir, sin operar en el sentido de democratizar su gobernanza... dando cabida a la participación interna y externa de los demás sujetos de esta transformación”³⁰.

Tal perspectiva no predetermina las modalidades y la intensidad de las formas de participación, que quedan a la decisión del legislador y de los interlocutores sociales. En

²⁹ Sobre esto me he expresado más extensamente en T. Treu, *L'impresa sostenibile*, cit., p. 210 y ss.

³⁰ M. Barbera, *Contrattazione e partecipazione*, cit., p. 693; véase también V. Speziale, *Impresa e transizione ecologica. Profili lavoristici*, DLRI, 2023, p. 313; B. Caruso, *Conversando con Umberto Romagnoli. La partecipazione moderna*, DL, 2023, p. 722; diversas contribuciones en las Actas de la conferencia de Catania, 22 de mayo de 2024, *Trasformazioni dell'impresa e diritto del lavoro*, en honor de Bruno Caruso, *Dialogando con Bruno Caruso*, (<https://csdle.lex.unict.it/ourusers.dialogandoconbrunocaruso>).

También la *European Agenda for the collaborative economy*, Bruselas, 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final, considera que el nuevo entorno tecnológico exige promover la participación de *las partes interesadas*.

las recientes directivas europeas mencionadas, la participación de los representantes de los trabajadores está prevista en las formas ya conocidas por el acervo comunitario de información y consulta.

Pero la identificación de la sostenibilidad como objetivo y limitación de las actividades de las empresas de interés general y común a las partes podría (o debería) impulsar la búsqueda de nuevos enfoques de la cuestión, menos condicionados por las resistencias históricas que, sobre todo en países como Italia, han obstaculizado hasta ahora la experimentación de estas formas (de forma destacada en la dinámica de las relaciones laborales).

También podrían ensayarse canales y procedimientos especializados de participación de los trabajadores en versión fuerte, es decir, de cogestión, en actividades dirigidas a la protección del medio ambiente y señaladas por la legislación como objeto de responsabilidad empresarial, comenzando por aquellas en las que la voz de los trabajadores pueda tener mayor relevancia y pueda ofrecer aportaciones específicas de conocimiento y experiencia colectivos.

También hay que señalar que la normativa europea en cuestión refiere el derecho de participación no sólo a los representantes de los trabajadores, sino a todas las organizaciones de la sociedad civil y, en general, a los individuos, grupos y comunidades cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados por las actividades perjudiciales de las empresas³¹.

Esta indicación en las directivas sobre el alcance de las partes interesadas que deben participar ha suscitado reservas, ya que se ha observado que los trabajadores y sus organizaciones no son meras partes interesadas, sino partes constituyentes de las empresas, como se recuerda en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2021 y, más recientemente, en la Resolución de 24 de abril de 2024³².

Sin embargo, no basta con reafirmar este papel, ni siquiera alegando razones históricas válidas, frente a las nuevas responsabilidades comunes en materia de protección del medio ambiente. El mundo del trabajo, a través de sus representantes, debe demostrar que es capaz de asumir el reto, es decir, de contribuir a la consecución de los objetivos de sostenibilidad con su propia participación y actividades de negociación.

9. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS DIRECTRICES INTERNACIONALES Y EUROPEAS

Las consecuencias de la transición *ecológica* en la gestión de los mercados y las relaciones laborales son objeto de diferentes evaluaciones e iniciativas en los distintos países europeos, muchas de ellas todavía en una fase incipiente. Sin embargo, que las implicaciones son potencialmente de gran alcance ya se desprende de las primeras iniciativas nacionales y europeas y del documento de la OIT *Guidelines for a just a transition towards environmentally sustainable economies and societies for all* (2015)³³.

³¹ Las orientaciones del Parlamento Europeo y del Consejo complementaron la primera versión de la Directiva sobre diligencia debida, que no había incluido a los sindicatos entre las partes interesadas en participar.

³² Conviene recordar a este respecto que, en la historia de nuestras democracias, los trabajadores y sus representantes han actuado no sólo en defensa de los intereses de clase social, sino también por objetivos de reforma económica y social, considerándose portadores de intereses generales.

³³ Véase también *A Global Compact, Ensuring safety and health at work in a changing climate*, 2024, 22 de abril, y para Europa el marco estratégico de la Comisión sobre salud y seguridad 2021-2027, así como Eurofound, A. Thirion, T. Weber, J. Cabrita, *Job quality side of climate change*, 2024.

Los interlocutores sociales están directamente llamados a no ser “espectadores pasivos, sino agentes del cambio capaces de desarrollar nuevas formas de trabajar que puedan salvaguardar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”. Una parte esencial de esta tarea para las empresas y los trabajadores consiste en introducir prácticas para utilizar los recursos naturales y la energía de forma más eficiente y combatir la contaminación. La OIT reafirma que esta tarea debe llevarse a cabo con la plena cooperación entre las partes y los gobiernos, con la convicción de que su realización puede fomentar una mayor resistencia de los sistemas, más innovación y nuevas perspectivas de inversión y empleo. Los derechos de los trabajadores adaptados al nuevo contexto ecológico, empezando por el derecho a disponer de información específica sobre la situación medioambiental y los riesgos relacionados, así como el derecho a denunciar la presencia de estos riesgos en el contexto empresarial, tienen por objeto fomentar estas prácticas.

El reconocimiento de tal derecho es especialmente significativo porque el nuevo enfoque europeo adoptado por las recientes directivas, además de las ya citadas de DRSGP y *diligencia debida*, concede una importancia decisiva a los procedimientos de evaluación y gestión de los riesgos relacionados con las distintas cuestiones; e implica a los representantes de los trabajadores en dichos procedimientos, ya que su participación puede contribuir eficazmente al correcto diseño de los mismos.

Las indicaciones de los documentos internacionales y europeos se recogen y se han seguido en diversas normativas de los Estados miembros³⁴.

El Comité Económico y Social Europeo (CESE) se ha pronunciado enérgicamente sobre esta cuestión, afirmando que la negociación colectiva en sus distintos niveles es un instrumento clave para ayudar a las empresas a afrontar los retos de la crisis climática, en sus distintos aspectos (seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente, movilidad sostenible, reciclaje de los trabajadores, eficiencia energética de la producción y del trabajo, incluidos los costes para las empresas. Aunque reconoce que la experiencia es aún escasa y desigual, en contraste con la transición digital, por lo que requiere avances más rápidos y eficaces, con un apoyo de la Unión y de los Estados miembros más sustancial que hasta ahora³⁵.

10. CRÍTICAS Y RETRASOS EN LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico italiano, tanto las intervenciones normativas como las derivadas de la negociación colectiva, tienen un contenido desigual entre las distintas instituciones y, en conjunto, todavía no están a la altura de la gravedad del reto. La formación profesional y continua y las políticas activas de empleo son dos ámbitos en los que se pide encarecidamente un cambio.

La razón de ello es estructural porque se refiere al impacto de las dos transiciones, la ecológica combinada con la digital, sobre el futuro del empleo, que, si bien tienen, como mínimo, efectos inciertos sobre la cantidad de trabajo con bastantes previsiones negativas, están destinadas a cambiar radicalmente el mix entre las ocupaciones tradicionales y las competencias requeridas.

³⁴ Véanse las indicaciones en A. Perulli, *Towards a green labour law*, cit., p. 8 y ss.; véase en general el documento de la OIT *Greening enterprises. Transforming processes and workplaces*, 2022; y para el análisis del marco europeo A. Galgoczi, *Decarbonization labour market change and just transition*, DLRI, 2023, p. 335 y ss.

³⁵ CESE, Dictamen sobre *Contrattazione verde (buone pratiche e prospettive per il futuro)*, 2023/C293/05.

La trayectoria de estas transiciones implicará deslocalizaciones masivas de recursos materiales y humanos de sectores y empresas en declive a sectores y empresas innovadores. El impacto de las transiciones varía según los sectores y los territorios. Los sectores en declive con trabajadores despedidos se concentran en regiones específicas que a menudo tienen poca capacidad para atraer nuevas inversiones verdes. Por lo tanto, se necesitan políticas específicas, especialmente para estos territorios, que apoyen la movilidad de los trabajadores³⁶.

Será necesario un esfuerzo coordinado, de dimensiones financieras y organizativas sin precedentes, entre las políticas de reconversión industrial, la formación profesional y el apoyo a los ingresos de los trabajadores y las empresas durante la transición, para abordar este proceso de forma eficaz y justa.

Los datos de la OIT indican la magnitud excepcional de la inversión en formación necesaria para hacer frente a la *recualificación* y el *perfeccionamiento* de los millones de trabajadores implicados, a lo que hay que añadir actividades específicas para la formación del profesorado³⁷.

Las previsiones de diversas fuentes, tanto italianas como internacionales, confirman el potencial de empleo de *los empleos verdes*³⁸.

Una encuesta de CNEL italiano (Consejo Nacional para la Economía y el Trabajo), realizada en colaboración con Infocamere y el ISTAT, al constatar que la puesta en marcha de los planes de transición activados por el NGEU conllevará una profunda deslocalización sectorial y profesional de los trabajadores, indica que el 60% de las necesidades de empleo durante el quinquenio del PNR se referirán a la posesión de competencias *verdes*, tanto de calidad al menos intermedia (más de 2,4 millones de ocupados) como de alta calidad (al menos de 1,5 millones)³⁹.

La velocidad de estos procesos de cambio, especialmente en los sectores más expuestos a las dos transiciones, está superando la capacidad de ajustar cuantitativa y cualitativamente las cualificaciones requeridas, con la consecuencia de que los fenómenos de brecha *de cualificaciones* y *escasez de trabajo* están creando graves déficits en los mercados laborales no sólo en Italia⁴⁰.

Las dificultades se derivan principalmente de la falta de cualificaciones, sobre todo técnicas, que el sistema educativo no proporciona suficientemente; pero también de ofertas de empleo y salarios inadecuados, especialmente en algunos sectores de servicios (véase más adelante).

³⁶ Prólogo OCDE *Employment Outlook 2024*, cit., p. 17. Véase también Eurofound, *Job quality side of climate change*, July 2024, A. Parent Thirion, T. Weber J. Cabrita.

³⁷ Véanse las indicaciones y comentarios de G. Casale, *The green transition and new skills in employment*, en A. Perulli, T. Treu eds., *Labour law and climate change*, cit., p. 72 y ss.

³⁸ Cf. E. Verdolini, F. Voza, *Lavoro e transizione energetica*, en Cnel, *XXIV Rapporto sul mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, 2022, p. 271 y ss., también para más citas sobre la gran cantidad de investigación y la controvertida noción de *empleos verdes*; para el análisis sobre el marco europeo B. Galgoczi, *Decarbonization, labour market: change and just transition*, DLRI, 2023, p. 333 y ss.

³⁹ Véase el informe de investigación editado por G. Gagliardi, R.A. Maroni, S. Scaccabarozzi, C. Lucifora, *Rapporto sull'occupazione e PNRR: cambiamenti e mismatch nella struttura della occupazione*, en Cnel, *XIV Rapporto sul mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, 2022, p. 331 y ss.

⁴⁰ Así lo atestigua la gravedad de los fenómenos de *desajuste* y *escasez de mano de obra* señalados por los observadores públicos y privados del mercado laboral, E. Gramano, *Climate change. Sostenibilità, organizzazione, cambio y profesionalidad de los trabajadores*, en A. Perulli, T. Treu eds., *Labour law and climate change*, cit., p. 125; R. Parrotto, *Il mismatch nel mercato del lavoro, Informe preliminar* para la Mesa del Personal, *XXIV Informe sobre el mercado de trabajo y la negociación colectiva*, cit., p. 309. Véase también Comisión Europea, *Escasez de mano de obra y de cualificaciones en la UE: un plan de acción*, 24.3.2024, COM (2024), 131 final, que hace hincapié en la necesidad de promover la empleabilidad en los grupos infrarrepresentados (mujeres, jóvenes, ninis y trabajadores con bajo nivel educativo) con políticas específicas.

Europa ha puesto a disposición de los Estados miembros importantes recursos destinados a la inversión en formación. Pero para que estos recursos sean eficaces con respecto a sus objetivos, deben ir acompañados de cambios significativos en su utilización.

Las opiniones de expertos y profesionales coinciden ampliamente en la urgencia de estas innovaciones, empezando por la necesidad de analizar con antelación, implicando a las instituciones del mercado laboral y a los interlocutores sociales, las tendencias de las profesiones y las competencias que requieren las nuevas orientaciones, para poder planificar a tiempo las intervenciones y adaptar los contenidos y métodos de formación tanto de los trabajadores como de los profesores⁴¹.

A la luz de estas necesidades, la formación resulta ser un contenido esencial, ya no eventual, de las relaciones laborales y concretamente un derecho personal de todos los trabajadores, como anticipó en su momento un sector clarividente de la doctrina italiana⁴².

Algunos de los convenios colectivos más importantes del sector han recogido este punto de vista, empezando por el convenio nacional del metal (2021), que ha previsto una serie de horas de formación en el puesto de trabajo remuneradas a disposición de todos los empleados.

Pero estas previsiones siguen siendo reducidas y difíciles de aplicar en la cantidad y calidad necesarias para apoyar las nuevas competencias que exigen las transiciones ecológica y digital. Y es que cumplir con la nueva dimensión de estos compromisos requiere no sólo más inversión, sino una renovación de las infraestructuras tanto institucionales como sociales de formación profesional y de políticas activas, porque las actuales no son capaces de hacer frente a las nuevas tareas⁴³.

Permítanme recordarles que el Plan de Acción Europeo por el que se aplica el *Pilar de Derechos Sociales* establece el objetivo de que el 50% de la población activa de Europa reciba una formación anual que le permita mantenerse al día de la evolución de la producción y el trabajo y adquirir las competencias profesionales necesarias. Este objetivo está a una distancia abismal de la envergadura de las intervenciones llevadas a cabo en nuestro país, que afectan a poco más del 10% de los trabajadores. Las instituciones públicas y regionales, como los organismos bilaterales de formación cogestionados por los interlocutores sociales, luchan por adaptar tanto la escala de sus intervenciones como sus directrices de formación a las necesidades de la nueva economía.

En consecuencia, las empresas, sobre todo las medianas y grandes, se han equipado de diversas maneras para responder directamente a la necesidad de renovar las competencias requeridas por los nuevos retos competitivos. Así lo confirman los datos recogidos por el CNEL sobre la magnitud y el carácter del *desajuste del empleo*⁴⁴. De las indicaciones recogidas en las empresas y confirmadas por las encuestas nacionales se desprende que el fenómeno afecta *sobre todo* a las profesiones técnicas vinculadas a la transición digital y a los sectores de la sanidad y los servicios sociales, pero también a ámbitos de empleo poco

⁴¹ Véanse, entre otros, G. Casale, *The green transition and new skills*, cit., p. 74 y ss., y OIT, *Skills for a greener future. Challenges and enablers to achieve a just transition*, Ginebra, 2019; OIT, *Changing skills and lifelong learning for the future of work*, Conferencia Internacional del Trabajo, 109.ª reunión, Ginebra, 2021; ID, *Greening TUET and skills development. A practical guidance tool*, Ginebra, 2022.

⁴² Véase ya M. Napoli, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, en RGL, 1997, I, p. 263, y ahora el ensayo de C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milán, Giuffrè, 2024.

⁴³ Véase el documento *The ILO strategy on skills and lifelong learning*, 2030, 2023, en el que se indican dos prioridades políticas a este respecto, la necesidad de reforzar la infraestructura de formación existente y de abordar la brecha existente entre las políticas de formación y las políticas públicas sobre el mercado laboral y las reconversiones productivas.

⁴⁴ CNEL, *XXIV Rapporto sul mercato del lavoro e sulla contrattazione collettiva*, 2022, p. 309 y ss.

cualificado, especialmente en los sectores de la restauración y el turismo, frecuentados a menudo por trabajadores inmigrantes e italianos con escasa formación que reciben un trato económico y normativo inferior a las normas del trabajo digno⁴⁵.

Ante los fenómenos de desajuste debidos a la escasez de competencias, las empresas han reaccionado reforzando sus sistemas de previsión de las necesidades profesionales y las actividades internas de formación continua, incluso con estructuras estables como las *academias de empresa*.

Las pequeñas empresas no disponen fácilmente de este tipo de recursos, por lo que se considera necesario crear redes con la contribución de las propias empresas y las autoridades locales, tras una experiencia puesta en marcha en la región del Lacio.

Por otra parte, los mismos testimonios coinciden en que para hacer frente a la necesidad de nuevas competencias provocada por las dos transiciones, son necesarias acciones conjuntas entre el mundo empresarial, el sistema educativo y las instituciones responsables de las políticas activas, empezando por iniciativas estables y generalizadas de orientación de los jóvenes, a partir de los últimos cursos de secundaria, organizadas en estrecha relación entre todos los actores del sistema (escuelas, instituciones laborales, interlocutores sociales).

Las competencias requeridas por los empleos verdes exigen también una nueva valoración de los puestos de trabajo, con una reescritura de los perfiles profesionales y de los sistemas de clasificación que respondan a estas competencias. La negociación colectiva estatal sectorial de mayor trascendencia, empezando por la del metal, ha introducido, aunque con retraso, importantes innovaciones destinadas a superar las clasificaciones históricas por tareas y grupos profesionales, dando relevancia a las funciones y competencias actuales y potenciales de las personas. El objetivo compartido por empresas y sindicatos es hacer funcionales las clasificaciones profesionales a una gestión empresarial y laboral adecuada a los nuevos objetivos de desarrollo y a la potenciación de la profesionalidad requerida por los mismos.

La comprobación de la eficacia de estas innovaciones presenta un test decisivo, aún en curso, en las prácticas de aplicación a nivel de empresa, cuyo resultado dependerá de la actuación concreta de los distintos roles en la realidad empresarial y de cómo adaptarán sus prácticas de gestión no sólo a las nuevas exigencias de producción, sino también a los objetivos del desarrollo sostenible.

En la dirección de promover iniciativas público-privadas para apoyar a las empresas en la gestión de las transiciones destaca la legislación que instituye el contrato de “*espansione*” (Decreto-Ley n° 26 quater, 34/2019, transformado en Ley n° 58/2019) que, sobre la base de un acuerdo con los representantes sindicales, combina la posibilidad de jubilar a los trabajadores cinco años antes con el apoyo del italiana Fondo de Garantía Salarial y una aportación a cargo de las empresas, con la obligación de preparar un plan de reciclaje para los trabajadores que permanezcan en la empresa y un posible plan de contratación subvencionado⁴⁶.

La medida se ensayó (incomprensiblemente) a escala limitada y con una duración temporal; pero ofrece una herramienta positiva para gobernar las transiciones favoreciendo el *relevo* generacional y de competencias, que debería hacerse estructural.

⁴⁵ Por ejemplo, los periódicos editados por Unioncamere, como el programa Excelsior sobre previsión de las necesidades de competencias de las empresas.

⁴⁶ Véase Boletín Adapt 12 febrero 2014, n° 6, *Le misure di esodo anticipato dopo la fine della sperimentazione sul contratto di espansione e altri strumenti sperimentati in Italia*; B. Caruso M. Cutrone, *Verso il diritto del lavoro*

En efecto, la envergadura y la complejidad de los procesos de reestructuración inducidos por las transformaciones en curso requieren intervenciones sistemáticas y sinérgicas entre las estrategias de política industrial, las intervenciones de reconversión profesional y las ayudas a la renta de los trabajadores implicados que sean coherentes con los objetivos y las trayectorias de las transiciones.

Su aplicación presupone la puesta en marcha de una coordinación eficaz, actualmente inexistente, entre las distintas instituciones públicas competentes en las materias en cuestión, y requiere la participación efectiva de los interlocutores sociales en este proceso.

Se trata de un reto institucional y social sin precedentes, pero inaplazable, que puede inspirarse tanto en una institución como el contrato de “estensione”, como en formas similares y más sistemáticas de participación público-privada ensayadas en algunos países centroeuropeos. Han demostrado su eficacia en el pasado y son tanto más útiles hoy en día, si es necesario adaptadas, en contextos del mercado laboral más complejos que los de la era industrial.

11. LA ECOLOGIZACIÓN DE LAS EMPRESAS Y EL TRABAJO

Las innovaciones que deben perseguirse en las políticas activas de empleo y formación son importantes, pero no pueden aplicarse de forma aislada, como ha ocurrido a menudo; deben coordinarse con los cambios en la producción y la organización del trabajo recibidos del pasado industrialista que son necesarios para adaptarlo al contexto de la nueva economía y a los objetivos del desarrollo sostenible. Los análisis internacionales atestiguan que los cambios necesarios deben afectar al conjunto de las estrategias y estructuras empresariales, desde la *ecologización* de los procesos organizativos, pasando por la modificación del tiempo de trabajo y de los lugares de trabajo como consecuencia de la desmaterialización de la economía, hasta las principales instituciones de las relaciones laborales individuales y colectivas⁴⁷.

La negociación colectiva a distintos niveles ha abordado estos diferentes aspectos, pero, como también se señala en el dictamen del CESE, con enfoques sectoriales que no se adaptan a las necesidades que plantean las dos transiciones, especialmente la ecológica.

Uno de los temas que más atención e intervención está recibiendo es la regulación de las diversas formas de trabajo a distancia. La difusión de esta modalidad de trabajo se ha visto estimulada por la aparición de la pandemia y la necesidad de hacer posible que una parte significativa de las actividades productivas continúe sin riesgo de contagio.

Los interlocutores sociales han contribuido decisivamente a hacer posible y segura esta difusión con una intensa actividad contractual a todos los niveles, desde el empresarial hasta el interprofesional, cuyo contenido ha sido validado y hecho generalmente vinculante por decreto gubernamental.

Esta actividad de negociación, favorecida en Italia por una intervención legislativa de amplio alcance y oportunamente redactada (Ley 81/2018), continuó tras el final de Covid, desarrollando una serie de buenas prácticas normativas; y se extendió ampliamente hasta convertirse en una modalidad de trabajo consolidada, sobre todo en forma híbrida, es decir, combinada de diversas maneras con actividades presenciales. El recurso al trabajo a distancia ha sido apreciado ante todo por su potencial para permitir, en las mejores

della responsabilità. Il contratto di ricollocazione fra Europa, Stato e Regioni, en WP M. D'Antona, 263/2015; L. Tassaroli, *Riforme dei servizi per il lavoro: assegno di ricollocazione*, en *Il Libro dell'anno del diritto*, 2016, Treccani.

⁴⁷ OIT, *Greening enterprises*, cit., p. 5.

prácticas de empresa, una conciliación positiva del trabajo y el tiempo de vida, con una mayor autonomía de los trabajadores sin pérdida o incluso con ganancias de productividad. El primer balance también es positivo desde el punto de vista medioambiental, como demuestra un reciente estudio de ENEA, que certifica el impacto del trabajo a distancia no sólo en la reducción de los volúmenes y picos de tráfico, especialmente los desplazamientos al trabajo, y en la reducción de las emisiones de CO₂ y del consumo de combustible, sino también en la eficiencia de los procesos de trabajo de las empresas, con un mejor aprovechamiento del espacio y de los *puestos de trabajo* digitales, tanto más si se apoyan en el uso de la inteligencia artificial, así como con el ahorro de papel y energía.

Estos resultados beneficiosos para el medio ambiente van acompañados de beneficios para los trabajadores que, según las estimaciones de ENEA, suponen una reducción del tiempo de desplazamiento diario de una hora y media de media al día. Otro indicio significativo de la investigación es que la difusión del trabajo a distancia habría contribuido a cambiar los hábitos de los trabajadores, como demuestra el hecho de que una cuarta parte de la muestra representativa afirma haber optado por el uso de modos de movilidad sostenibles entre el domicilio y el trabajo (transporte público, bicicleta, desplazamientos a pie)⁴⁸.

Estas experiencias positivas, combinadas con las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, han estimulado iniciativas corporativas y contractuales más amplias destinadas a promover formas sostenibles de movilidad de los empleados entre el hogar y el lugar de trabajo; iniciativas que tienen un impacto directo en las condiciones medioambientales, ya que el transporte, especialmente el transporte por carretera, se encuentra entre los factores más contaminantes responsables de un alto porcentaje de las emisiones de efecto invernadero.

Además de reanudar y ampliar el uso de formas tradicionales de ayuda, como el pago a los empleados de abonos de transporte público, los acuerdos de empresa recientes han incluido en sus programas de bienestar la concesión de *prestaciones* para promover formas sostenibles de movilidad como las mencionadas anteriormente. Entre los casos más significativos, también en términos de tamaño, se encuentran los acuerdos de empresa de Eni, Enel, Banca Intesa San Paolo, Hera y recientemente (agosto de 2024) de la aseguradora Generali, que ha ofrecido a los trabajadores la posibilidad de vincular parte de su bonificación de empresa a un programa de *desplazamientos* sostenibles, siempre que se realice al menos un viaje sostenible casa-trabajo al mes (una oferta facilitada por la posibilidad consolidada en esta empresa de trabajar hasta tres días a la semana en régimen de teletrabajo)⁴⁹.

⁴⁸ La encuesta analizó el impacto medioambiental del trabajo a distancia durante el cuatrienio 2015-2018, en las ciudades de Roma, Turín, Bolonia y Trento; véase en el sitio web de ENEA, y en *Rev. International applied Sciences*, 2023. Implicaciones más amplias se desprenden de investigaciones recientes que han analizado el impacto en las dimensiones de la vida y en la propia geografía económica de los territorios. Cfr. para el análisis y los comentarios, L. Corazza, *Il lavoro senza mobilità: smart working e geografia sociale nel post pandemia*, LD, 2022, p. 430 y ss., que analiza las implicaciones del trabajo a distancia no sólo sobre la organización del trabajo y los poderes de los empleadores, sino también sobre los aspectos habitacionales y económicos de los territorios: desplazamientos fuera de los centros urbanos hacia pequeñas ciudades, zonas rurales y del interior, con efectos transformadores (además de sistémicos) sobre las economías territoriales, y prefiguración de nuevos escenarios comunitarios.

⁴⁹ Véanse más citas y comentarios: V. Speziale, *Impresa e transazione ecologica*, cit., p. 314 ss; C. Carta, *La transizione ecologica nelle relazioni industriali*, LD, 2022, p. 320 ss; P. Tomasetti, *Dal carbone al sole*, cit., 2021, spec. p. 92 ss.

12. PRIMAS A LA PRODUCTIVIDAD Y WELFARE: ¿OPORTUNIDADES DE MEJORA MEDIOAMBIENTAL?

Las primas a la productividad y las diversas formas de bienestar empresarial se han hecho cada vez más populares en los últimos años, en parte debido al estímulo de importantes concesiones fiscales y contributivas, y tienen un gran potencial para promover prácticas virtuosas de sostenibilidad medioambiental y social.

Los indicadores a los que están condicionados los beneficios fiscales de las primas incluyen diversos elementos de mejora del rendimiento de la empresa, que pueden utilizarse para fomentar comportamientos socialmente útiles, y también mencionan factores de mejora medioambiental, como la reducción de los residuos de transformación y la reducción del consumo de energía⁵⁰.

Algunos acuerdos de empresa de grandes empresas también han aprovechado las concesiones legales para distintos fines, al parecer sin discrepancia entre las partes, vinculando las distintas adaptaciones ambientales de la empresa o diversos e importantes premios de los directivos (normalmente exigidos por indicaciones en códigos de conducta y reglamentos internos).

Estos acuerdos también incluyen en las primas para la generalidad de los empleados indicadores vinculados a esta adaptación medioambiental, normalmente a factores relacionados con el evolución general de la empresa o a factores micro y macro combinados de diversas maneras. En particular, la reducción del consumo de materias primas, papel, energía, producción de residuos⁵¹.

Pero también en este caso se trata de experimentos piloto, porque la gran mayoría de estas primas siguen vinculadas a los factores tradicionales de evaluación del rendimiento de la empresa.

En cuanto a las medidas de protección social a las que se pueden destinar las primas, aunque se han diversificado hasta el punto de cubrir necesidades de indudable importancia social, desde la seguridad social complementaria y la asistencia sanitaria, hasta el apoyo a la crianza de los hijos, pasando por la *conciliación de la vida laboral y familiar*, sólo en algunas ocasiones han incluido iniciativas útiles para la mejora del medio ambiente: además de los casos de medidas de protección social financiados con primas *ecológicas* mencionados anteriormente, los ejemplos más extendidos se refieren a la promoción de la movilidad sostenible (véase lo señalado previamente).

El todavía escaso aprovechamiento de las oportunidades que ofrece el ordenamiento jurídico en este sentido confirma la resistencia individual y colectiva a reconocer la urgencia de la cuestión medioambiental y a extraer consecuencias de ella en las prácticas productivas y laborales.

En cualquier caso, sería útil que el legislador seleccionara mejor los incentivos para estas instituciones de recompensa que actualmente se facilitan de forma indiferenciada incluso para medidas de escasa relevancia: por ejemplo, dando peso a los indicadores de la agenda 2030 de la ONU, para dejar claros los objetivos prioritarios y orientar en consecuencia las decisiones de los sujetos individuales y colectivos.

⁵⁰ Véase el anexo a la Ley 208/2015 para la rendicontazione dei contratti sui premi.

⁵¹ Véanse indicaciones de acuerdos aplicados por grandes empresas como Almacor, Luxottica, Tenaris, Dalmine, ENI, en P. Tomasetti, *Labour Law and the Environment*, Adapt Univ. Press, 2018, p. 228 y ss.

13. SEGURIDAD LABORAL Y MEDIO AMBIENTE

Una materia objeto histórico del Derecho laboral entre las más expuestas al impacto de las transiciones ecológica y digital es la protección de la seguridad y la salud en el trabajo.

La desmaterialización de los lugares de trabajo y la mayor permeabilidad entre el entorno empresarial y el espacio exterior que posibilitan las nuevas tecnologías han hecho evidentes los vínculos entre la calidad y los riesgos inherentes al entorno laboral y el contexto medioambiental en el que opera la empresa.

Se trata de una nueva realidad que tiene consecuencias directas no sólo en el plano sectorial, sino en el conjunto de las políticas de empresa, porque afecta a la seguridad como elemento esencial de los sistemas de organización y producción. De hecho, afecta a las relaciones entre los distintos sectores del ordenamiento jurídico en general, porque reclama y urge una circulación normativa más amplia entre el Derecho laboral y el Derecho medioambiental⁵².

Estas transformaciones del entorno laboral y de las formas de trabajo provocadas por las tecnologías digitales repercuten directamente en los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores, modificando los riesgos tradicionales y creando otros nuevos, de naturaleza no sólo física sino también psicosocial⁵³, además de afectar de forma diferente a los trabajadores en función de su edad y circunstancias personales.

Por otra parte, la calidad del ambiente interior y exterior, empezando por la calidad y temperatura del aire, pone en peligro conjuntamente tanto la salud de la población, en particular de los miembros más débiles de la sociedad, como la salud y seguridad de los trabajadores, afectando negativamente a su capacidad para realizar las tareas requeridas y a la carga de trabajo⁵⁴.

La importancia de la relación entre las condiciones de trabajo y el entorno exterior viene siendo señalada desde hace tiempo por documentos tanto europeos como de la OIT, en colaboración cada vez más directa con la OMS, que insisten en la necesidad de adoptar un concepto unificado de la salud y el bienestar de los trabajadores que incluya tanto la seguridad en el trabajo como la calidad del entorno en el que opera la empresa, y de promover estructuras de producción que no sólo sean seguras para los trabajadores, sino que también tengan un bajo impacto ambiental⁵⁵.

Es necesario diagnosticar y verificar en la práctica las implicaciones de estos conceptos, ya que quedan por superar los planteamientos tradicionales aún presentes en

⁵² Véanse los comentarios de B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto. Il diritto del lavoro nella giusta transizione*, cit., p. 45 y ss.

⁵³ El aumento y la propagación de los riesgos psicosociales como consecuencia de los nuevos contextos de trabajo digitales y de la “presión” ejercida sobre los trabajadores por las máquinas inteligentes queda patente en numerosos análisis internacionales. Véase OCDE, *Employment outlook, 2023; AI and the labour market*, y *Using AI in the workplace, Artificial Intelligence paper*: Marzo de 2024, n° 11. El tema también ha aparecido en nuestra jurisprudencia: véase Cass. 7.6.2024, n° 15957, según la cual la presencia de un clima laboral que genera estrés es un hecho injusto que da derecho a indemnización para el trabajador.

⁵⁴ Véase el documento ETUC 2020 sobre los riesgos del aumento de las temperaturas; y el informe de la OIT, *Heat at work*, 25/7, 2024, y sobre la calidad del aire el Informe Assonime, *Innovating for Growth*, cit.; y también el documento SIMA, Sociedad Italiana de Medicina Ambiental, sobre estas cuestiones.

⁵⁵ Véase OIT, *Workplace well being*, 2009; ID, *World employment and social outlook, greening with jobs*, 2018. La Resolución de la OIT de 10 de enero de 2022 incluyó el derecho a un entorno de trabajo seguro entre los derechos sociales fundamentales. Véase también *Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo: crear un entorno de trabajo positivo*, ISSN, 1831-9351, 2013.

nuestra cultura jurídica que mantienen la separación entre el entorno laboral y el medio externo y, en consecuencia, entre el riesgo laboral y el medioambiental⁵⁶.

La necesidad de superar estas separaciones ha llevado a cierta doctrina a replantearse, a la luz de los vínculos entre trabajo y medio ambiente, incluso las obligaciones del empresario en materia de seguridad, interpretando el artículo 2087 del Código Civil en términos de sostenibilidad medioambiental, es decir, incluyendo medidas de protección del medio ambiente exterior y de prevención de impactos negativos sobre el mismo. Tal interpretación encontraría apoyo en el nuevo art. 41 de la Constitución, que debe leerse conjuntamente con el nuevo art. 9 de la Constitución, como base de un deber de las empresas de adaptar el conjunto para respetar los principios constitucionales de salud y seguridad, incluido el respeto del medio ambiente exterior⁵⁷.

Los interlocutores sociales sienten la necesidad de innovar la legislación para integrar la seguridad en el trabajo con la protección del medio ambiente, aunque con iniciativas todavía parciales.

A nivel interprofesional, las orientaciones generales se encuentran en el documento de los sindicatos italianos CGIL, CISL y UIL de 29 de septiembre de 2019 “Por un modelo de desarrollo sostenible”; y las normas específicas sobre seguridad en el trabajo y medio ambiente se recogen en el acuerdo marco de la CGIL, CISL, UIL de 21 de abril de 2015 sobre la dirección de obras del plan de prevención y lucha contra la inestabilidad hidrogeológica.

Una innovación significativa introducida por la negociación colectiva es la atribución a los representantes de los trabajadores en materia de seguridad en el trabajo prevista por la ley (RLS), de derechos de información consulta y funciones de formación también sobre políticas e inversiones medioambientales, reconversión sostenible de los ambientes de trabajo y de los procesos productivos, así como para la gestión de las relaciones con las autonomías locales y otras instituciones del sistema de relaciones laborales.

Los convenios colectivos nacionales, especialmente en los sectores más expuestos a los riesgos medioambientales (energía y petróleo, cemento, productos químicos farmacéuticos, electricidad) han introducido cláusulas que integran la protección de la seguridad laboral y medioambiental: comités paritarios competentes en materia de seguridad y medio ambiente, también en relación con las instituciones nacionales y europeas, obligaciones de las empresas de establecer sistemas integrados de gestión de la salud, la seguridad y el medio ambiente (SGI), de proporcionar iniciativas específicas de formación e información periódica sobre las estrategias y programas de la empresa en materia de seguridad laboral y medio ambiente (eléctrico)⁵⁸; el convenio del sector químico de 2019, en línea con el programa europeo *Responsible Care*, ha introducido en estos procesos un modelo pluralista de gobernanza del riesgo que implica no sólo a

⁵⁶ De hecho, los vínculos entre el entorno interno y externo de la empresa ya se pueden captar en algunas de las normas de nuestro ordenamiento jurídico: no sólo en el decreto legislativo 81/2008, sino también en las normas que se ocupan de la legislación medioambiental, desde el decreto 152/06 hasta el decreto 105/15 por el que se traspone la directiva 2012/18 de la UE.

Sin embargo, estas disposiciones de Derecho medioambiental son sectoriales y se refieren a riesgos específicos, mientras que la generalidad de las referencias a la protección del medio ambiente en las normas de prevención incluidas en el Decreto 81 es tal que hace dudar de su preceptividad y, por tanto, de su capacidad para preestablecer una “auténtica posición de garantía incluso en el plano medioambiental”.

⁵⁷ Así, F. Grasso, *La tutela dell'ambiente interno ed esterno*, cit., p. 128 y ss., según el cual esta orientación también estaría en consonancia con la lógica organizativa del nuevo artículo 2086 del Código Civil.

⁵⁸ Cf. P. Pascucci, *Modelli organizzativi e tutela dell'ambiente interno ed esterno all'azienda*, LD, 2022, p. 312 ss; véanse también V. Brino, *La governance societaria sostenibile*, cit.; C. Carta, *La transizione ecologica nelle relazioni industriali*, cit.; F. Grasso, *La tutela dell'ambiente interno ed esterno all'impresa*, cit., p.145 ss.

los trabajadores y sus representantes, sino también a las partes interesadas ajenas a la empresa.

Corresponde principalmente a la negociación empresarial regular la cuestión en detalle. Sin embargo, también aquí se trata de acuerdos poco numerosos, que no prefiguran tendencias generales del sistema empresarial⁵⁹.

14. NO SÓLO DECLARACIONES, SINO ACUERDOS TRANSFORMADORES

Son bastante raros los casos en los que la negociación entre las partes ha abordado los problemas de la organización del trabajo en relación con el medio ambiente, aunque la conciencia de la necesidad de hacerlo está presente en la negociación colectiva más avanzada.

Así, por ejemplo, el convenio colectivo sectorial nacional del metal (de 2021) ha previsto que en las reuniones periódicas con los representantes de los trabajadores (RSP y RSL) se debatan las emisiones, el tratamiento de residuos, el impacto energético y el medio ambiente, con la participación de representantes de la empresa que gestionan los distintos asuntos. También prevé que las partes cooperen en la evaluación de riesgos para alcanzar los objetivos de protección de la salud y el medio ambiente con el fin de evaluar y proponer medidas para que la producción sea menos contaminante.

El convenio colectivo del sector logístico señala la importancia de los corredores europeos de la RTE para mejorar la sostenibilidad medioambiental del país.

Sin embargo, un enfoque amplio de las cuestiones medioambientales, que abarque desde la seguridad en el trabajo hasta las cuestiones de gestión empresarial decisivas para el respeto del medio ambiente, responde a un planteamiento coherente y global de las opciones estratégicas de las empresas, porque no cabe duda de que todas las formas de gestionar el tiempo, el espacio y el uso de los recursos materiales e inmateriales empleados tienen un impacto directo y a menudo decisivo en el balance energético y medioambiental de las empresas⁶⁰.

Analizar y evaluar este impacto para comprobar su compatibilidad con los objetivos de sostenibilidad medioambiental y, en su caso, introducir los cambios necesarios, es ahora una obligación explícita consagrada en la normativa europea, *principalmente* en la Directiva sobre *diligencia debida*.

Aunque la obligación recaiga en las empresas, y aunque las directivas europeas no den suficiente espacio a la participación de los trabajadores y sus representantes, éstos tienen pleno derecho, por las razones expuestas, a participar en la búsqueda de las soluciones más adecuadas cuyos efectos sientan directamente. Esta búsqueda no es en absoluto sencilla debido a la complejidad de las cuestiones planteadas, pero también porque debe despejar el campo de las precisiones conceptuales de los actores, incluso antes que las prácticas organizativas imperantes en décadas pasadas.

⁵⁹ M. Giovannone, *Responsabilità datoriale e prospettive regolative della sicurezza del lavoro*, Turín, Giappichelli, 2024; C. Carta, *La transizione ecologica nelle relazioni industriali*, cit., p. 317 y ss. Véanse ejemplos de buenas prácticas en grandes empresas en la nota 50.

⁶⁰ El Pacto por el trabajo y el clima de Emilia Romagna, 14 de diciembre de 2020, adopta un enfoque global de las cuestiones de política industrial laboral y medioambiental; véase el precedente de 2015: P. Bianchi, F. Butera, G. De Michelis, P. Perulli, F. Seghezzi, G. Scarano, *Cohesión e innovación. Il Patto per il lavoro dell' Emilia*, Mulino, Bologna, 2020.

Podrían extraerse algunas enseñanzas de algunas experiencias innovadoras del pasado, como las técnicas utilizadas para hacer más productiva la organización taylorista del trabajo industrial, desde *la lean organization* hasta los métodos de mejora continua de origen japonés⁶¹.

Estas soluciones no son aplicables *sic et simpliciter* a los nuevos contextos de la economía digital y los objetivos de sostenibilidad medioambiental. Pero demuestran que incluso los cambios estructurales son posibles. Lo confirman, aunque sea parcialmente, por ejemplo, los cambios organizativos en los lugares y horarios de trabajo mencionados anteriormente como consecuencia de la generalización del trabajo a distancia.

Los estudios indican que las innovaciones organizativas (también) en la historia reciente se han debido predominantemente a iniciativas de los directivos y que el sindicato ha actuado sobre todo a remolque.

Las grandes empresas que han asumido la urgencia de innovar en este ámbito y han dado los pasos consiguientes se ven ahora fuertemente urgidas a actuar en esta dirección por la Directiva europea sobre diligencia debida de 13 de junio de 2024 (2024/1760).

La directiva impone a las empresas a partir de cierto tamaño y a sus cadenas de suministro una serie de requisitos bastante complejos destinados a cumplir los objetivos de sostenibilidad social y medioambiental. Las obligaciones son especialmente estrictas en lo que respecta al respeto del medio ambiente: procedimientos de evaluación de los riesgos medioambientales con el consiguiente deber de adoptar medidas para prevenirlos y mitigarlos; cambios en las estrategias y prácticas organizativas de producción y trabajo necesarios para prevenir los impactos negativos actuales y potenciales; deber de presentar un plan específico de mitigación del cambio climático.

La legislación también estipula que las empresas deben implicar a todas las partes interesadas, empezando por los representantes de los trabajadores, en un diálogo decisivo en todas las fases del procedimiento y en la adopción de las medidas necesarias para prevenir y mitigar los riesgos detectados.

Esta legislación ofrece una nueva oportunidad para que las relaciones laborales se replanteen y afirmen su papel ante los retos que plantean la gran transformación y las opciones estratégicas de la empresa, que son también una condición necesaria para lograr una protección laboral eficaz en la nueva economía. Las cuestiones medioambientales que aquí se debaten constituyen una prueba fundamental para sindicatos y empresas de su capacidad para asumir una responsabilidad compartida en un reto decisivo para el destino de la comunidad, tanto nacional como mundial.

Implicar a los sindicatos y a los trabajadores como individuos en las cuestiones medioambientales es una condición no sólo para acordar nuevas normas más respetuosas con el medio ambiente, sino para promover una cultura y un comportamiento cotidiano coherentes con las metas de sostenibilidad necesarias para alcanzar esos nuevos y difíciles objetivos.

⁶¹ Cf. entre muchos análisis y propuestas sobre formas de innovación y diseño del trabajo, con ejemplos de innovaciones y experiencias empresariales F. Butera, *Progettare una new way of working*, en LDE, I, 2022; L. Pero, A. Ponzellini, *Il nuovo lavoro industriale fra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, en M. Carrieri, P. Nerozzi, T. Treu (eds.), *La partecipazione incisiva*, Mulino Astrid, 2015, p. 45 y ss; véase también L. Pero, *Inquadramento professionale dei metalmeccanici e cambiamenti organizzativi e tecnologie di lungo periodo*, en T. Treu (ed.), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Giappichelli, Turín, 2022, p. 55 y 70.

15. RESISTENCIAS AL CAMBIO: LAS PRIORIDADES DE LA FASE ACTUAL

Los análisis internacionales y europeos, como los que aquí se presentan, muestran que muchas instituciones de Derecho laboral, tanto de origen legislativo como derivado de la negociación colectiva, están cambiando como respuesta a las transformaciones del entorno socioeconómico inducidas por las dos transiciones.

Nuestras consideraciones han puesto de relieve que las soluciones negociales tienen pocas limitaciones en su capacidad para afrontar el reto ecológico en particular.

Además, las tensiones entre las razones medioambientales, sanitarias y laborales, que a menudo entran en conflicto abierto, plantean a los representantes sindicales opciones “trágicas” muy difíciles de gestionar. Así lo atestiguan los acontecimientos no sólo en Italia en relación con las grandes cuencas contaminantes vinculadas a las industrias siderúrgica y petroquímica⁶².

Aunque son frecuentes las declaraciones de principio sobre la importancia de un compromiso conjunto para hacer frente a la gravedad de la emergencia medioambiental, tales declaraciones no tienen suficiente concreción posterior en la regulación y gestión de las relaciones y la organización del trabajo. Incluso los instrumentos acordados, comisiones mixtas, observatorios, representaciones colectivas especializadas y organismos bilaterales luchan por ir más allá del intercambio de información y opiniones para incidir en las prácticas y decisiones necesarias para un cambio en los mecanismos de producción y apoyo que exigen los objetivos de una transición justa: es decir, existe un evidente *décalage* entre los objetivos declarados y los resultados reales⁶³.

Así se destaca también en el dictamen del CESE, en el que se señala la diferente resistencia de la negociación colectiva en esta materia, en comparación con la cuestión de la transición digital propiamente dicha; considerando que sería urgente pasar de los análisis y acuerdos del statu quo a las iniciativas de cambio estructural de los procesos de producción.

El hecho es que la resistencia al cambio es especialmente fuerte y generalizada porque los objetivos de la sostenibilidad medioambiental chocan con las prácticas de producción, los hábitos de consumo y las categorías conceptuales establecidas en la historia de nuestro desarrollo.

Estas resistencias son más evidentes en la fase actual, en la que los cambios iniciados por el “*Green Deal*” europeo están mostrando los primeros efectos negativos sobre las estructuras de producción, especialmente las industriales, mientras que todavía no existen soluciones alternativas ni son visibles los posibles beneficios de la transición, y las medidas de apoyo a los “perdedores de la transición” son (a menudo) todavía inadecuadas⁶⁴.

Para desmentir la convicción generalizada de que las razones del trabajo y el medio ambiente están en conflicto irreductible, es preciso saber responder de forma convincente a estos temores, con iniciativas convergentes de política industrial y social que, sin embargo, tardan en materializarse.

⁶² Véanse las consideraciones de B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto. Il diritto del lavoro nella giusta transizione*, cit., n. 10, p. 48 y ss.; A. Morrone, *La costituzionalizzazione dell'ambiente e del lavoro. Per un nuovo contratto sociale*, DLRI, 2022, p. 522 y ss.

⁶³ Así también C. Carta, *La transizione ecologica*, cit. p. 313

⁶⁴ La gravedad del momento queda patente en la encuesta del ISTAT -recogida por ASVIS-, según la cual el progreso hacia los objetivos de la Agenda 2023 de la ONU es bastante limitado, y muchos de los indicadores de la Agenda se han deteriorado en los últimos años. Informe ASVIS, 2023, *L'Italia e gli obiettivi dello sviluppo sostenibile*.

Dado que estas iniciativas, aunque se pongan en marcha pronto, producen efectos a medio plazo, unas políticas de apoyo eficaces y bien distribuidas serán importantes a corto plazo para reducir el malestar y las reacciones sociales en el *lapsus de tiempo* necesario para la transición. Mantener el equilibrio, la eficacia y el calendario de estas intervenciones es un requisito previo para completar una transición necesaria y hacerla justa, tal y como instan los documentos europeos.

Se trata de una conclusión que en absoluto puede darse por descontada, como lo demuestra la resistencia a los propios objetivos del *Green Deal*: las incertidumbres entre los interlocutores sociales y las instituciones nacionales e internacionales sobre cómo sostener la fase actual de los asuntos europeos.

Por ello, la búsqueda de vías y medios para afrontar los retos actuales superando las soluciones parciales y meramente adaptativas requiere, como he dicho en repetidas ocasiones, un compromiso conjunto de las instituciones públicas y de los agentes sociales tanto a nivel nacional como europeo.

La contribución de los interlocutores sociales puede beneficiarse de una concepción y una práctica renovadas de la participación, es decir, de una interacción comprometida en los asuntos de las empresas entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa, con sus conocimientos y su experiencia. Estoy convencido de que, si la sostenibilidad ya no es sólo un elemento externo que condiciona las actividades de la empresa, sino un parámetro fundamental de las mismas, la participación también debe interiorizar los objetivos, los contenidos, el propio lenguaje, necesarios para hacerla perseguible. Para ello, las instituciones participativas no pueden orientarse, como en el pasado, sólo hacia el crecimiento y la productividad, sino que deben ser capaces de compatibilizar estos objetivos con la protección y mejora del medio ambiente.

Del mismo modo, las formas de participación que se ensayen en Europa deberán adquirir dimensiones más amplias que en el pasado e implicar, junto a los trabajadores, a representantes de la sociedad civil y de las colectividades territoriales que compartan con los asalariados un interés por la salvaguardia del medio ambiente y la salud.

En realidad, la persecución de estos objetivos de sostenibilidad debe ir más allá del ámbito de las políticas laborales y la gestión empresarial, es decir, extenderse a las orientaciones de las políticas públicas y las estrategias empresariales.

Por lo tanto, reclama como posible contenido de la participación la implicación de los representantes no sólo en las decisiones organizativas del trabajo y la producción, sino también en las estrategias de producción de las empresas, (ante todo) para comprobar su compatibilidad con los objetivos de sostenibilidad y ayudar a promoverlos en las opciones cotidianas⁶⁵.

Las reflexiones aquí realizadas no pueden concluir sin recordar también las implicaciones que los retos de la sostenibilidad conllevan para el futuro del Derecho

⁶⁵ El histórico sistema alemán de cogestión también lo cuestiona. La interpretación jurisprudencial de la ABG dio una primera respuesta al sostener que el balance ecológico y las medidas empresariales de protección del medio ambiente entran en el ámbito de la cogestión. Pero la decisión no fue suficiente para garantizar que los poderes de cogestión afecten realmente a las decisiones de la empresa, como hizo una intervención posterior en 2001 sobre estos poderes: A. Gramolati, G. Mari, *Il lavoro dopo il mercato*, en *La città del lavoro. B. Trentin per un'altra sinistra*, Florencia, Univ. Press, 2015, desembocó en 2022 en una proposición de ley del sindicato DGB para reconocer un derecho específico de cogestión de los consejos de empresa en materia medioambiental. Véase, para estas cuestiones, W. Daubler, *Climate Protection and Labour Law*, en DLRI, 2023, p. 526 y ss. y también M. Corti, *A proposito di un libro di W. Daubler e M. Kitten, sulla partecipazione dei lavoratori in Germania*, *ivi*, p. 143 y ss. Vale la pena recordar que incluso el movimiento sindical italiano, en una época ya lejana, había sostenido la necesidad de intervenir en las decisiones estratégicas de las empresas, es decir, de utilizar una fórmula de la época, no sólo sobre cómo producir, sino también sobre qué producir,

y de las políticas laborales y para nuestras responsabilidades como juristas. Así como en décadas pasadas nuestra materia ha contribuido a construir un sistema de relaciones sociales inspirado en valores constitucionales, conciliando las razones del trabajo con las de la empresa, ahora está llamada a buscar, en diálogo directo con otras disciplinas, un nuevo equilibrio entre la producción laboral y el medio ambiente para una sostenibilidad integral, que aúne los aspectos económicos y sociales con los medioambientales⁶⁶.

es decir, para qué fines y con qué resultados. Me remito para todos a B. Trentin, *Da sfruttati a produttori. Dal miracolo economico alla crisi*, De Donato, Bari, 1972; y para una reflexión más que retrospectiva a G. Mari, B. Trentin: nel lavoro la libertà viene prima, in *idee e di ozio, per la nostra civiltà*, editado por G. Mari, F. Ammannati, S. Brogi, T. Faitini, A. Fermani, F. Seghezzi, A. Tonarelli, p. 1407.

⁶⁶ T. Treu, *Impresa sostenibile*, cit., p. 218.

**PONENCIAS ESPECÍFICAS
PRESENTADAS AL PRIMER PANEL:
TIEMPO DE TRABAJO
(Reducción de jornada, descanso y conciliación)**

**ADAPTACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO
PREVISTA EN EL ART. 34.8 DEL TRLET EN POS DE LA
CONCILIACION DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL**

ANA GLORIA AZOR OLIVER

*Doctora en Derecho Universidad de Murcia
Abogado
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla
ORCID: 0009-0009-7077-075X*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO NORMATIVO
3. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL DERECHO DE ADAPTACIÓN
4. DERECHO DE ADAPTACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO. ARTÍCULO 34.8 TRLET
5. PROCEDIMIENTO DE ADAPTACIÓN
6. CONCLUSIONES

RESUMEN

El apartado 8 del art. 34 del TRLET, redactado por el apartado dos del artículo 127 del R.D.-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, viene a cumplir con el objetivo de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

En este contexto este artículo en el apartado objeto de estudio viene a establecer un marco general en el que se determina el derecho del trabajador a solicitar la adaptación de su jornada laboral; los términos de la misma; el alcance temporal en el caso de hijos menores; la ampliación en el caso de otros familiares; el método para la determinación de la concreta adaptación y el derecho del trabajador de regresar a su situación anterior. E, igualmente, ante las discrepancias surgidas entre las partes será la Jurisdicción Social la que resuelva el conflicto.

Como hemos dicho este artículo le da derecho al trabajador a solicitar la adaptación y le obliga a negociar, luego entonces lo que realmente otorga al trabajador es una expectativa de derecho que, en caso de que no llegue a buen término la negociación con la otra parte, será el criterio del Juez el que finalmente se imponga.

1. INTRODUCCIÓN

La modificación del artículo 34.8 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), introducida por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, responde a una necesidad de seguir adaptando la normativa laboral española a las exigencias de una sociedad en continua transformación. Este cambio legislativo se enmarca en un contexto socioeconómico que arranca con la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo, un fenómeno que ha ido alterando significativamente las dinámicas tradicionales de la vida familiar y laboral. Por otro lado, no podemos ser ajenos a los efectos que la reciente pandemia mundial ocasionada por la COVID-19 han puesto de manifiesto respecto de esta materia. En este sentido, la conciliación entre la vida personal y profesional emerge como una prioridad tanto para los trabajadores como para las empresas, que deben gestionar sus recursos humanos de manera flexible y eficiente sin comprometer la productividad ni los derechos fundamentales de los empleados.

La nueva redacción del artículo 34.8 del ET pone de manifiesto la importancia de promover una corresponsabilidad real en el cuidado de los hijos y otros dependientes, reconociendo el derecho de los trabajadores a solicitar adaptaciones en su jornada laboral para hacer frente a sus responsabilidades familiares. Esta corresponsabilidad se concibe no solo como una medida de equidad social, sino también como un instrumento clave para garantizar la no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, combatiendo así las barreras estructurales que históricamente han relegado a la mujer a un rol secundario en el mercado de trabajo.

Por otro lado, la reforma legislativa subraya la necesidad de que las empresas asuman un rol activo en la ordenación del trabajo, estableciendo mecanismos que

permitan compatibilizar las demandas individuales de conciliación con las necesidades organizativas y productivas de la empresa. En este marco, la negociación colectiva y el diálogo social se erigen como pilares fundamentales para alcanzar soluciones equitativas y sostenibles, que conjuguen los intereses de ambas partes y favorezcan un clima laboral inclusivo y respetuoso de los derechos de todos los trabajadores.

2. MARCO NORMATIVO

La normativa aplicable en esta materia es, en esencia, el art. 34.8 ET: “Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

El art. 38 CE: " Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la

productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

El art. 39 CE: " 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

El art. 14 CE: "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".

El art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, establece 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." Y el art. 15 del mismo cuerpo legal, Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, determina que "El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades."

Cabe mencionar, dentro de la legislación española, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que viene a consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por otro lado, la legislación europea también ha intervenido en esta materia, así la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES se centra en establecer la obligatoriedad de un permiso parental para ambos progenitores, de modo que se repartan las cargas familiares¹.

El art. 9 de la Directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores: "Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible a que hace referencia el apartado 1 en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas".

¹ Cristóbal Roncero, R., "La conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea: especial referencia a la propuesta de directiva sobre igualdad retributiva", Revista Derecho social y empresa, núm. 16, págs. 3-10.

Y, a nivel procesal, el art. 139 de la LRJS: “1. El procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por las siguientes reglas:

- a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.

El empresario y el trabajador deberán llevar 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.

- b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2. El procedimiento anterior será aplicable igualmente al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Podrá acumularse a la referida demanda la acción de daños y perjuicios directamente causados a la trabajadora por la negativa o demora del derecho. Podrá instarse, en su caso, la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180.”

3. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL DERECHO DE ADAPTACIÓN

3.1. Quién puede solicitar adaptación por necesidades de conciliación

El derecho de adaptación de las condiciones de trabajo en España, regulado en el artículo 34.8 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), constituye un mecanismo legal que permite a las personas trabajadoras solicitar modificaciones en su jornada laboral para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. Este derecho, aunque no absoluto, otorga a los trabajadores la posibilidad de solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada, la ordenación del tiempo de trabajo, y la forma de prestación, incluyendo el trabajo a distancia y el cambio de centro de trabajo.

3.1.1. Delimitación objetiva del Derecho

Desde una perspectiva objetiva, el derecho de adaptación no es un derecho subjetivo, perfecto e incondicional. Se configura como una facultad de solicitar adaptaciones, las cuales deben ser razonables y proporcionadas, atendiendo tanto a las necesidades del trabajador como a las productivas y organizativas de la empresa².

3.1.2. Delimitación subjetiva del Derecho

En cuanto a su delimitación subjetiva, este derecho es accesible a todas las personas trabajadoras, sin distinción de sexo, permitiéndoles solicitar adaptaciones que favorezcan la conciliación entre la vida familiar y laboral³. Es importante destacar que, a diferencia de otros derechos, como la suspensión del contrato en casos de nacimiento o adopción, este derecho de adaptación no es obligatorio, y los trabajadores pueden optar por no ejercerlo⁴.

El procedimiento para solicitar la adaptación de la jornada implica un proceso de negociación entre el trabajador y la empresa. La normativa establece que, ante una solicitud, la empresa debe abrir un proceso de negociación que no exceda los quince días, al término del cual debe comunicar por escrito su decisión. La empresa puede aceptar la solicitud, proponer una alternativa o denegarla, siempre justificando su decisión en caso de negativa.

En situaciones de desacuerdo con la decisión empresarial, el trabajador tiene la opción de recurrir a la vía judicial para resolver la controversia. Esto subraya que, aunque el derecho de adaptación es un mecanismo legalmente reconocido, su ejercicio efectivo depende de un equilibrio entre las necesidades del trabajador y las de la empresa.

La jurisprudencia ha jugado un papel crucial en la interpretación y aplicación de este derecho, evaluando casos específicos para determinar si las adaptaciones solicitadas son razonables y proporcionadas. Las resoluciones judiciales han enfatizado la importancia de que tanto las solicitudes de los trabajadores como las respuestas de las empresas estén debidamente justificadas y motivadas. En este sentido:

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de enero de 2022⁵: Esta sentencia desestima el recurso de un trabajador que solicitó una adaptación de jornada para cuidar de su madre, quien tenía un 90% de minusvalía. El tribunal concluyó que el trabajador no acreditó suficientemente las razones de conciliación, ya que solo presentó la petición de un centro de día para el cuidado de su madre, sin aportar más pruebas, como la declaración de la cuidadora.

² STSJ M/Soc. de 9 febrero 2024 (rec. 994/2023): "el art. 34.8 ET alude, en relación con el ámbito objetivo del derecho que regula, al relativo a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo."

³ STSJ M/Soc. de 9 febrero 2024 (rec. 994/2023): "una perspectiva subjetiva a la necesidad de los trabajadores, hombres y mujeres, de conciliar la vida laboral con la vida familiar."

⁴ Barrios Baudor, G.L. (2019). "Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral". BIB 2019 BIB 2019\8340. Universidad Rey Juan Carlos. Revista Aranzadi Doctrinal Núm. 9/2019. Editorial Aranzadi, S.A.U. ob. cit. pág. 9.

⁵ STSJ AND/Soc. de 13 enero 2022 (rec. 4073/2021): "no compartimos el argumento del actor, cuando entiende que le basta para el reconocimiento de su derecho la simple acreditación de que tiene a su madre con una minusvalía del 90%, sino que para realizar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad previsto en el art. 34.8 ET, se deben valorar las necesidades del trabajador (que deberá acreditar, y no ha hecho), y las de la empresa basadas en causas organizativas o productivas, lo que resolveremos a continuación."

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 2022 pone de manifiesto que “el actor no ha acreditado la necesidad de esta adaptación, su racionalidad y proporcionalidad”⁶ por lo que deniega la petición por falta de justificación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de abril de 2024. Esta sentencia deniega la petición de la trabajadora que solicitaba la adaptación de la jornada laboral “Y ello cuando, y también, no se tienen por cumplidas o, mejor, reconocidas las circunstancias alegadas por la recurrente en orden a la justificación de las necesidades de “conciliación” que alega.”⁷

Estas resoluciones destacan la importancia de que los trabajadores acrediten adecuadamente la necesidad objetiva de la adaptación solicitada para que pueda ser concedida.

4. DERECHO DE ADAPTACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO. ARTÍCULO 34.8 TRLET

A tenor del texto del art. 34.8 TRLET son dos las adaptaciones que el trabajador puede solicitar, una, en relación con la duración de la jornada laboral y otra, en relación con la distribución de la misma, y, ambas, respecto de la ordenación del tiempo y forma de prestación de laboral, incluido el teletrabajo.

Así, el trabajador puede solicitar, combinadamente con el art. 37.6 TRLET, la adaptación de su jornada laboral y la reducción de la misma para salvar la referencia que este artículo a la “jornada ordinaria”. El trabajador puede solicitar la adaptación de su jornada laboral, también, en el caso de que previamente estuviese disfrutando de una reducción de jornada por motivos de conciliación.

Igualmente, el trabajador puede solicitar una adaptación de su jornada laboral concretándose en un cambio de turno de trabajo o la solicitud de un turno fijo de trabajo o una concreción horaria. En esta misma línea, la adaptación puede concretarse en una petición de teletrabajo, bien de la jornada completa o parte de ella, e, incluso, en un cambio de centro de trabajo a través de un traslado.⁸

Este mismo mecanismo puede articularse para la reversión de esta situación, es decir, para solicitar la recuperación de un horario de trabajo disfrutado con anterioridad.

Eso sí, todas estas peticiones de adaptación, en la mayoría de los casos, supone una modificación de la jornada ordinaria de trabajo del trabajador que lo solicita.

Siguiendo el tenor literal del art. 34.8 TRLET, “Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.” “...el derecho de adaptación establecido en el art. 34.8 del ET como derecho a modificar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (introducido por el RD Ley 6/2019 con vigencia desde 08 de Marzo de 2019), queda sujeto, caso de no existir acuerdo colectivo o individual, a su exigencia en sede judicial, que deberá ponderar los bienes e intereses confrontados, el del trabajador y el de la empresa, bajo un criterio de “razonabilidad y proporcionalidad”,

⁶ STSJ M/soc. de 30 septiembre 2022 (rec. 240/2022)

⁷ STSJ CAT/soc. de 5 abril 2024 (rec. 4417/2023).

⁸ Gala Durán, C., “Conciliación vida familiar. La posibilidad de adaptar la jornada de trabajo como consecuencia de la conciliación de la vida familiar y laboral: el nuevo artículo 38.4 del Estatuto de los Trabajadores.” *Administración práctica* 2 (2020).

siendo en consecuencia un derecho “condicionado”; por tanto, no se reconoce un “derecho a adaptar” sino que se reconoce una expectativa de derecho, de tal forma que, ante ausencia de negociación colectiva que recoja los términos del ejercicio de este “derecho a solicitar” la adaptación de la jornada, se podrá solicitar a la empresa aquella siempre que sea razonable y proporcional (es decir, que la medida pretendida cumpla su finalidad, no amparándose solicitudes desmedidas o carentes de conexión con el derecho jurídicamente protegido), ponderando los intereses del propio trabajador y de la propia empresa (necesidades organizativas o productivas); derecho que al no ser incondicionado, debe conjugar tanto los intereses del trabajador como los de la propia empresa.”⁹

Se trata, por tanto, de una exigencia legal, se ha de hacer un ejercicio de ponderación en el que se tendrán en cuenta tanto las necesidades del trabajador como las necesidades de la empresa. El marco que legalmente se establece para tal ejercicio de ponderación ha de ser la negociación entre trabajador y empresa.

En este sentido, se requiere tanto del trabajador como de la empresa una serie de actuaciones para llevar a buen término la negociación. Así, el trabajador está obligado a justificar y acreditar la situación de necesidad¹⁰, por tanto, “las necesidades giran sobre el titular del derecho y no de un tercero.” La empresa se ve conminada a abrir un periodo de negociación, el art. 34.8 del TRLET concede un plazo máximo de 15 días, cuya decisión última debe de analizarse teniendo en cuenta todas las circunstancias.

Para la empresa el incumplimiento del deber de negociación durante el periodo establecido para ello implica la presunción de concesión de la petición del trabajador¹¹ y para el trabajador, la no acreditación de las causas que le llevan a la solicitud de adecuación de su jornada laboral para la conciliación de la vida personal y laboral y justificación de estas puede conllevar la no aceptación de la solicitud.

Son los convenios colectivos los que han de determinar los términos del ejercicio del derecho reconocido en el art. 34.8 del TRLET, para lo cual establecerán los criterios para la concreción de la adaptación de la jornada laboral de los trabajadores respondiendo a las necesidades de conciliación de vida personal, familiar y laboral y “las necesidades productivas y organizativas de la empresa”. Ante la ausencia de negociación colectiva se estará sólo a lo regulado en el art. 34.8 del TRLET.¹²

Podemos colegir que el art. 34.8 del TRLET no establece un derecho para adaptar la jornada laboral sino una expectativa de derecho, cuyo ejercicio depende de que el trabajador acredite sus necesidades y la empresa, haciendo un ejercicio de proporcionalidad y, en base a sus necesidades organizativas, abra un periodo de negociación en el que determinen tales concreciones. En este punto se puede hacer una crítica a la configuración del art. 34.8 del TRLET porque “No hay que olvidar que los incentivos de los negociadores para alcanzar un acuerdo son, dada la mala configuración del art. 34.8 ET, inferiores a que si el modelo legal forzar al Juez a escoger una de las dos alternativas propuestas por los negociadores. Es decir, el modelo no incentiva la negociación pues no hay incentivo

⁹ STSJ M/Soc. de 30 septiembre 2022 (rec. 240/2022)

¹⁰ STSJ AND/Soc. de 16 mayo 2024 (rec. 1557/2024): “Correlativamente la recurrente debe acreditar que la adaptación es necesaria para la efectiva conciliación.”

¹¹ STSJ AR/Soc., de 20 mayo 2024 (rec. 373/2024): “Por lo que transcurrido dicho plazo en el que no hubo contestación, negociación, ni oposición, se presume su concesión, sin que pueda plantearse el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de las mismas y las necesidades organizativas y productivas con posterioridad.”

¹² Sánchez-Girón Martínez, B.: “El Derecho de adaptación de jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar, y su redacción en el RDL 6/2019”. Gavilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 2020(24), p. 146: “Atendiendo a su fin, no se podría solicitar una adaptación de jornada que no satisfaga una necesidad familiar o personal. Asimismo, las solicitudes de adaptación dependerán de las características de la actividad laboral de la empresa, y la forma de distribución de la jornada solicitada debe ser compatible con la productividad y organización de la misma.”

alguno al acuerdo en cuanto las partes se lo jugarán al azar de lo que decida el juez al no operar la aversión a la pérdida; y esto sin introducir los costes de litigación que nos llevará a otra reflexión, repetimos por el vacío de la norma convencional y la mala configuración del art. 34.8 ET.¹³

En otro orden de cosas, el trabajador puede solicitar en base al art. 139.1.a) de la LRJS¹⁴ indemnización por daños y perjuicios derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida que se calcula, por regla general, en base a los parámetros establecidos en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁵.

5. PROCEDIMIENTO DE ADAPTACIÓN

El procedimiento por el que un trabajador puede llegar a disfrutar de una adaptación de su jornada laboral para la conciliación de la vida familiar y laboral, se inicia con la solicitud del propio trabajador para el ejercicio de un derecho o, como ya se ha comentado la expectativa de un derecho.

Siguiendo el tenor literal del art. 34.8 TRLET en “la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo.” Es decir, que será en el marco de la negociación colectiva donde se fije el procedimiento para la resolución de las solicitudes de los trabajadores de adaptación de condiciones de trabajo. En el mismo se determinarán los parámetros en que se ejercerá este derecho de adaptación siempre que estos atiendan a criterios de no discriminación por razón de sexo. Se puede, pues concluir que se ha de atender, como norma general, al convenio colectivo, es la regla general.

A modo de ejemplo, el Convenio colectivo de la empresa Mercadona, S.A. en su art. 17.f), tratando de la reducción de jornada establece el procedimiento a seguir, que se aplica igualmente a la solicitud de adaptación de jornada y matizando para “este caso concreto el proceso de negociación entre ambas partes tendrá una duración máxima de treinta días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición en este plazo. Finalizado el proceso de negociación, si no hay acuerdo, la Empresa planteará una propuesta alternativa o bien manifestará la negativa a su ejercicio, de forma motivada.”¹⁶

Igualmente, el Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción integral con Migrantes, en su art. 29. Adaptación de la jornada por guarda legal, hace referencia a la

¹³ STSJ AND/Soc. de 16 mayo 2024 (rec. 1557/2024)

¹⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Art. 139.1.a) segundo párrafo: “En la demanda del derecho a la medida de conciliación podrá acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador.”

¹⁵ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹⁶ BOE, núm. 52, de 28 febrero 2024: Resolución de 16 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Mercadona, SA.: f) Las personas trabajadoras que tengan derecho a la reducción de jornada establecida legalmente por el Estatuto de los Trabajadores, siempre y cuando medie acuerdo entre la Empresa y la persona trabajadora, podrán solicitar adaptación horaria, acumulando el período de reducción en días completos debiendo mediar acuerdo para ello.

El procedimiento anteriormente referido será también el utilizado en el caso de solicitud de adaptación de jornada por parte de la persona trabajadora regulado en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.

posibilidad de solicitar adaptación de jornada laboral en los términos establecidos en el art. 34.8 del TRLET y establece el procedimiento concreto para la misma.¹⁷

Ahora bien, el artículo 34.8 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) establece un procedimiento subsidiario para la adaptación de las condiciones de trabajo con fines de conciliación, ante la dificultad de establecer reglas genéricas mediante negociación colectiva que abarquen la diversidad de situaciones posibles. Este procedimiento subsidiario se articula a través de la negociación individual entre empresa y trabajador, estructurándose en las siguientes fases.

El proceso se inicia con la solicitud expresa del trabajador, ejerciendo su derecho a la adaptación de las condiciones laborales. Esta solicitud es fundamental, pues sin ella no puede iniciarse el proceso negociador.

La presentación de la solicitud no obliga a la empresa a acordar las adaptaciones, pero sí a iniciar el proceso de negociación. La negativa injustificada a abrir este proceso podría considerarse una denegación del derecho solicitado, susceptible de impugnación según el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

¹⁷ BOE, núm. 113, de 12 mayo 2023: Resolución de 27 de abril de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Fundación CEPAIM, Acción Integral con Migrantes: 4. Procedimiento de solicitud y negociación.

a) La solicitud de adaptación de jornada deberá realizarse por escrito a instancia de la persona trabajadora interesada conforme al formulario disponible en la Intranet de la Fundación, remitida a su coordinación de centro. En el mismo se deberá incluir toda la información y documentación necesaria que permita a Fundación Cepaim realizar el citado juicio de valor atendiendo a los requisitos y criterios de ponderación expuestos anteriormente.

La Fundación garantizará, tanto de la persona solicitante como de sus familiares y terceras personas, la confidencialidad de los datos incluidos tanto en la solicitud como de la documentación aportada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, debiendo ser los datos objeto de tratamiento adecuados, pertinentes y limitados en relación con los fines para los que son tratados, y quedando afectos al posible ejercicio por las personas trabajadoras de sus derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de datos.

b) Las solicitudes de adaptación de la jornada deberán realizarse, preferentemente y salvo causa sobrevenida o de fuerza mayor, antes del mes de noviembre de cada año para la adecuada organización de los centros de trabajo y tendrán la duración que pacten la persona trabajadora y la entidad, pudiendo ser como máximo de un año natural, renovable previa solicitud con una antelación mínima de un mes antes de su finalización. En caso de situación sobrevenida o imprevista, la solicitud de adaptación de jornada deberá presentarse con, al menos, un mes de antelación al inicio de la medida solicitada.

c) Deberá remitir la solicitud a la coordinación del centro de trabajo, que la remitirá a la Dirección de la entidad que corresponda.

La Fundación podrá requerir a la persona trabajadora la documentación que estime necesaria para evaluar si la solicitud es razonable y proporcionada a sus necesidades de conciliación y las necesidades organizativas o productivas de la entidad, garantizando la confidencialidad y protección de los datos e información contenida.

d) Proceso de negociación:

La coordinación del centro de trabajo se reunirá con la persona interesada a fin de que esta exponga los motivos que justifican su solicitud, pudiendo las partes plantear propuestas alternativas en caso de no resultar ajustada la solicitud a las necesidades organizativas o productivas de la entidad. Las partes podrán reunirse tantas veces como consideren oportuno a fin de encontrar una solución a las necesidades de ambas.

Finalizado el periodo de negociación, la coordinación de centro informará a la Dirección competente sobre la viabilidad de la adaptación solicitada atendiendo a las necesidades de la entidad, de la persona solicitante y los criterios de valoración establecidos en este artículo, así como las alternativas planteadas.

e) Resolución. La Fundación, a la vista de dicho informe, remitirá a la persona interesada, en el plazo máximo de 30 días hábiles desde que recibió la solicitud, resolución en la que manifieste la aceptación o la negativa a la adaptación de jornada solicitada, en cuyo caso indicará las razones objetivas que sustentan tal decisión. En dicho caso, la Fundación podrá plantear una propuesta alternativa que no coincida con la solicitada y que posibilite las necesidades de conciliación de la persona interesada con las necesidades organizativas o productivas de la entidad.

f) Las discrepancias surgidas entre la Fundación y la persona trabajadora al respecto serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento legalmente establecido al efecto. No obstante, con carácter previo, la persona trabajadora podrá solicitar una mediación con la representación legal de las personas trabajadoras del centro de trabajo.

Una vez iniciado el proceso, la negociación debe desarrollarse en un plazo máximo de quince días naturales, contados desde la recepción de la solicitud por la empresa. Este plazo se considera “razonable” según la Directiva (UE) 2019/1158¹⁸. Durante la negociación, se debe considerar la razonabilidad y proporcionalidad de las adaptaciones solicitadas, atendiendo tanto a las necesidades del trabajador como a las de la empresa¹⁹. La empresa puede plantear alternativas a la solicitud original.

El proceso puede concluir por diversas causas, incluyendo el desistimiento del trabajador, la aceptación o denegación de la solicitud, la adopción de propuestas alternativas, o el transcurso del plazo máximo sin acuerdo.

Independientemente del resultado, la empresa está obligada a comunicar por escrito su decisión al trabajador solicitante. Esta comunicación debe incluir:

1. En caso de aceptación: los parámetros de la adaptación acordada.
2. En caso de propuestas alternativas o denegación: las razones objetivas que fundamentan la decisión.

El TRLET establece un triple mecanismo de garantías fundamentales para la decisión empresarial: la empresa debe tomar una decisión expresa sobre la solicitud; la decisión debe comunicarse por escrito al interesado y la respuesta debe estar argumentada y razonada.²⁰

Este procedimiento, establecido en el artículo 34.8 del TRLET, busca equilibrar el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral con las necesidades organizativas de la empresa, proporcionando un marco flexible pero estructurado para la negociación individual de las adaptaciones de las condiciones de trabajo.

6. CONCLUSIONES

1. La reforma del artículo 34.8 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), introducida por el Real Decreto-Ley 5/2023, revelan un

¹⁸ Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Art. 9.2: “Los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de acogerse a fórmulas de trabajo flexible a que hace referencia el apartado 1 en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Los empleadores deberán justificar cualquier denegación de estas solicitudes, así como cualquier aplazamiento de dichas fórmulas.”

¹⁹ STS/Soc. de 25 mayo 2023 (rec. 1602/2020): “Esta Sala ha venido sosteniendo que las medidas normativas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, ya desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales, así como desde la protección a la familia e infancia, que proclama nuestra constitución, gozan de una dimensión constitucional de forma que, a la hora de proceder a la interpretación de las mismas deben tenerse presente esos derechos fundamentales para lo cual han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes para poder cohonestar los intereses en juego, tal y como indica el citado art. 37.7 del ET y el art. 139 de la LRJS cuando dispone que las discrepancias entre empresa y trabajador deberán solventarse llevando al proceso judicial las propuestas y alternativas para la concreción del horario.

Ahora bien, ello no significa que toda decisión sobre concreción horaria implique necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo.”

²⁰ STSJ ICAN/Soc. de 30 noviembre 2023 (re. 830/2022): “la empresa ha de negociar con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días; finalizada la negociación, corresponde a la empresa tomar una decisión, que ha de formalizarse por escrito y comunicarse al interesado y debe estar argumentada y razonada. De esta forma, la empresa puede aceptar la petición del interesado, denegarla o plantear una propuesta alternativa. Las discrepancias entre la empresa y la persona solicitante se resuelven conforme al procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación. En conclusión, el trabajador no tiene derecho a modificar unilateralmente su tiempo de trabajo, sino un poder de negociación del mismo de buena fe, de forma que el empresario debe aceptar una negociación planteando cambios que faciliten el ejercicio del derecho a la conciliación.”

esfuerzo significativo por adaptar la normativa laboral española a las exigencias de una sociedad en transformación constante, destacando la creciente importancia de la conciliación de la vida personal y profesional.

2. Este cambio normativo refleja un doble objetivo: por un lado, la promoción de la corresponsabilidad en el cuidado de hijos y dependientes, que se configura como un mecanismo para combatir la discriminación de género en el ámbito laboral; y, por otro, la necesidad de que las empresas adopten una postura activa en la gestión del trabajo, equilibrando las demandas individuales de conciliación con las necesidades organizativas y productivas.
3. La regulación del derecho de adaptación de la jornada laboral se presenta, sin embargo, como una expectativa de derecho más que como un derecho absoluto. Se establece un marco de negociación obligatoria entre el trabajador y la empresa, donde las solicitudes deben ser razonables y proporcionadas, atendiendo tanto a las necesidades del trabajador como a las organizativas de la empresa. Esta negociación, que puede extenderse hasta quince días, resalta la importancia del diálogo social y la negociación colectiva como pilares fundamentales para garantizar soluciones equitativas y sostenibles.

No obstante, el diseño legal del artículo 34.8 TRLET ha sido objeto de críticas debido a su falta de incentivos para la negociación efectiva, lo que podría conducir a un incremento de la judicialización de los conflictos laborales relacionados con la conciliación. La jurisprudencia ha subrayado la necesidad de que las solicitudes de adaptación estén debidamente justificadas, y que las respuestas empresariales sean igualmente motivadas, con el fin de asegurar un equilibrio justo entre los intereses en conflicto.

4. La normativa impone una carga probatoria tanto al trabajador como a la empresa. El trabajador debe acreditar de manera suficiente la necesidad de la adaptación solicitada, mientras que la empresa tiene la obligación de negociar de buena fe y justificar cualquier negativa. En caso de desacuerdo, el trabajador tiene el derecho de acudir a la vía judicial, lo que refuerza la importancia de la ponderación judicial en la resolución de estos conflictos.
5. La reforma del artículo 34.8 del TRLET es un paso adelante en la adaptación del marco normativo laboral a las realidades sociales actuales, promoviendo la corresponsabilidad y la igualdad de género, aunque su implementación práctica dependerá en gran medida de la efectividad de los procesos de negociación y de la interpretación judicial de las solicitudes de adaptación de la jornada laboral.

**EL CONCEPTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA
RELACIÓN LABORAL DE LAS PLATAFORMAS
DIGITALES: EL CASO DE LOS RIDERS EN EL
CONTEXTO ITALIANO**

FULVIO MANNINO

*Estudiante de Doctorado
Derecho del Trabajo*

Universidad de Urbino/Universidad de Sevilla
f.mannino@campus.uniurb.it
fmannino@us.es
Orcid:0009-0008-7245-5094

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA RELEVANCIA DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL SUBORDINADA
3. DESDE EL CONCEPTO TRADICIONAL DE HORARIO DE TRABAJO EN LA SUBORDINACIÓN HASTA LA NOCIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA CATEGORÍA DE HETERO-ORGANIZACIÓN A LA LUZ DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ARTÍCULO 2 DEL D.LGS. N. 81/2015
4. LA RELACIÓN ENTRE LOS DESAFÍOS APLICATIVOS RELACIONADOS CON EL ARTÍCULO 2 Y LA CUESTIÓN CUALIFICATIVA
5. LA CUESTIÓN DEL HORARIO DE TRABAJO BAJO EL ESCRUTINIO DE LAS DECISIONES JUDICIALES ITALIANAS
6. CONSIDERACIONES FINALES

SUMARIO

El objetivo de este trabajo es examinar la relevancia crucial del tiempo de trabajo en la definición jurídica de las relaciones laborales, destacando cómo las tecnologías digitales y la *gig economy*, al generar modalidades de trabajo más flexibles y transformar el tiempo de trabajo en un concepto más complejo y dinámico, crean nuevos retos que ponen de manifiesto la debilidad sustancial de las categorías tradicionales y, sobre todo, para la protección de los derechos de los trabajadores. A través del análisis de pronunciamientos jurisprudenciales y de la aplicación del artículo 2 del Decreto Legislativo n. 81/2015, se evaluarán las implicaciones de esta transformación para la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores (como el caso de los *riders*), poniendo de manifiesto la necesidad de una regulación más adaptativa. Teniendo esto en cuenta, este documento propone reconocer la flexibilidad y la conectividad digital como componentes clave del tiempo de trabajo, garantizando protecciones adecuadas y sugiriendo también cómo los propios períodos de espera no remunerados se incluyen en el tiempo de trabajo. Este enfoque, que destaca por su carácter innovador y flexible, es esencial para anticipar el cambio y garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores en un entorno laboral cada vez más digitalizado y flexible.

PALABRAS CLAVE: tiempo de trabajo; *gig economy*; regulación laboral; flexibilidad laboral; derechos de los trabajadores

1. INTRODUCCIÓN

En los modernos procesos productivos, que en el contexto actual se caracterizan por la utilización masiva de las tecnologías de la información o herramientas digitales, cabe señalar que el carácter variable que está asumiendo el “factor tiempo”, sin que afecte a la calificación jurídica de las relaciones laborales (sino únicamente a la determinación de la retribución o a la vinculación entre salario y jornada de trabajo), representa un elemento estructural en la organización de la producción¹, que conlleva además una modificación de determinados elementos en los que siempre se ha basado la categoría del trabajo por cuenta ajena.

Por otra parte, la conexión constante entre el trabajador que realiza materialmente el trabajo y los medios de producción, posibilitada por la utilización de nuevas herramientas tecnológicas, tiene como efecto reducir la presencia de los trabajadores en el lugar de trabajo en horarios predeterminados, de modo que se pone de manifiesto que el trabajador ya no está sujeto a una coordinación horaria incisiva en lo que respecta a la realización de su trabajo².

Tal suposición contribuye a “disipar el mito” de la coincidencia del trabajador subordinado con el trabajador de la “cadena de montaje”, ya que se ha demostrado que existen trabajadores que, aunque calificados de subordinados, no están vinculados a rígidos patrones de producción³.

En este contexto, el uso masivo de la tecnología ha incidido fuertemente en aquellos elementos, como el tiempo y el espacio de realización del trabajo, que tradicionalmente han caracterizado las formas en que el empresario organiza el trabajo de los demás⁴.

¹ Roccella, M., “Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi”, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT - 65/2008, p. 32 (edito anche in Quad. so ciol., 2008, n. 46, p. 71).

² Roccella, M., op. cit., p. 31.

³ Roccella, M., op. cit., p. 29.

⁴ Treu, T., “Introduzione”, in A. Occhino, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano 2018, p. XIV.

En lo que se refiere, concretamente, al tiempo de trabajo, han surgido recientemente dos orientaciones: por una parte, la incisividad de la digitalización ha suscitado un vivo debate, también en el contexto europeo, sobre la reducción del tiempo de trabajo⁵ y, por otra, la propia utilización de las herramientas tecnológicas, que permiten realizar el trabajo “en cualquier momento”, está permitiendo la aparición de una especie de “autogestión” del tiempo de trabajo, con el fin de lograr una organización personalizada del rendimiento laboral, capaz de conciliar las necesidades individuales con las de la actividad empresarial.

Esto implica claramente la expansión de un trabajo cuyo carácter ubicuo hace que la prestación se realice simplemente dentro de la duración máxima del horario determinado por la ley o por la negociación colectiva, sin preocuparse, por tanto, de realizarlo desde un lugar fijo, lo que no hace sino difuminar la línea que separa la autonomía de la subordinación⁶.

Además, hay que añadir que el concepto de tiempo de trabajo, tradicionalmente utilizado por los Tribunales como índice subsidiario de la relación laboral subordinada, dada la estrecha vinculación entre el tiempo de trabajo y la propia estructura de la subordinación⁷, ha contribuido a perfeccionar el proceso de calificación de la relación laboral, considerando que la organización unilateral del lugar y tiempo de trabajo por parte del empresario, junto con otros índices, permitía una calificación en el sentido de la subordinación⁸.

Ciertamente, ello ha permitido, por un lado, la aplicación de determinadas protecciones importantes, como la relativa a la seguridad y salud de los trabajadores, tal y como se desprende, entre otras, de la normativa nacional y europea, y, por otro, ha servido de base para la correcta cuantificación de la retribución, ya que la naturaleza sinalagmática de la relación laboral subordinada, caracterizada por el intercambio entre prestación de trabajo y retribución, está vinculada al factor “tiempo”, cuya utilidad se aprecia precisamente en el pago de una retribución justa.

Sin embargo, el advenimiento de la tecnología y su impacto en la forma de organizar el trabajo ha hecho que la importancia del tiempo de trabajo como índice para identificar una relación de empleo.

En este sentido, la aparición en el mercado de trabajo, junto a las colaboraciones coordinadas y continuas⁹ y el trabajo por proyectos¹⁰, de formas de trabajo, si bien todavía en el ámbito de la subordinación, centradas más en objetivos que en el cumplimiento de un horario preestablecido, como es el caso del trabajo ágil (o *smart working*)¹¹, ha transformado el concepto de tiempo de trabajo; se convierte, de hecho, en un factor perteneciente al aspecto organizativo y que, lejos de representar un mero criterio

⁵ Treu, T., op. cit., p. XVIII.

⁶ Treu, T., op. cit.

⁷ Bavaro, V., “Il tempo del contratto del lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro”, Cacucci, Bari, 2008; Perulli, A., “Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero organizzate e le tutele minime per i riders autonomi”, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 410/2020, p. 50.

⁸ Ichino, P., “Il tempo della prestazione”, Giuffrè, 1984.

⁹ Pallini, M., “Il lavoro economicamente dipendente”, Cedam, 2013, 10, che esprime il concetto di “fuga” dal lavoro subordinato. Circa i fattori del coordinamento e continuità, Magnani, M., “Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 174/2013.

¹⁰ Pallini, M., “Lavoro a progetto...ritorno al futuro?” WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 32/2005; Pinto, V., “La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 34/2005.

¹¹ Spinelli, C., “Tecnologie digitali e lavoro agile”, Cacucci Editore, Bari, 2018; Verzaro, M., “Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi”, Jovene editore, Napoli, 2018.

calificador del caso, abarca un enfoque centrado en la aplicación de protecciones, que encarna el espíritu de muchas intervenciones legislativas improtantes, como la del d. lgs. n. 81/2015.

En efecto, como también se verá a continuación, la aplicación jurisprudencial del artículo 2 del Decreto Legislativo n. 81 /2015, si, por un lado, ha ampliado la aplicación de las protecciones a los *riders*, enfatizando, en este sentido, la nueva función desempeñada por el tiempo de trabajo, por otro lado, ha dado lugar a un amplio debate sobre su ámbito de aplicación que parece no haber sido capaz de superar la dicotomía tradicional entre la relación de trabajo por cuenta propia y el empleo, que sigue representando el elemento clave para regular, incluso a la luz de las actualizaciones normativas y jurisprudenciales, el trabajo de las plataformas digitales¹².

En este sentido, la relación laboral entre el piloto y la plataforma podría subsumirse, tal y como se desprende de la sentencia del Tribunal de Palermo¹³ que inaplica el artículo 2, inspirándose en la jurisprudencia de otros países de la Unión Europea, en el supuesto de relación laboral subordinada del artículo 2094 del Código Civil italiano.

Pero, volviendo al *quid* principal de la cuestión que pretendemos examinar, lo relevante es el diferente significado, derivable sobre todo de la motivación de la citada sentencia, atribuido al elemento tiempo de trabajo en el contexto del trabajo realizado por los *riders*, que parece presentar algunas afinidades con lo afirmado en el pronunciamiento del Tribunal Supremo, en el contexto del trabajo realizado por los conductores de la plataforma *Uber*, y del que se pueden extrapolar sugerencias útiles dirigidas a innovar la definición del tiempo de disponibilidad para el trabajo realizado a través de una plataforma digital, cuya peculiaridad radica en la alternancia entre actividades laborales y tiempos de espera.

A la luz de lo dicho hasta ahora, el objetivo de este trabajo es esbozar, a través del análisis de la jurisprudencia nacional, la función que puede desempeñar el concepto de “tiempo de trabajo” en el contexto del trabajo realizado por los *riders*, especialmente en la medida en que se trata de proporcionar protecciones incisivas, también en términos de salud y seguridad.

2. LA RELEVANCIA DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL SUBORDINADA

Incluso antes de que se introdujera una legislación específica relativa a la regulación del tiempo de trabajo, cabe señalar que el tiempo de trabajo ya había asumido un papel ciertamente no marginal en la configuración de la relación de trabajo por cuenta ajena.

En este sentido, a pesar de la superación de la tradicional dicotomía autonomía/subordinación en cuanto al carácter de la continuidad de la relación laboral¹⁴, el tiempo de trabajo se convirtió rápidamente en un elemento fundamental del contrato de trabajo por cuenta ajena.

¹² Barbieri, M., “Della subordinazione dei ciclo-fattorini”, *LLI*, 2019, vol. 5, 2.

¹³ Se trata de la famosa sentencia n° 3570/2020, a cuya conclusión llegaron las posteriores sentencias del Tribunal de Turín de 18 de noviembre de 2021 y del Tribunal de Milán n° 1018/2022, que reconocieron el carácter subordinado del servicio prestado por los *riders* de *Uber Eats* y *Deliveroo*, respectivamente.

¹⁴ Bavaro, V., *op. cit.*, que distingue el tiempo interpretado en el sentido de “continuidad” de la relación del tiempo como continuidad de la prestación, ya que sólo este último representa una peculiaridad del contrato de trabajo.

Una parte de la doctrina ha señalado que el objeto del contrato de trabajo por cuenta ajena no se agota en la energía gastada por el trabajador, ya que se centra en el tiempo puesto a disposición del empresario, que generalmente ejerce sobre él un control penetrante¹⁵.

Pues bien, esta suerte de “objetivización” del tiempo de trabajo ha conducido a la definición del tiempo de trabajo, que incluye la prestación efectiva de trabajo¹⁶.

La jurisprudencia, en este sentido, al valorar la naturaleza de la prestación de trabajo, ha considerado que los elementos del artículo 2094 del Código Civil no son suficientes para una identificación efectiva del carácter subordinado de la relación; esta norma, que para algunos describe un modelo social como el del trabajador de fábrica¹⁷, exige que la prestación se realice bajo la dirección del empresario.

En un contexto taylorista, el sometimiento del trabajador a la hetero-dirección en lo que respecta a las modalidades espacio-temporales y ejecutivas de la prestación¹⁸ se considera una característica típica de la relación de trabajo por cuenta ajena, que se manifiesta a través de órdenes específicas y de una actividad de supervisión y control.

Además, la presencia de tal coacción debe apreciarse en relación con la función específica del trabajador, dado el carácter subordinado y también autónomo de una actividad profesional¹⁹.

La jurisprudencia, precisamente para superar las dificultades encontradas en la identificación de este elemento, ha desarrollado los llamados índices subsidiarios, que, valorados en su conjunto con una perspectiva de aproximación, permiten reconocer una prestación subordinada incluso en ausencia de una clara heterodirección²⁰.

Entre dichos índices, se considera relevante la sujeción a un determinado tiempo de trabajo, ya que la vinculación del tiempo de trabajo a la estructura de la relación de trabajo por cuenta ajena lo hace indicativo del poder directivo²¹ y lo distingue, en este sentido, de la genérica coordinación espacio-temporal, característica, en cambio, de las relaciones de trabajo autónomas como, a título de ejemplo, las colaboraciones coordinadas y continuadas.

De ello se deduce que la presencia del tiempo de trabajo, en caso de ausencia de su predeterminación, apreciada junto con otros índices, impide afirmar el carácter autónomo de la prestación²².

¹⁵ Bavaro, V., op. cit., p. 188.

¹⁶ Una de las primeras definiciones relativas a la cuestión de la efectividad del tiempo de trabajo se encuentra en el Real Decreto Ley nº 1962, de 1923, que identifica como trabajo efectivo el que implica una dedicación asidua y continuada, delegando, por otra parte, en la reglamentación la definición de los periodos que no entran dentro de la misma. Bavaro, V., en efecto, considera que la actualidad, lejos de ser considerada un elemento que integra estructuralmente el factor tiempo, es una técnica a través de la cual el tiempo de trabajo puede ser calificado como “tiempo”, tendente a respetar el sinalagma contractual, con independencia de la percepción subjetiva que el trabajador pueda tener del mismo. La actual noción normativa de tiempo de trabajo, entre otras, incorpora la noción contenida en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, que se refiere a determinados aspectos inherentes a la ordenación del tiempo de trabajo, lo que plantea diversos interrogantes en cuanto a la identificación de los momentos identificables como “tiempo”, en función de la lectura conjunta o disgregada de los criterios que pueden extraerse de la norma, consistentes en “estar en el trabajo, a disposición y en el ejercicio de la actividad”.

¹⁷ Barbieri, M., “Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders”, *LLI*, 2020, vol. 6, 2, p. 84; Bavaro, V., “Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà”, *RGL*, 2018, fasc. 1.

¹⁸ Pallini, M., “Lavoro a progetto... ritorno al futuro?”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT – 32/2005, 2.

¹⁹ Cass. n. 2728/2010; Cass. n.3594/2011.

²⁰ Gaeta, L., “Lavoro a distanza e subordinazione”, *EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE*, 1993, pp. 11 ss.

²¹ Perulli, A., “Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi”, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT – 410/2020, p. 50.

²² Ichino, P., “Il tempo della prestazione”, Giuffrè, 1984.

Parece claro, por tanto, cómo el tiempo de trabajo representa un elemento que integra el proceso de calificación, favoreciendo así la aplicación de la protección²³.

Sin embargo, su relevancia se ve mermada en determinadas hipótesis, debido a la definición legislativa del tiempo de trabajo, que no abarca todos los segmentos temporales en los que el trabajador se pone a disposición del empresario²⁴, y a la flexibilidad introducida por normativas, como el Decreto Legislativo n° 66/2003, que permite ciertas variaciones del tiempo de trabajo en función de las necesidades de la empresa²⁵.

Es precisamente este último caso, el de la flexibilidad horaria, el que ha llevado a reflexionar sobre el impacto que puede tener en la categoría de la subordinación, ya que a menudo sucede que la disponibilidad manifestada por el trabajador no se incluye en la noción de tiempo de trabajo, lo que, unido a la generalización de los contratos flexibles²⁶, plantea interrogantes sobre la dificultad de distinguir el tiempo de trabajo del tiempo libre.

La crisis del papel del tiempo de trabajo en la calificación de la naturaleza de la prestación laboral se debe al creciente número de prestaciones subordinadas que tienen lugar en ausencia de horarios de trabajo predeterminados.

A este respecto, es necesario distinguir entre los casos en los que, a pesar de la ausencia de límites horarios impuestos por la ley, existe una coordinación horaria de facto, y aquellos en los que, por el contrario, no existe organización alguna de la empresa²⁷ y en los que el tiempo de trabajo no puede servir de índice.

De hecho, el trabajo a domicilio, como forma más antigua de trabajo a distancia, escapa a la limitación del horario laboral normal y podría servir de término de comparación para la aplicación de protecciones a aquellos trabajadores digitales que operan sin horario laboral tradicional.

Sin embargo, hay que subrayar que la ausencia de horarios de trabajo tradicionales no elimina necesariamente la subordinación, como demuestra la relación de trabajo ágil²⁸, que no es más que una modalidad de trabajo subordinado.

La evolución tecnológica también parece reducir la importancia del tiempo de trabajo²⁹, aunque el derecho a la desconexión indica que la prestación sigue teniendo lugar dentro de un marco temporal definido, lo que constituye un factor importante para proteger la salud y la seguridad del trabajador.

La generalización de las colaboraciones coordinadas y continuas³⁰ y del trabajo por proyectos (cuya justificación se encontraba en la necesidad de distinguir las colaboraciones autónomas del trabajo subordinado) también ha contribuido a la crisis del tiempo de trabajo como índice subsidiario.

²³ Cass. n° 4620 /2020, que declara “*la regula iuris según la cual, en el caso en que la prestación “sea extremadamente elemental, repetitiva y predeterminada en su modo de ejecución (o, por el contrario, esté dotada de un contenido intelectual y creativo considerable) a efectos de distinguir entre una relación laboral por cuenta propia y por cuenta ajena, el criterio representado por la sujeción del prestador de servicios al ejercicio del poder de dirección, el poder organizativo y disciplinario puede no ser significativo para la calificación de la relación laboral, legitimando el recurso a criterios distintivos subsidiarios (entre éstos, la continuidad y duración de la relación, la forma de retribución, la regulación del tiempo de trabajo, la presencia de una mínima organización empresarial)”*”.

²⁴ Alessi, C., “Disponibilità, attesa e contratto di lavoro”, WP C.S.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 123/2011.

²⁵ Buoso, S., “La dimensione temporale del lavoro tra prevenzione primaria e secondaria”, *DSL*, 2017, fasc. 1.

²⁶ Ichino, P., “Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro - vol. I. Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata”, Giuffrè Editore, 1984; Voza, R., “I contratti di lavoro ad orario “ridotto, modulato o flessibile” (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 37/2005.

²⁷ Ichino, P., “Il tempo della prestazione...”, op. cit., pp. 54-55.

²⁸ Gaeta, L., Pascucci, P., “Telelavoro e Diritto”, Torino, Giappichelli, 1998; Spinelli, C., “Tecnologie digitali e lavoro agile”, *Cacucci Editore*, Bari, 2018.

²⁹ Zeppili, V., “Disconnessione: un’occasione mancata per il legislatore?”, *RIDL*, 2019, fasc. 3.

³⁰ Pallini, M., “Il lavoro economicamente dipendente”, Cedam, 2013, p. 10.

A pesar de ello, el tiempo de trabajo sigue siendo un índice útil para desenmascarar las colaboraciones que en realidad son subordinadas, aunque no baste por sí solo para presumir la subordinación³¹.

3. DESDE EL CONCEPTO TRADICIONAL DE HORARIO DE TRABAJO EN LA SUBORDINACIÓN HASTA LA NOCIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO EN LA CATEGORÍA DE HETERO-ORGANIZACIÓN A LA LUZ DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ARTÍCULO 2 DEL D.LGS. N. 81/2015

Aunque el tiempo de trabajo se ha considerado durante mucho tiempo un índice subsidiario a efectos de calificar la relación laboral y cuantificar el rendimiento, se ha convertido en un elemento cuya relevancia para la protección del trabajador ha ido disminuyendo paulatinamente.

Sin embargo, cabe señalar cómo se ha superado una fase, cuya referencia son las colaboraciones erero-organizadas conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo n. 81/2015, en las que la coordinación temporal de la actividad y, más aún, la organización de la actividad en relación con el tiempo de trabajo, ha permitido que este último, en lugar del tradicionalmente entendido tiempo de trabajo, proteja la salud y la seguridad incluso fuera de la subordinación.

El legislador, para hacer frente eficazmente a la difusión de nuevas formas de realización del trabajo que, sin entrar en el ámbito de aplicación del artículo 2094 del Código Civil, son, sin embargo, dignas de protección, no introdujo un nuevo tipo intermedio, sino que se preocupó de extender el aparato de protecciones reservado a los trabajadores subordinados sólo a aquellas colaboraciones que presentan el requisito de la hetero-organización³², considerándolas dignas de protección a la par que los trabajadores subordinados.

La importancia de esta norma, que fue objeto de acalorados debates, se ha ido clarificando con la aplicación de la jurisprudencia, especialmente en respuesta a las solicitudes de protección de los denominados *riders*.

En este sentido, la primera sentencia significativa fue la del Tribunal de Turín n.º 778/2018³³, en la que el juez, declarando el carácter autónomo de los *riders*, dada la ausencia de una “obligación de trabajar”, negó la aplicabilidad del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 81/2015, considerándolo una norma aparente.

³¹ “La calificación de la relación laboral, hecha por las partes, como contrato de colaboración coordinada y continuada no asume importancia decisiva en presencia de elementos fácticos - como la previsión de una retribución fija, de una jornada de trabajo estable y continuada, la naturaleza de las funciones, así como la conexión técnica, organizativa y productiva entre el servicio prestado y las necesidades de la empresa - que son indicativos del carácter subordinado de la propia relación, aunque se realice por un breve período de tiempo. (En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo revocó la sentencia sobre el fondo, afirmando el carácter subordinado de la relación laboral de un pizzero, cuya obligación de trabajo, aunque por un corto período de tiempo, se extendía a seis días a la semana y seis horas al día, a pesar de que el “nomen iuris” del contrato suscrito entre las partes se refería a una colaboración por cuenta propia)” (ver Cass. n.7024/2015).

³² Este requisito debe entenderse como la facultad del empresario de organizar la prestación laboral también en relación con el factor tiempo.

³³ Del Conte, M., Razzolini, O., “La *gig economy* alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi”, *DLRI*, 2018, pp. 673-682; Ferranti, V., “Subordinazione e autonomia: il gioco dell’oca”, *DRI*, 2018, pp. 1196-1202; Ichino, P., “Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella *gig-economy*”, *RIDL*, 2018, pp. 294-303.

En apelación, la sentencia de 4 de febrero de 2019 n. 26 recondujo la relación laboral de los *riders* de *Foodora* a las colaboraciones hetero-organizadas; el Tribunal de Apelación, en efecto, aun basándose en la misma reconstrucción de los hechos que el Tribunal de Primera Instancia, interpretó el art. 2, considerándolo una norma disciplinaria que extiende las protecciones del trabajo por cuenta ajena a los trabajadores autónomos, configurándose la hetero-organización, ya que se observa que los *riders*, aunque disponían de la libertad formal de elegir si trabajaban y cuándo, se veían de hecho obligados a adaptarse a la organización temporal de la plataforma³⁴.

En esencia, el razonamiento del Tribunal, al sancionar la aplicabilidad del artículo 2, y, por tanto, la aplicabilidad de las protecciones propias del trabajo por cuenta ajena (aunque en ausencia de un reconocimiento formal como tal), se basó precisamente en el factor organizativo, como inserción de la prestación laboral en la organización de otros, acompañada, precisamente, de la referencia al tiempo de trabajo³⁵.

Por último, el Tribunal de Casación (o Tribunal Supremo), en la sentencia n. 1663/2020³⁶, confirmó la decisión del Tribunal de Apelación, subrayando que la ley preveía expresamente la aplicación de las normas sobre el trabajo por cuenta ajena a estas formas de colaboración, sin necesidad de establecer si son subordinadas o autónomas.

Las modificaciones introducidas al art. 2 por el Decreto-Ley n.101/2019, convertido con modificaciones en la Ley n.128/2019³⁷, introdujeron nuevas disposiciones para garantizar protecciones mínimas a los trabajadores autónomos del art. 47-*bis*, que no entran en el ámbito de aplicación del art. 2.

Entre los cambios relevantes, la sustitución del adverbio “exclusivamente” por “predominantemente”³⁸ y la eliminación de la referencia a los “tiempos y lugares de trabajo” amplían la aplicación del art. 2 incluso en ausencia de una referencia temporal y espacial precisa.

A pesar de estos cambios, la eliminación de la referencia al tiempo de trabajo no afectó significativamente al ámbito de aplicación de la disposición, y la organización de la prestación con referencia al tiempo y al lugar sigue siendo un criterio de aplicación del artículo 2.

La doctrina³⁹, sin embargo, criticando la perspectiva que eleva las modalidades de lugar y tiempo de prestación como criterio fundamental para la redistribución de las garantías del Derecho del Trabajo, ha señalado que tales referencias nunca han sido decisivas en el proceso de calificación entre subordinación y autonomía.

³⁴ Perulli, A., “La discriminazione algoritmica: brevi note a margine dell’Ordinanza del Tribunale di Bologna”, *LDE*, 2021, fasc. 1.

³⁵ Tullini, P., “Il lavoro nell’economia digitale: l’arduo cammino della regolazione”, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, pp. 171-195.

³⁶ Dagnino, E., “Guardando l’altra parte del campo: la sentenza di Cassazione n.1663/2020 al di fuori del food delivery”, *LDE*, 2020, fasc. 1; Passarelli, G.S., “Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020”, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 411/2020.

³⁷ Capponi, F., “Lavoro tramite piattaforma digitale: prima lettura del d.l. n. 101/2019 convertito in l. n. 128/2019”, *DRI*, 2019, pp. 1231 ss.

³⁸ Este adverbio se refiere claramente al carácter personal del rendimiento laboral del empleado.

³⁹ Perulli, A., “Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 410/2020, p. 13.

4. LA RELACIÓN ENTRE LOS DESAFÍOS APLICATIVOS RELACIONADOS CON EL ARTÍCULO 2 Y LA CUESTIÓN CUALIFICATIVA

Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia ha ampliado el alcance de las protecciones previstas para los trabajadores, reconociendo en la relación laboral entre *riders* y plataformas la presencia de una heteroorganización, debida a la inclusión en una organización ajena también en términos de tiempo.

Aunque a menudo se ha subrayado que el artículo 2 goza de un ámbito de aplicación limitado y no es capaz de abarcar a todos los trabajadores implicados, las sentencias que han sancionado su aplicabilidad revisten, no obstante, una importancia considerable.

En cuanto al tiempo, la actuación de los *riders* demuestra que la ausencia de un horario de trabajo tradicional no tiende a excluir la presencia de una organización temporal externa a la que los *riders* están obligados a adaptarse.

Pues bien, a pesar de que la evolución tecnológica ha eliminado la referencia a la unidad espacio-tiempo, la sentencia n. 26/2019 del Tribunal de Apelación puede considerarse un elemento clave para reafirmar la importancia del factor tiempo en la protección de los trabajadores considerados autónomos.

Sin embargo, el reciente debate doctrinal⁴⁰ ha puesto de manifiesto algunos problemas de aplicación relacionados con el artículo 2, especialmente en lo que se refiere a la legislación aplicable una vez que se ha establecido la hetero-organización⁴¹.

En la citada sentencia del Tribunal Supremo, aunque en un primer momento se afirmó la aplicación general de las protecciones del artículo 2 a favor de los trabajadores por cuenta ajena, en un momento posterior se precisó que no podían descartarse situaciones de incompatibilidad con la disciplina de subordinación, sin entrar en más detalles al respecto.

La cuestión parece muy compleja, ya que la aplicación selectiva de las tutelas requiere, en primer lugar, la verificación de la concreta facultad del empleador, lo que ciertamente no es una operación fácil.

La jurisprudencia, a este respecto, tras haber precisado la mera potencialidad del poder de control del empresario, ha afirmado también que si la colaboración hetero-organizada se distingue del trabajo por cuenta ajena por la ausencia de un poder de dirección y control, no podría concluirse que el artículo 2 se erige en solución definitiva para proteger a todos los trabajadores caracterizados por un cierto grado de debilidad socioeconómica.

Dicho de otro modo, si el empresario impusiera limitaciones más estrictas, la relación laboral entraría en el ámbito de aplicación del artículo 2094 del Código Civil, lo que dificulta claramente la distinción con el artículo 2, sobre todo si se elimina de este último la referencia al tiempo y al lugar, tal como señala la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín sobre los *riders*.

La protección del artículo 2, debe reiterarse, se centra en el elemento de la hetero-organización, careciendo en la actualidad de las referencias al tiempo y lugar de trabajo,

⁴⁰ Dagnino, E., “Guardando l'altra parte del campo: la sentenza di Cassazione n.1663/2020 al di fuori del *food delivery*”, *LDE*, 2020, fasc. 1; Magnani, M., “Subordinazione, etero organizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina”, *DRI*, 2020, fasc. 1.

⁴¹ Estas cuestiones se discuten ampliamente en la sentencia de Cass. n° 1663/2020.

lo que dificulta su distinción de la subordinación clásica o atenuada a la que se refiere la jurisprudencia⁴².

Además, incluso una vez constatada la aplicabilidad de la norma, la delimitación de la protección debe contar con la compatibilidad con la disciplina del artículo 2094 del Código Civil, sin tomar en consideración posibles excepciones aplicables a través del párrafo segundo del artículo 2.

Parece claro como la aplicación generalizada de la norma conlleva evidentes problemas, poniendo de manifiesto la necesidad de revisar el sistema basado en la dicotomía subordinación-autonomía y en la correspondencia entre hechos y efectos, dado que incluso la tesis defendida por el Tribunal Supremo conduce a la diversidad de hechos neta de identidad de efectos⁴³.

Por último, puede concluirse cómo el debate sobre el artículo 2 subraya la importancia de abordar en primer lugar la calificación de la relación laboral⁴⁴.

En términos de protección, incluso en el ámbito de la Unión Europea⁴⁵ existen movimientos para crear un marco mínimo de protección para todos los trabajadores, independientemente del tipo de relación, aunque en Italia persiste la resistencia a superar la dicotomía subordinación-autonomía⁴⁶.

De hecho, la legislación de la Unión Europea, aunque pretende ampliar la protección a través del concepto europeo de trabajador⁴⁷, sigue exigiendo un proceso de calificación basado en requisitos, no siempre reconocidos, como la personalidad y la exclusividad⁴⁸.

También la reciente propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales⁴⁹, aunque confirma el enfoque dicotómico, introduce elementos innovadores, donde el objetivo es mejorar las condiciones de trabajo y los derechos sociales de los trabajadores en las plataformas digitales, garantizando una correcta calificación del empleo basada en el principio de la primacía de los hechos e introduciendo una presunción relativa de la relación laboral.

Se hace especial hincapié en la correcta calificación de la relación laboral, de la que depende la aplicación de la protección del tiempo de trabajo.

De hecho, la propuesta hace hincapié en los riesgos de una calificación incorrecta, que puede privar a los trabajadores de los derechos que les confiere la legislación de la UE, dado que se ha reconocido que muchos trabajadores han sido calificados erróneamente de autónomos y que el tiempo de trabajo sigue siendo un indicador importante para determinar la autonomía o la subordinación de la relación laboral⁵⁰.

⁴² Magnani, M., "Subordinazione, eteroorganizzazione...", op. cit.

⁴³ Tursi, A., "La disciplina del lavoro etero-organizzato...", op. cit.

⁴⁴ Barbieri, M., "Lavoro su piattaforma, coronavirus, conflitto sociale e legislazione", *LLI*, 2020, vol. 6, 1, p. 6.

⁴⁵ The Legal Construction of Personal Work Relations, Oxford University Press; Davidov, G., Freedland, M., Countouris, N., "The Subjects of Labor Law: 'Employees' and Other Workers", Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper No. 15-15.

⁴⁶ Ballestrero, M.V., "La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva", *LLI*, 2020, vol. 6, 2.

⁴⁷ Battista, L., "L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione Europea", *ADL*, 2021, fasc. 3.

⁴⁸ Prassl, J.A., Aloisi, A., Countouris, N., De Stefano, V., "Eu Court of Justice's decision on employment status does not leave platforms off hook", in <http://regulatingforglobalization.com>, 2020; Countouris, N., "The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope", *ILJ*, 2018, vol. 47, 2.

⁴⁹ 2021/0414 (COD)

⁵⁰ Hiebl, C., "Case law on the classification of platform workers: Cross-European comparative analysis and tentative conclusions", *CLLPJ*, 2021.

Además, mientras que según el artículo 3 de la propuesta, la calificación de la relación laboral debe basarse en la forma concreta en que se realiza el trabajo y en el uso de algoritmos para organizar el trabajo, según el artículo 4 se introduce una presunción de subordinación⁵¹ si la plataforma controla aspectos de la realización del trabajo, como la limitación de la libertad de organizar el propio tiempo de trabajo, sancionando también que puedan considerarse subordinados aquellos trabajadores que realizan el servicio sin un horario preestablecido, aunque estén sujetos a una organización externa.

Esta propuesta destaca por reconocer ciertas garantías mínimas también a los trabajadores de las plataformas digitales y por abordar con mayor contundencia la cuestión del tiempo de trabajo, promoviendo nuevos derechos a favor de todos los trabajadores y manteniendo una referencia a la noción europea de empleado.

El proyecto de directiva, entre otras cosas, ofrece garantías mínimas también para los trabajadores considerados “*Persons performing platform work*”⁵², reforzando la protección social, aunque reafirmando la importancia del trabajo subordinado para delimitar su ámbito de aplicación, en línea con la noción europea.

5. LA CUESTIÓN DEL HORARIO DE TRABAJO BAJO EL ESCRUTINIO DE LAS DECISIONES JUDICIALES ITALIANAS

A diferencia de la jurisprudencia nacional que ha adoptado las disposiciones del artículo 2 del Decreto Legislativo n. 81/2015, y en consonancia con la doctrina, que considera que la dicotomía autonomía/subordinación no es superable, cabe señalar que la sentencia del Tribunal de Palermo n. 3570, de 24 de noviembre de 2020, presenta algunos elementos que, si bien sugieren un retorno al pasado, y otros que, por el contrario, podrían constituir elementos de reflexión para futuros desarrollos.

Lejos de examinar los pormenores que condujeron al reconocimiento de los índices primarios de subordinación⁵³, el juez, en el citado pronunciamiento, abordó la cuestión del tiempo de trabajo de una manera peculiar con respecto a los fallos anteriores en materia de derogación.

Pues bien, analizando la organización del trabajo y la forma en que se lleva a cabo⁵⁴, el tribunal dictaminó que incluso el momento en que el *rider* se encuentra en el punto de encuentro, a la espera de recibir una orden, bien puede constituir tiempo de trabajo merecedor de remuneración, dada la disponibilidad del trabajador, a través de la conexión a la *app* y la presencia física cerca de las instalaciones del socio, para el empleador.

Tal reconstrucción supone, sin duda, un avance respecto a la configuración tradicional del tiempo de trabajo como período de presencia física en el lugar de trabajo, ya que permite reconocer como tiempo de trabajo incluso aquellos momentos en los que el trabajador, aun estando a disposición del empresario, no se encuentra físicamente en el lugar de trabajo⁵⁵.

⁵¹ Hiebl, C., op. cit.

⁵² Ver, en particular, el art. 10.

⁵³ Barbieri, M., “Della subordinazione dei ciclo fattorini”, op. cit., p. 23.

⁵⁴ Se trata de un aspecto que, como ha señalado autorizada doctrina (Barbieri, M., Il luminoso futuro di un concetto antico, op. cit., p. 72), parece compatible con el principio de la llamada “indisponibilidad del tipo” expresado por el Tribunal Constitucional.

⁵⁵ Sobre este punto, ver C. giust., CGE 9.11.2003 (C-151/02, caso *Jäger*); Ferraresi, M., “Disponibilità e reperibilità del lavoratore”, *RIDL*, 2008, 1.

Esta interpretación tiene en cuenta las nuevas formas de trabajo a través de plataformas digitales, en las que a menudo no existe un lugar de trabajo tradicional, y subraya la importancia de la organización del trabajo para el funcionamiento de las plataformas⁵⁶.

Como se ha señalado anteriormente, es necesario determinar si el intercambio se produce entre salario y rendimiento real, rendimiento útil o provisión de energías de trabajo, a fin de comprender el papel del tiempo en la subordinación del trabajador.

En este sentido, incluso con la introducción del denominado *free log-in* por parte de las plataformas *Uber Eats* y *Deliveroo*, que elimina los turnos de trabajo pero exige, no obstante, que los *riders* estén disponibles en todo momento, se confirma la presencia de una restricción legal que obliga a los trabajadores a garantizar un determinado tiempo de disponibilidad⁵⁷.

De ello se deduce que el reconocimiento de los segmentos de tiempo que el trabajador pone a disposición de la plataforma presupone la calificación de la relación laboral como subordinada.

Este pronunciamiento podría suponer, en cierto modo, una especie de “paso atrás” respecto a los anteriores que aplicaban el artículo 2 del Decreto Legislativo n. 81/2015 desde una perspectiva reparadora.

Sin embargo, el artículo 2 no parece ser una solución duradera para la protección de los trabajadores digitales, ya que sigue exigiendo la calificación de la prestación por el tribunal.

En el proceso de calificación, además, la sentencia analizada parece conceder una importancia significativa al factor tiempo.

En este sentido, el tribunal, respondiendo negativamente a la pregunta sobre la libertad de los jinetes para elegir el “*an*” y el “*cuándo*” de la prestación laboral⁵⁸, afirma cómo tal libertad es de naturaleza meramente formal, ya que toma en consideración tanto la fase genética como la fase ejecutiva de la propia prestación⁵⁹.

En efecto, la organización unilateral del trabajo por parte de la plataforma digital, acompañada de la puesta a disposición de las energías de trabajo por períodos sustanciales y no remunerados, así como el ejercicio de poderes de dirección y control, constituyen sin duda elementos que recuerdan fuertemente a la relación de trabajo por cuenta ajena.

La sentencia del Tribunal de Palermo destaca por haber abordado⁶⁰ la cuestión de la calificación del tiempo de disponibilidad de los *riders*, mostrando cómo dicha disponibilidad es funcional con respecto al cumplimiento del interés de la empresa⁶¹.

Sería deseable, por tanto, dar un paso más hacia el reconocimiento de la función del tiempo de trabajo también para los trabajadores no calificados expresamente como

⁵⁶ Cini, L., Goldmann, B., “Osservazioni sullo spazio di lavoro. Dal controllo alla mobilitazione. Le lotte dei ciclofattorini e dei facchini della logistica in Italia”, *LLI*, 2020, 2, p. 16.

⁵⁷ Pacella, G., “Il Tribunale Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei *riders*”, *LLI*, 2020, vol. 6, 2, p. 38.

⁵⁸ Pacella, G., “Il lavoro tramite piattaforma digitale nella giurisprudenza dei Paesi di civil law”, *LLI*, 2019, vol. 5, 1.

⁵⁹ Pacella, G., *Il Tribunale Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei riders*, op. cit., p. 41

⁶⁰ En este contexto, la sentencia del Tribunal de Milán n° 1018/2022, afirma que “*el modo en que se asignan los encargos de reparto (sobre la base del algoritmo) obliga al trabajador a estar a disposición del empresario en el periodo de tiempo que precede al encargo, mediante la conexión app, y a estar físicamente cerca de los locales de recogida: un elemento que no es desdeñable también desde el punto de vista de la calificación de la relación laboral, puesto que se exige que el rider esté ya disponible para efectuar el reparto*”.

⁶¹ Pallini, M., “La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione”, *LLI*, Vol. 6, n. 2, p. 85.

asalariados, ya que la actualización de la noción de tiempo de trabajo⁶² podría permitir reconocer a los *riders* el cómputo del tiempo pasado a disposición de la plataforma.

Con posterioridad a la sentencia antes examinada, ha habido sentencias recientes, como las del Tribunal de Turín y del Tribunal de Milán, que han seguido la misma línea de razonamiento.

El Tribunal de Turín, en su sentencia de 18 de noviembre de 2021, reconoció la subordinación de los *riders* de la plataforma *Uber Italy*, considerando la organización temporal del servicio, y destacando el carácter aparente respecto a la libertad de elección en cuanto al “cuándo” de la prestación laboral, dada la presión ejercida sobre los usuarios para conectarse a determinadas horas.

También en la sentencia del Tribunal de Milán, n. 1018/2022, se puso de relieve cómo las limitaciones temporales impuestas por el algoritmo de la plataforma obligan a los *riders* a ponerse a disposición del empresario, confirmando, por tanto, cómo el derecho a rechazar servicios individuales no excluye la subordinación, ya que es la expresión de un factor que, lejos de referirse al contenido de la relación, se califica de externo, tanto lógicamente como sobre todo en términos de tiempo⁶³.

6. CONSIDERACIONES FINALES

A la luz de las consideraciones anteriores, es razonable concluir destacando la importancia crucial del tiempo y el horario de trabajo en la definición y calificación jurídica de las relaciones laborales.

Se ha observado, de hecho, cómo la rápida evolución de las tecnologías digitales y la aparición de nuevas formas de trabajo, como las que ofrece la *gig-economy*, están desafiando las categorías jurídicas tradicionales, imponiendo una especie de replanteamiento de la forma en que se regula el tiempo de trabajo.

Este último, como elemento aparentemente simple y bien definido, se presenta hoy como un concepto complejo y dinámico, ya que la concepción tradicional de un tiempo de trabajo fijo y predeterminado está “pasando el testigo” a modalidades de trabajo más flexibles y personalizadas.

Se trata de una transformación que, si bien por un lado ofrece mayor autonomía a los trabajadores, por otro plantea nuevas cuestiones relacionadas con la protección de sus derechos, su salud y su seguridad.

El análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales realizado anteriormente pone de manifiesto cómo el tiempo de trabajo sigue desempeñando un papel central en la calificación del trabajo como subordinado, si bien la forma en que se aplica el artículo 2 del Decreto Legislativo núm. 81/2015 revela ciertas falacias en la superación de la dicotomía tradicional entre trabajo autónomo y trabajo subordinado, lo que explica que la gestión del tiempo de trabajo, lejos de ser una mera cuestión organizativa, afecta profundamente a la propia naturaleza de la relación laboral y a las protecciones aplicables.

En particular, en relación con los empleados que trabajan con herramientas tecnológicas, es necesario reconsiderar la noción de tiempo de trabajo para reflejar las

⁶² Villalon, J.C., “Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell’economia”, *DLRI*, 2018, p. 477.

⁶³ Ghiani, F., “Il ruolo del tempo e dell’orario di lavoro attraverso la giurisprudenza dei *riders*”, *LLI*, Vol. 8, n. 1, 2022, pp. 93-95.

nuevas realidades del mundo laboral: esto implica reconocer la flexibilidad y la ausencia de un lugar físico de trabajo, al tiempo que se garantizan las salvaguardias y protecciones adecuadas.

Una nueva noción de tiempo de trabajo, por tanto, debería incluir el tiempo de conexión y disponibilidad, reconociendo la importancia del derecho a la desconexión para proteger la salud mental y física de los trabajadores.

En relación, por otro lado, con los trabajadores del sector de la *gig economy*, cabe destacar que estos trabajadores escapan a menudo a las definiciones tradicionales de subordinación, lo que conlleva la necesidad de desarrollar nuevos criterios de protección basados en su exposición al riesgo y en las especificidades de su desempeño laboral.

Por otra parte, la posibilidad de disociar la calificación del tiempo de trabajo de la calificación de la propia relación laboral podría representar una solución innovadora, capaz de proporcionar una protección más inclusiva y adecuada.

De ello podría deducirse que las mismas fases de espera, a menudo no remuneradas, deben considerarse parte integrante del tiempo de trabajo, reconociendo la peculiaridad de estos servicios laborales.

En este contexto, por tanto, parece más fundamental que nunca garantizar que las protecciones en materia de salud y seguridad se apliquen a todos los trabajadores, independientemente de la forma contractual bajo la que estén empleados.

En conclusión, el tiempo de trabajo y la jornada laboral deben ser considerados como elementos fundamentales en el debate jurídico y normativo, dado que sólo a través de una comprensión profunda y una regulación adaptativa de las categorías jurídicas tradicionales, como las de autonomía y subordinación y las referidas al tiempo de trabajo, objeto de este trabajo, se podrán garantizar protecciones eficaces y respetuosas de las nuevas realidades laborales, salvaguardando así los derechos y el bienestar de todos los trabajadores, haciendo hincapié en su salud y dignidad, independientemente de la naturaleza de su relación laboral.

El mismo periodo pandémico que ha atravesado el mundo ha acentuado la necesidad de repensar la forma en que se realiza el trabajo, destacando la importancia de una normativa que tenga en cuenta las necesidades de salud y seguridad de los trabajadores en un contexto de creciente flexibilidad y digitalización.

Está claro que el futuro de las protecciones laborales depende de la capacidad de legisladores e intérpretes para comprender y responder a la nueva dinámica del tiempo de trabajo, que requiere un enfoque innovador y flexible, capaz de integrar las necesidades de protección con las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, garantizando al mismo tiempo que se respeten siempre los derechos fundamentales de los trabajadores.

Sólo así será posible construir un sistema jurídico que siga y anticipe los cambios, protegiendo el valor intrínseco del trabajo humano en todas sus formas.

**ESTUDIO COMPARADO DE LA PROTECCIÓN DEL
DERECHO PERUANO Y ESPAÑOL A LA CONCILIACIÓN
DEL TRABAJO Y LA VIDA FAMILIAR**

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

Profesor Permanente Laboral (acreditado como TU)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
carlomatt@uma.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0263-650X>

SUMARIO:

1. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN FAMILIAR. PARTICULARIDADES
2. CONCILIACIÓN FAMILIAR E IGUALDAD EN ESPAÑA
3. LA CONCILIACIÓN FAMILIAR EN DERECHO PERUANO
4. EL INCREMENTO EN LA REGULACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LAS MUJERES TRABAJADORAS
5. NOTAS COMPARATIVAS DE LA EFICACIA DE LOS RÉGIMENES ESPAÑOL Y PERUANO EN LA PROMOCIÓN DE LA CONCILIACIÓN LABORAL Y VIDA FAMILIAR
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA

EXTRACTO

El derecho a la conciliación del trabajo y la vida familiar en los ordenamientos español y peruano ofrecen diferentes protecciones jurídicas pese a existir en ambos regímenes un garantismo constitucional y un desarrollo legislativo dirigido a la salvaguarda en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. No obstante, en el caso peruano ante la carga desproporcionada de las tareas de cuidado que asumen las mujeres, y los estereotipos de género que favorecen su incorporación a unas pocas ocupaciones tradicionales poco vinculadas a los sectores más dinámicos de la economía, esta protección jurídica aún es insuficiente para mejorar cuantitativa y cualitativamente los derechos laborales de la mujer, ya que pese haber disminuido formas flagrantes de discriminación y violencia en el trabajo muchas aún se mantienen y otras han tomado nuevas formas o manifestaciones menos visibles.

1. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN FAMILIAR. PARTICULARIDADES

Los derechos de conciliación son derechos a contracorriente de la tradición, de las pautas de corrección de la sociedad, manifestadas en estereotipos, hábitos y normas limitativas de derechos de las mujeres, procedentes de su configuración patriarcal¹, estas palabras de Casas Bahamonde vienen a resumir el contexto actual de un derecho tan denostado como es el derecho a la conciliación familiar.

En este sentido y como tal puede entenderse como el conjunto de medidas y normas que buscan equilibrar las responsabilidades laborales con las obligaciones y necesidades familiares de las personas. Este derecho permite que los trabajadores puedan atender a sus familias (especialmente a hijos menores, personas dependientes o adultos mayores) sin renunciar a su desarrollo profesional y, al mismo tiempo, sin perjudicar a las empresas o empleadores². La conciliación familiar se enmarca dentro de los derechos laborales y es promovida a nivel internacional por organismos como la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En muchos países, este derecho está regulado a través de legislaciones que otorgan permisos, licencias y facilidades para que los empleados puedan asumir sus responsabilidades familiares de manera equilibrada.

Algunas de las medidas clave que estudian los ordenamientos suelen estar relacionadas con la conciliación familiar son:

- Permisos parentales: Los cuales incluyen el permiso de maternidad, paternidad o adopción. Estos permiten a los padres y madres ausentarse del trabajo para atender a sus hijos recién nacidos o adoptados.
- Reducción de jornada laboral: Los trabajadores pueden solicitar trabajar menos horas sin que esto signifique la pérdida de su empleo o derechos, especialmente cuando tienen responsabilidades familiares, como el cuidado de hijos pequeños o familiares dependientes.
- Horarios flexibles: Los empleadores pueden ofrecer flexibilidad en los horarios de trabajo, permitiendo que los trabajadores ajusten sus horas laborales para cumplir con sus compromisos familiares.

¹ Casas Baamonde, M.E.: "Prólogo. Conciliación y corresponsabilidad", Rodríguez Rodríguez, E. y Martínez Yañez, N.M. (Dirs.): Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro Bosch, Barcelona, 2021, pp. 19-20.

² Más ampliamente Monereo Pérez, J.L Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general. (2023). Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, 9, 11-33. Recatado de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/845>

- Teletrabajo: En muchos casos, se permite a los empleados trabajar desde casa o a distancia, lo que facilita el cumplimiento de responsabilidades familiares sin dejar de lado las obligaciones profesionales.
- Concesión de licencias especiales: En algunos países, se otorgan licencias específicas para el cuidado de familiares enfermos o dependientes, de forma que los trabajadores puedan ausentarse sin perder su empleo.

En definitiva, sea como fuere, el legislador a la hora de tratar la importancia del derecho a la conciliación familiar deberá de hacerlo desde 3 perspectivas:

1º Equilibrio vida-trabajo: Promoviendo una mejor calidad de vida al equilibrar el tiempo que se dedica a la familia con el que se destina al trabajo.

2º Promover la igualdad de sexo: Fomentando la participación equitativa de hombres y mujeres en las tareas del hogar y el cuidado de los hijos.

3º Hallar la forma de favorecer la obtención de beneficios para las empresas: Las organizaciones que adoptan políticas de conciliación suelen tener empleados más comprometidos, productivos y con menor índice de ausentismo.

Por ello y como punto de partida, la conciliación del trabajo y la vida familiar para el trabajador es clave para llegar al deseado equilibrio de prestarse a desempeñar responsabilidades laborales, y cumplir con los deseos familiares. Este concepto encaminado al bienestar de las personas, ha cobrado notable relevancia en las últimas décadas, especialmente con los cambios en los roles familiares tradicionales con el aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral ante el crecimiento de las demandas laborales en términos de tiempo y energía.

Las legislaciones como la española y peruana intentan (con mayor o menor éxito) fortalecer algunos aspectos clave para conseguir proteger la deseada conciliación del trabajo y la vida familiar, aunque si bien es cierto que, en algunos otros países, el gobierno ofrece generosos subsidios o incentivos para fomentar la conciliación, como el acceso a servicios de guardería, la creación de leyes que protejan los derechos de los padres que trabajan o la ampliación de los permisos de maternidad y paternidad.

2. CONCILIACIÓN FAMILIAR E IGUALDAD EN ESPAÑA

2.1. La protección constitucional del art.39 CE

El artículo 39 de la Constitución Española (CE) establece las bases constitucionales para la protección de la familia y la infancia³. Dicho precepto forma parte del Capítulo Tercero del Título I, que recoge los principios rectores de la política social y económica. Aunque estos principios no son directamente exigibles judicialmente, sí influyen en la legislación y en la interpretación de los derechos fundamentales. La importancia del propio artículo 39 CE viene dada al “referirse al llamamiento de que los poderes públicos se encargaran de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia”⁷⁴.

A la hora de realizar un análisis del citado artículo, el precepto impone a los poderes públicos (Estado, comunidades autónomas y municipios) la obligación de promover y

³ SSTCo 3/2007, de 15 de enero y 108/2019, de 30 de septiembre.

⁴ Más ampliamente: Ortega Lozano, P.G. El sistema de servicios sociales Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum Número Extraordinario 2023. Parte tercera. Protección social de las personas con discapacidad ISSN: 2386-7191 – ISSNc: 2387-0370

proteger a la familia, considerando su importancia como núcleo básico de la sociedad. Esta protección incluye aspectos sociales, económicos y jurídicos, lo que abarca desde la creación de políticas de bienestar familiar hasta leyes que promuevan la estabilidad y el apoyo a la familia. La redacción del citado artículo también establece la igualdad de los hijos ante la ley, independientemente de si nacieron dentro o fuera del matrimonio. Se garantiza su protección integral, tanto en el ámbito familiar como en el social, sin discriminar por su origen o circunstancias personales. Además, se protege a las madres, sin importar su estado civil, lo que incluye medidas de apoyo para madres solteras o en situaciones de vulnerabilidad.

También es destacable dentro de la citada redacción señalar que los padres deben velar por el bienestar y asistencia de sus hijos. Esto incluye tanto a los hijos menores de edad como a aquellos que, por diversas razones, necesiten apoyo durante más tiempo. Los padres tienen la obligación de brindar asistencia económica, educativa, emocional y, en general, garantizar el cuidado y desarrollo integral de sus hijos.

Los derechos de los niños en España están también protegidos por el precepto y conforme a los acuerdos internacionales en los que el Estado es parte. Un ejemplo clave es la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que establece estándares mínimos de protección y bienestar para los menores en todos los ámbitos de su vida (educación, salud, seguridad, etc.).

En definitiva, la relevancia del artículo 39 viene dada por garantizar la protección de la familia y de los hijos, refuerza el derecho a la conciliación familiar. En la medida en que el Estado tiene la obligación de proteger a la familia y a los menores, este artículo sienta las bases para el desarrollo de políticas públicas que promuevan el equilibrio entre la vida laboral y familiar, como el establecimiento de permisos parentales, la reducción de jornada laboral, y otras medidas que faciliten el cuidado de los hijos y la familia en general

2.2. Conciliación y Estatuto de los trabajadores con especial atención a las adaptaciones de la jornada del artículo 34.8 ET

La tradicional perspectiva de las medidas de conciliación, tanto en Derecho Europeo como en el ordenamiento jurídico español, ha venido dada desde la óptica femenina, “lo que enfatizaba estereotipos de género, al pivotar sobre la posibilidad de otorgar tiempo (ausencias al trabajo), de forma remunerada o no, para que la trabajadora, cuidadora clásica y tradicional de los menores, de los mayores, de los enfermos y de las personas con discapacidad, pudiera atender sus responsabilidades domésticas, minorando el período dedicado a sus actividades laborales”⁵.

Actualmente, la Directiva 2019/1158 establece, en términos de conciliación familiar que las madres-padres (progenitores) y cuidadores tengan derecho a solicitar la necesidad, idoneidad y razonabilidad⁶ de formas de trabajo flexible (a distancia, calendarios laborales con épocas más o menos intensas, reducción de horas de trabajo) para el cuidado de un menor de ocho años con una extensión que puede estar sometida a límites razonables.

Es en esta sintonía que el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET);

⁵ Vid. Monereo Pérez, J.L Op. Cit.

⁶ La Directiva de 2019 va a exigir, además, ponderar las circunstancias obrantes in casu aplicando un juicio doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre las argumentaciones de la empresa y de la persona trabajadora. Vid Molina Navarrete, C.: “Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías”, Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 441, 2019, p. 15.

en materia de conciliación en su artículo 34.8 permita a las personas trabajadoras solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, así como de la ordenación del tiempo de trabajo y la forma de prestación, incluyendo el teletrabajo.

El precepto reconoce el derecho a la adaptación de la jornada o de la forma de prestación de la actividad laboral, no tratándose de un “derecho absoluto o de aplicación inmediata sino de un derecho condicionado, lo cual contrasta con las medidas de flexibilidad unidireccional reconocidas al empresario como puede observarse fácilmente en la relativización de los topes máximos sobre jornada, superables a través de la negociación colectiva o permitida por la regulación sobre jornadas especiales, la extensión del módulo anual de jornada que sustituye a módulos de inferior duración (por tanto, más rígidos), la posibilidad de pactar la distribución irregular de la jornada, más aún, la oportunidad de acudir a dicha distribución irregular aun cuando no hay pacto, la superación del principio de anualidad, la flexibilidad legal y jurisprudencial en materia de horas extraordinarias, la prerrogativa de redistribuir los períodos de descanso, las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial”⁷.

El objetivo, es en definitiva hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores con unas adaptaciones que deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Algunos ejemplos son el paso de trabajo a turnos a horario fijo, o de trabajo nocturno a diurno, o de presencial a teletrabajo. También es posible eximir al empleado de realizar viajes o de trabajar viernes por la tarde o sábados y domingos.

Si la solicitud del trabajador viene motivada por la necesidad de cuidado de un menor, el empleado (hasta la aparición de la nueva Ley de las Familias es decir el Real Decreto-ley 5/2023 para la conciliación de la vida laboral y familiar), ha podido ejercitar este derecho hasta que éste cumpla los 12 años de edad, actualmente con la nueva normativa desaparece este límite de edad y se amplían las personas por las que se puede solicitar esta flexibilidad laboral para la conciliación. En cuanto al proceso de negociación de la solicitud de adaptación de jornada, el periodo que tiene la empresa para dar una respuesta pasa a ser de 15 días, frente a los 30 que tenía antes. Además, debe justificar sus razones si su respuesta no es afirmativa (si propone una alternativa o directamente da una negativa) y, por último, si al término del plazo estipulado no ha dado una respuesta, esta, por defecto, se considerará afirmativa.

En cualquier caso, no existe como tal un derecho a la ‘jornada laboral a la carta’: este artículo faculta al trabajador para solicitar una modificación en su jornada, no para exigirla. En general, cada caso se discutirá de forma individual, teniendo en cuenta cómo afecta la medida propuesta tanto a la empresa como al resto de trabajadores⁸.

La redacción del art. 34.8 ET aporta una novedad basada “en la mayor consistencia con la que se regula la posible reversibilidad a la situación anterior al reconocer el

⁷ Para Gorelli, de manera acertada este derecho está “configurado como una modificación sustancial a la inversa sin reducción de la dedicación ni pérdida de la retribución, cuyo tenor ha sido mejorado en su redacción por el Real Decreto Ley 5/2023. Este precepto sigue reconociendo el derecho a solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada y en la ordenación del tiempo de trabajo o en la forma de prestación (incluido el trabajo a distancia) para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Es más, de su tenor se sigue infiriendo que no basta la mera conveniencia conciliatoria, ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta, que debe ser proporcionada, en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”. Más ampliamente: Gorelli Hernández, J.: “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar y personal: el RD-Ley 6/2019”. El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, p. 132.

⁸ Rescatado de: <https://www.wolterskluwer.com/es-es/expert-insights/conciliacion-familiar-laboral>

derecho de la persona trabajadora a regresar a la situación previa una vez concluido el período acordado o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. Ahora bien, nada impide solicitar también volver al estatus primigenio, aunque se mantengan las causas que motivaron la petición, siempre que concurra un cambio de circunstancias que así lo justifique. En este último caso, la empresa podrá denegar el regreso anticipado solicitado solo cuando existan razones objetivas motivadas para ello, debiendo informar al trabajador de las causas que apoyan la decisión⁹⁹.

3. LA CONCILIACIÓN FAMILIAR EN DERECHO PERUANO

En el derecho peruano, la conciliación familiar está relacionada con el conjunto de medidas y normativas que buscan equilibrar la vida laboral y las responsabilidades familiares de los trabajadores. Aunque Perú no cuenta con una ley específica de conciliación familiar como tal, hay varias disposiciones dentro de su legislación laboral y familiar que promueven este derecho.

3.1. La protección constitucional peruana

La Constitución del Perú de 1993 establece una serie principios que refuerzan el derecho a la familia¹⁰, así como el equilibrio entre el trabajo y la vida familiar consolidados en sus artículos 4 y 23. El primero de ellos establece que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio. También fomentan la protección de la madre, el niño y los ancianos.

En esta línea el siguiente precepto, el art. 23 protege al trabajador de cualquier situación que afecte su dignidad, y establece que las normas laborales deben permitir condiciones de trabajo adecuadas que promuevan el bienestar integral de los trabajadores. Estas disposiciones sientan las bases para el desarrollo de políticas laborales que incluyan medidas de conciliación familiar, aunque no se refieren a ella de manera específica. Esta constitución abre en el ámbito legislativo laboral, un catálogo de diversas normas que permiten la conciliación entre el trabajo y la familia tales como:

- La Licencia de maternidad a través de la Ley N° 30367, que modificó la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que las trabajadoras tienen derecho a un período de 98 días de licencia por maternidad, distribuidos entre antes y después del parto. Este período es remunerado.
- La Licencia por paternidad a través de la Ley N° 29409, los padres trabajadores tienen derecho a una licencia por paternidad de 10 días consecutivos a partir del nacimiento del hijo. En algunos casos, como partos múltiples o nacimientos con complicaciones, esta licencia puede extenderse.
- La Licencia por motivos familiares a través de la Ley N° 30012 establece que los trabajadores pueden acceder a licencias no remuneradas para cuidar a sus hijos o familiares enfermos, siempre que justifiquen la necesidad ante el empleador. Si bien no es una medida remunerada, permite a los trabajadores atender responsabilidades familiares sin perder el empleo.

⁹ Vid. Nieto Rojas, P.: “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023”, Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, núm. 7, 2023, p. 87.

¹⁰ Perú ha firmado numerosos convenios internacionales que promueven la conciliación entre vida laboral y familiar, siendo el más significativo el Convenio N° 156 de la OIT sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres trabajadores, con responsabilidades familiares, obliga al Estado a desarrollar políticas que permitan equilibrar las responsabilidades laborales y familiares, promoviendo una mayor igualdad de género.

- Permisos por lactancia, el Decreto Supremo N° 005-2011-TR dispone que las madres trabajadoras tienen derecho a una hora diaria de permiso por lactancia hasta que el niño cumpla un año de edad. Este tiempo puede utilizarse para amamantar o extraer leche materna.
- Teletrabajo a través de la Ley N° 30036, la cual permite a los trabajadores realizar sus funciones a distancia. Dicha modalidad se ha incrementado debido a la pandemia del COVID-19 y facilita que los trabajadores puedan atender sus responsabilidades familiares desde su hogar, siempre que sea compatible con la naturaleza del trabajo. El teletrabajo es una de las medidas más efectivas de conciliación familiar, ya que ofrece mayor flexibilidad de tiempo.

En cuanto a la jornada reducida por razones familiares como si sucede en España, la legislación peruana, aunque no se reconoce explícitamente un derecho general a la reducción de jornada por motivos familiares, el trabajador puede solicitar una modificación de su horario o una jornada reducida por acuerdo con el empleador, siempre que la situación lo amerite.

En el ordenamiento peruano, es destacable el Plan Nacional de Igualdad de Género (2012-2017) y su sucesor, el Plan Nacional de Igualdad de Género 2018-2021, los cuales requieren la necesidad de implementar políticas que permitan a las mujeres y a los hombres compartir de manera equitativa las responsabilidades familiares. Esto incluye el diseño de políticas públicas de conciliación de la vida laboral y familiar, de modo que se promueva una mayor corresponsabilidad entre ambos géneros en el cuidado de los hijos y del hogar, es por ello que, los empleadores en Perú tienen la obligación de respetar y facilitar los derechos de los trabajadores en el ámbito de la conciliación familiar, como el otorgamiento de licencias de maternidad, paternidad y lactancia. Además, la legislación peruana exige que se respeten los principios de no discriminación y trato igualitario en las empresas, lo que incluye medidas que favorezcan a los trabajadores con responsabilidades familiares.

4. EL INCREMENTO EN LA REGULACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LAS MUJERES TRABAJADORAS

4.1. La conciliación ante la promoción femenina en la igualdad de oportunidades

La necesidad de compatibilizar la vida personal y familiar con la actividad laboral de la persona constituye una convicción firmemente asentada en la sociedad actual¹¹. Desde un punto de vista general, la conciliación en términos de igualdad se hace posible a través de la promoción femenina en la igualdad de oportunidades. En esta línea, los ordenamientos jurídicos de la muestra España y Perú poseen aun una senda por recorrer. En la empresa los beneficios de este derecho se reflejan en tres dimensiones: la primera de ellas consiste en una mejora de la productividad, en este sentido, las organizaciones que promueven la igualdad de oportunidades suelen tener una fuerza laboral más motivada, lo que mejora la productividad y reduce la rotación de personal. La segunda viene dada desde el ámbito humano por el incremento de capacidad innovadora y la creatividad de los

¹¹ Blasco Pellicer, A.: “El tratamiento convencional del derecho de adaptación y distribución de la jornada por conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva, Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016, p. 363.

empleados, pues al tener una plantilla diversa en la empresa, se fomenta la innovación, ya que diferentes perspectivas pueden contribuir a resolver problemas de manera más eficaz.

La tercera dimensión, dada por el impacto social, incita que las empresas que promueven políticas de igualdad e inclusión tienden a tener una mejor reputación y atraer talento diverso y comprometido. En los ordenamientos español y peruano existen unas distancias a la hora de tratar la conciliación ante la promoción femenina en la igualdad de oportunidades que trataremos a continuación:

Comenzando por Perú, desde la óptica de su derecho positivo, la Ley n.º 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres intenta marcar un punto de consolidación en esta línea reafirmando el derecho de las mujeres de participar en la vida económica, social y política de dicho país en igualdad de condiciones que los hombres, garantizando su derecho a un trabajo productivo realizado de manera libre, equitativa, segura, y respetando su dignidad humana.

Para llegar a ello, se planifican una serie de medidas o estrategias a cumplir por el ejecutivo tales como la incorporación de medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre sexos, tanto en la etapa previa a su incorporación al mercado laboral (acceso al empleo) como en el desarrollo de la relación laboral, esto es, en la capacitación, promoción, otorgamiento de condiciones de trabajo adecuadas y el derecho a gozar de remuneración idéntica por trabajo de igual valor.

La materialización de este proyecto tuvo lugar en abril de 2019, por Decreto Supremo n.º 008-2019-MIMP, el cual aprobó la Política Nacional de Igualdad de Género (PNIG),¹² y de forma más específica en el punto 1.4 de la indicada política, que versa sobre el diagnóstico, se señala que la discriminación contra las mujeres se basa en una serie de patrones socioculturales discriminatorios -que privilegian lo masculino sobre lo femenino-, con lo que se refuerza la asignación desigual de roles.

Lamentablemente, en Perú, sin igualdad no es posible una conciliación familiar justa. No obstante, y aunque no se haya logrado llegar a la quimera de la implantación eficaz de la igualdad plena de oportunidades entre hombres y mujeres, si supone un gran paso adelante que las empresas apliquen políticas de igualdad de género, que si bien están presentes carecen de eficacia y no son suficientes¹³.

En España, la promoción de la igualdad es una meta cuya política cuyo enfoque debe ir orientado a garantizar que todas las personas tengan acceso a las mismas oportunidades laborales, independientemente de factores como el género, la edad, la raza, el origen étnico, la discapacidad, la orientación sexual, la religión o cualquier otra característica personal que pudiera dar lugar a discriminación. En nuestro país, las mujeres aún cargan con una mayor parte de las responsabilidades familiares, lo que puede dificultar su progreso profesional. En algunos sectores, se valora el estar disponible 24/7 o el exceso de horas, lo que hace difícil conciliar.

Para llegar a la conciliación de la vida laboral y familiar en nuestro país, se promueven políticas que permiten a los trabajadores equilibrar sus responsabilidades familiares y

¹² Conviene precisar que esta política tiene entre sus objetivos principales mejorar la eficiencia de las entidades de la Administración pública, en todos los niveles de gobierno, con el objeto de garantizar, a nivel igualitario y sin discriminación, los derechos humanos de las mujeres. Rescatado de: <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/rdpt/article/view/679/952>.

¹³ Sin ir más lejos, un claro ejemplo de ello se materializa en la inferior participación de la mujer en los cargos directivos. Esta manifestación de espíritu del techo cristal, se refleja en las empresas como la limitación oculta que impide el ascenso de las trabajadoras mujeres a cargos de nivel jerárquico. El problema sobrepasa los límites, ya que incluso cuando se desplazan a algún cargo directivo la brecha sigue manifestándose en temas como el salario que perciben, que es inferior al de los trabajadores varones.

profesionales. Esto incluye la implementación de medidas como el teletrabajo, horarios flexibles, permisos parentales y licencias por cuidado familiar, que ayudan a crear condiciones más igualitarias.

Aunque España ha avanzado considerablemente en cuanto a la normativa para la conciliación laboral y familiar, todavía enfrenta algunos desafíos tales como la desigualdad de género en la corresponsabilidad: A pesar de los progresos fruto de la ardua tarea del legislador, las mujeres continúan asumiendo al igual que en Perú la mayor parte de las responsabilidades familiares y domésticas, lo que limita su participación en el mercado laboral en igualdad de condiciones.

Otro de los desafíos viene dado por la desigual distribución de medidas, en este sentido, las de conciliación se implementan de manera desigual en el sector público y privado. Mientras que en el sector público se observa un mayor compromiso con estas políticas, en el sector privado, la adopción de medidas de conciliación depende en gran medida del tamaño de la empresa y del sector en el que opera. Muchas empresas, especialmente pequeñas y medianas, aún no han adoptado plenamente las medidas de conciliación, y en algunos casos como sucede en el país peruano, si persisten resistencias culturales hacia el uso de estos derechos, especialmente entre los hombres.

4.2. Los estereotipos de género que sólo favorecen la incorporación femenina a ocupaciones tradicionales poco vinculadas a los sectores más dinámicos de la economía

Tradicionalmente el mercado laboral siempre ha venido marcado por la nota discriminatoria y ésta tanto en España como en Perú ha estado dominada por la razón donde los empleadores siempre han preferido ofrecer puestos de trabajo asignados por la nota del sexo destinando a las mujeres y hombres la realización de diferentes labores¹⁴.

Con ello se les negaba a las mujeres la oportunidad de demostrar sus capacidades, habilidades y, en algunos casos, experiencia para desempeñarse laboralmente. Y es que desde siempre ha existido la creencia de que las mujeres no pueden desempeñar labores en determinados puestos, sobre la base del desfasado estereotipo de ser el sexo débil.

Es por ello por lo que los ordenamientos jurídicos y ante el progreso normativo que ha supuesto los grandes avances del constitucionalismo, se haya terminado detectando una discriminación que si bien parecía oculta en un pasado hoy en día con la implantación del principio de igualdad se ha evidenciado. En el caso peruano una medida reactiva que ha marcado un punto de inflexión ante la discriminación es la Ley n.º 26772, una norma que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato.

El contenido del texto normativo dotado de una concisión y una claridad sin precedentes señala que, las ofertas de empleo en Perú no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, basado, entre otros, en el sexo de los postulantes.

Gracias al contenido que ofreció esta norma, se manda un mensaje para las empresas de con la prohibición de realizar o de efectuar convocatorias de empleo discriminatorias.

¹⁴ Interesante cuestión y respuesta plantea Castilla de Cortázar. B. ¿Son compatibles trabajo y paternidad? Simone de Beauvoir y con ella muchas otras personas han pensado que lo realmente incompatible es maternidad y trabajo. Sin embargo, Evelyne Sullerot, en un polémico estudio (*Quels pères, quels fils*), y el inquietante análisis de *Fatherless America* de David Blankenhorn, demuestran que la sociedad padece un gran déficit de paternidad. ¿Qué relación existe entre trabajo, maternidad y paternidad?

Por ello y como señala el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo n.º 019-2006-TR, art.31.3, es considerada una infracción muy grave en materia de empleo y colocación la publicidad y realización, por cualquier medio de difusión, de ofertas de empleo discriminatorias, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus VIH o de cualquiera otra índole.

Desde un punto de vista práctico y a pesar de la redacción del precepto las leyes informales del mercado siguen condicionando la conducta de los empresarios por lo que hoy sigue siendo una nota habitual en la práctica empresarial, publicar en los términos de la ley las ofertas de empleo y una vez pasada la etapa del proceso de selección de postulantes, la discriminación se hace presente al momento de la elección del trabajador que va a ser contratado, lo que resulta difícil de fiscalizar.

La Ley n.º 26772 considera también una práctica discriminatoria el hecho de que una empresa otorgue un trato salarial diferente a hombres y mujeres que cumplan los mismos requisitos de acceso al empleo y que desarrollen las mismas labores, lo que guarda relación con los alcances que se desarrollan en el numeral siguiente.

En España, los estereotipos de empleo durante el proceso de contratación han sido un tema de discusión debido a su impacto en la equidad laboral y la inclusión. Estas percepciones preconcebidas sobre el género, la edad, el origen étnico, la situación familiar, y otros factores siguen afectando en la práctica y al igual que en Perú a la selección de candidatos. Por ello se hace necesario adoptar medidas para combatir los estereotipos en la contratación siendo fundamental que los empleadores reciban formación sobre los sesgos inconscientes y la importancia de la diversidad.

En este sentido es necesario fomentar políticas de igualdad basadas en medidas que aseguren una contratación justa y equitativa, como las cuotas de género o la evaluación anónima de currículums, también se hace necesario implementar políticas de conciliación y flexibilidad que permitan a personas de diferentes circunstancias familiares y personales integrarse sin prejuicios en el mercado laboral. Y también y como eliminar los estereotipos en la contratación en España es crucial para fomentar un mercado laboral más justo y competitivo, donde las capacidades y méritos sean el principal criterio de selección. En definitiva, la igualdad es una necesidad vital del alma humana, se hace acreedora del reconocimiento público, general, efectivo, expresado realmente por las instituciones y las costumbres, de que la misma cantidad de respeto y consideración es debida a todo ser humano, porque el respeto se deba al ser humano como tal y no tiene grados. Por tanto, las inevitables diferencias entre los hombres jamás deben tener el significado de una diferencia en el grado de respeto”¹⁵.

5. NOTAS COMPARATIVAS DE LA EFICACIA DE LOS REGÍMENES ESPAÑOL Y PERUANO EN LA PROMOCIÓN DE LA CONCILIACIÓN LABORAL Y VIDA FAMILIAR

Supone un desafío la elaboración de notas comparativas de la eficacia de los regímenes de estos dos países hermanos en la promoción de la conciliación laboral vida familiar. Y es

¹⁵ Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano, edición y estudio preliminar, “Filosofía social y del trabajo y crítica de la política en Simone Weil”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, p. 18.

aquí donde la problemática podría ser extensible a otros países ya no solo de habla latina sino también de origen sajón.

En definitiva es reseñable como dato que Perú acorde con las normas internacionales que ha suscrito y siguen vigentes y al amparo de su Constitución, mediante la Resolución Ministerial N.º 048-2014-TR, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobó la “Guía de buenas prácticas en materia de conciliación del trabajo y la vida personal y familiar”, con la finalidad de promover entre empleadores y trabajadores la adopción de prácticas voluntarias o acuerdos que permitan dicha conciliación.

Teniendo por objeto el teletrabajo¹⁶ este es un ejemplo de medidas que para su consecución consiguen promocionar un equilibrio entre las actividades realizadas en los ámbitos personal, familiar y laboral de los trabajadores que lo desarrollan.

Además, es reseñable que con la vigencia del Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021 mediante Decreto Supremo N.º 003-2016-MMP, su Política 3 hizo posible el fomento de las responsabilidades familiares compartidas y de la conciliación de la vida familiar y el trabajo.

Antes de etapa prepandémica, en 2018 el gobierno emitió el Decreto Legislativo N.º 1408 para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias¹⁷, algo que ha conseguido la conciliación del trabajo y la vida familiar se fomenten básicamente a través de la concesión de determinadas licencias y permisos, así como la incorporación de algunos servicios y la adopción de acuerdos en los centros laborales del sector público y privado.

“Entre ellos se encuentran: la licencia pre y postnatal para la mujer, el permiso por lactancia materna, la licencia por paternidad para el varón, la licencia por enfermedad de algún familiar a cargo, la posibilidad de acordar el teletrabajo para el desarrollo de las actividades laborales o el traslado de un servidor público por reasignación o cambio del lugar de residencia; el establecimiento de cunas y guarderías (denominadas wawa wasis) para el cuidado de los hijos pequeños, así como de lactarios para la extracción y conservación de la leche materna. En su mayoría se trata de aspectos relacionados principalmente con el cuidado y la atención de las necesidades de los hijos durante sus primeros años de vida.

Respecto a la situación laboral femenina en Perú, un total de 5'839,600 mujeres han constituido la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada durante el julio-agosto-setiembre de este año, de acuerdo con el último Informe Técnico sobre Comportamiento trimestre de los indicadores de mercado laboral a nivel nacional, publicado en noviembre de este año por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Adicionalmente, dicho Informe menciona que durante el período comprendido entre octubre 2019-setiembre 2020, el empleo formal en áreas urbanas ha estado ocupado por 1.383,000 mujeres y el empleo informal por 3.414,100.¹⁸

En España a pesar de que las dificultades de conciliación han aumentado durante las últimas décadas, sigue existiendo una insuficiencia de servicios y recursos públicos

¹⁶ Un ejemplo es el Reglamento de la Ley N.º 30036 que regula el teletrabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 017-2015-TR, incluyó esta figura.

¹⁷ Un precepto normativo cuyo artículo 10 incluye disposiciones relativas a la conciliación de la vida familiar y el trabajo. En ese sentido, ordena al Estado y a las empresas a implementar normativas y acciones concretas orientadas a impulsar esta figura en el país; y establece que todo servicio a implementarse en beneficio de la mujer trabajadora o sus menores hijos debe adecuarse a los criterios establecidos por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

¹⁸ Eyzaguirre Rivas, R. P. Apuntes de Bioética Vol. 3 Núm. 2 (2020): Apuntes de Bioética Vol. 03. N.º 2, 81-90 Biojurídica, Biopolítica y Derechos Humanos. <https://revistas.us>

para abordar adecuadamente las demandas de cuidado. Es por ello que algunos núcleos familiares como los migrantes tengan dificultades de acceso a recursos de conciliación, especialmente los cada vez crecientes colectivos marginados que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad en un nivel de ranking superior al de otros países europeos.

No obstante, la Ley de Familias ha supuesto un avance hacia la conciliación familiar y laboral. La manera más directa en que este Real Decreto-ley 5/2023 o la nueva Ley de Familia afecta a las empresas es en la batería de permisos y derechos laborales que introduce o amplía con más intensidad que el Sistema Peruano. Entre ellos, el derecho a la adaptación de jornada con medidas como la flexibilidad horaria y el teletrabajo, que está también regulado en la conocida como Ley de teletrabajo.

Una de las novedades más importantes que introduce el Real Decreto-ley 5/2023 para la conciliación de la vida laboral y familiar es la ampliación de algunos permisos retribuidos, es decir, aquellos de los que puede disfrutar una persona percibiendo su salario habitual.

En este sentido, con la nueva Ley de Familias 2023 se amplía tanto el ámbito de los familiares que dan derecho a ausentarse del trabajo como el tiempo de disfrute permitido. En el caso de matrimonio o, como novedad, registro de pareja de hecho, se pueden disfrutar de 15 días naturales. También se amplía el permiso por accidente, enfermedad grave, hospitalización, intervención quirúrgica o reposo domiciliario a la pareja de hecho o sus familiares consanguíneos, así como a cualquier otra persona que conviva en el mismo domicilio. Antes solo daban derecho el cónyuge o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad por matrimonio.

En cuanto al permiso por fallecimiento de familiar, entra también la pareja de hecho y sus familiares consanguíneos. En este caso corresponden 2 días y si se requiere de un desplazamiento, 2 días adicionales. Por último, se conceden 4 días para ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que requieran de su presencia inmediata e indispensable. Estas horas de ausencia serán retribuidas siempre que no sobrepasen 4 días al año y el motivo de la ausencia debe estar acreditado¹⁹.

Otras de las diferencias en cuanto a eficacia legislativa es la instauración de un controvertido y no retribuido permiso parental de 8 semanas a las personas trabajadoras para el cuidado de un hijo o menor acogido por un tiempo superior al año. Este derecho individual intransferible entre progenitores podrá disfrutarse hasta el momento en el que el menor cumpla 8 años a tiempo completo o parcial, de forma continuada o no.

“Otro signo de eficacia del Sistema español viene dado por la ampliación de la reducción de jornada por cuidados a través de la redacción del art. 37.6 del Estatuto de Trabajadores. Al respecto, el texto reconoce para algunas personas el derecho de reducir la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario, entre al menos un octavo y como máximo la mitad de la jornada. Con las nuevas medidas de conciliación del Real Decreto-Ley se amplían las personas que pueden acogerse a esta reducción de jornada. Así, podrán hacerlo quienes tengan que encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad del cónyuge o pareja de hecho, incluido el familiar de la pareja de hecho siempre que no existan otros familiares por consanguinidad directa. Asimismo, se amplía el derecho a la reducción de jornada para el

¹⁹ Rescatado de: <https://www.cegid.com/ib/es/blog/como-afecta-la-nueva-ley-de-familias-a-las-empresas/>

cuidado de hijos o personas a cargo con una discapacidad superior al 65% menores de 26 años que tengan cáncer u otra enfermedad grave, diagnosticado antes del cumplimiento de su mayoría de edad y siempre que esta condición se acredite antes de cumplir los 23 años”²⁰.

6. CONCLUSIONES

- El derecho a la conciliación del trabajo y la vida familiar en los ordenamientos español y peruano ofrecen diferentes protecciones jurídicas y pese a existir en ambos regímenes un garantismo constitucional y un desarrollo legislativo dirigido a la salvaguarda en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres aún queda un gran camino normativo que recorrer.
- Para hacer frente a la problemática de la conciliación, es necesaria la participación activa de todos los sectores de la sociedad, incluyendo instituciones públicas, empresas y organizaciones sociales en ambos países, es esencial para lograr un cambio efectivo y duradero.
- En España las mujeres aún cargan con una mayor parte de las responsabilidades familiares, lo que puede dificultar su progreso profesional. En algunos sectores, se valora el estar disponible 24/7 o el exceso de horas, lo que hace difícil conciliar.
- A pesar de los grandes avances en materia de conciliación, en España debe promoverse un bloque de medidas dirigidas a facilitar a los cada vez más crecientes colectivos marginados el acceso a servicios que fomenten la racionalización y flexibilización de horarios, la conciliación.
- El caso peruano ante la carga desproporcionada de las tareas de cuidado que asumen las mujeres, y los estereotipos de género que favorecen su incorporación a unas pocas ocupaciones tradicionales poco vinculadas a los sectores más dinámicos de la economía, esta protección jurídica aún es insuficiente para mejorar cuantitativa y cualitativamente los derechos laborales de la mujer, ya que pese haber disminuido formas flagrantes de discriminación y violencia en el trabajo muchas aún se mantienen y otras han tomado nuevas formas o manifestaciones menos visibles.
- Pese a que en los últimos años se ha incrementado el número de dispositivos legales que buscan erradicar la desigualdad contra la mujer, el Perú registra una de las tasas más elevadas a nivel mundial de este mal social. Las normas, los planes y las campañas del gobierno, no vienen dando los resultados esperados.
- La legislaciones española y peruana debe tener como metas mejorar cuantitativa y cualitativamente los derechos laborales de mujeres y hombres, ya que pese a la disminución de las situaciones de discriminación y violencia en el trabajo han desaparecido, aparecen nuevas formas o manifestaciones menos visibles

7. BIBLIOGRAFÍA

Blasco Pellicer, A.: “El tratamiento convencional del derecho de adaptación y distribución de la jornada por conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, Propuestas para la igualdad de

²⁰ La controversia radica en querer darle una nueva motivación al trabajador con la no retribución, aunque, no obstante, el empresario tiene después la obligación de darle continuidad a su contrato.

género en los procesos de negociación colectiva, Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016, p. 363.

Casas Baamonde, M.E.: “Prólogo. Conciliación y corresponsabilidad”, Rodríguez Rodríguez, E. y Martínez Yañez, N.M. (Dir.): Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro Bosch, Barcelona, 2021, pp. 19-20.

Eyzaguirre Rivas, R. P. Apuntes de Bioética Vol. 3 Núm. 2 (2020): Apuntes de Bioética Vol. 03. N.º 2, 81-90 Biojurídica, Biopolítica y Derechos Humanos. <https://revistas.us>

Monereo Pérez, J.L. Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general. (2023). Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, 9, 11-33.

Molina Navarrete, C.: “Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías”, Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 441, 2019, p. 15.

Gorelli Hernández, J.: “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar y personal: el RD-Ley 6/2019”, El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, p. 132.

Nieto rojas, P.: “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023”, Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, núm. 7, 2023, p. 87.

Ortega Lozano, P.G. El sistema de servicios sociales Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum Número Extraordinario 2023. Parte tercera. Protección social de las personas con discapacidad ISSN: 2386-7191 – ISSN: 2387-0370

Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano, edición y estudio preliminar, “Filosofía social y del trabajo y crítica de la política en Simone Weil”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, p. 18.

<https://www.wolterskluwer.com/es-es/expert-insights/conciliacion-familiar-laboral>

<https://www.cegid.com/ib/es/blog/como-afecta-la-nueva-ley-de-familias-a-las-empresas/>

**LA FLEXIBILIDAD HORARIA COMO FORMA DE
PRECARIZACIÓN LABORAL: LA NECESIDAD DE UNA
DESCONEXIÓN DIGITAL REAL***

JAIME ROMÁN-LEMON

*Doctorando en Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

jroman1@us.es

Orcid: 0000-0001-6537-647X

SUMARIO:

1. LA PRECARIEDAD COMO VÍA DE MANTENIMIENTO DEL SISTEMA EN EL SIGLO XXI.
2. LA FLEXIBILIDAD HORARIA COMO NUEVA FORMA DE (SEMI)ESCLAVITUD
3. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES DERIVADOS DE UNA (INADECUADA) FLEXIBILIDAD HORARIA
4. PRINCIPALES CONSECUENCIAS EN LA REALIDAD
5. LA NECESIDAD DE UNA DESCONEXIÓN DIGITAL REAL
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

* Esta publicación es parte del proyecto I+D+I PID2022-141201OB-I00, “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España” (TRABEXIT), financiado por el MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

EXTRACTO:

En los tiempos más recientes, venimos siendo testigos de cómo el gran logro de la flexibilidad horaria en el trabajo se está convirtiendo, en la realidad, en la gran mentira de la flexibilidad horaria. Una medida que, lógicamente, resulta útil en diversas situaciones para garantizar los derechos de los trabajadores, está degenerando en una suerte de nueva forma de control por los empleadores gracias a las tecnologías de la comunicación, provocando una cada vez más difícil separación entre la vida personal y laboral de los operarios; esto es, precisamente el efecto contrario de una de las mayores demandas de la sociedad en las últimas décadas.

De esta manera, nos hallamos frente a trabajadores incapaces de disfrutar de un descanso real cuando no se encuentran trabajando, generándose en ellos signos de agotamiento y sentimientos de frustración, fruto de los riesgos psicosociales derivados de dicha situación. Es aquí donde deviene fundamental conseguir una desconexión digital real de los operarios, de manera que se garantice el ya clásico derecho al descanso reconocido en nuestro ordenamiento, pero que debe quedar verdaderamente adaptado a la realidad que vivimos en la actualidad.

1. LA PRECARIEDAD COMO VÍA DE MANTENIMIENTO DEL SISTEMA EN EL SIGLO XXI

En los últimos años se han instalado en el vocabulario habitual expresiones que, supuestamente, han surgido de “nuevas realidades” que mejoran nuestra vida, pero que, nada más lejos de la realidad, lo que están logrando es justificar una precariedad que empieza a ser bastante preocupante: el *cohousing* (que mejora la convivencia vecinal mientras desarrolla nuestras habilidades sociales, generalmente favoreciendo el envejecimiento activo; aunque en el fondo es una respuesta a un mercado inmobiliario en el que numerosas personas no pueden permitirse acceder al concepto de vivienda clásico), el *coliving* (pensado para gente más joven y con otro tipo de actividades, aunque realmente sea producto de la misma realidad), el *coworking* (gracias al cual empresarios y trabajadores pueden trabajar codo con codo, apoyarse y establecer nuevos vínculos laborales; aunque en esencia vuelve a ser una no-solución al problema del alquiler de locales y espacios destinados al trabajo), el *coplaces* (que aúna *coliving* y *coworking*, llevando estos conceptos al extremo), el *staycation* (que implica quedarse en casa durante las vacaciones porque “nos ayuda a desconectar en nuestro entorno habitual”, y que aunque a quien suscribe no le disgusta, para muchas personas no supone más que la realidad de no poder permitirse viajar por su situación económica), etc. Todos estos conceptos, que no dudo que a ciertas personas o colectivos sí puedan ayudar¹, se han venido vendiendo en términos generales como nuevas concepciones que benefician a cualquier individuo, pero que, como ya adelantábamos, en muchas ocasiones no vienen más que a ocultar situaciones de precariedad que vivimos debido a la difícil situación económica que estamos atravesando. Es decir, se plantean como verdaderos sofismas que intentan tapar la realidad y que convierten situaciones insostenibles en “oportunidades”, ocultando la realidad que las rodea.

Pues bien, en el mundo laboral hay un término que viene siendo estudiado desde hace bastante tiempo, pero que ha tomado especial relevancia en los últimos años, y que, al

¹ Sobre todo a personas mayores con problemas de soledad, residencia y atención a sus diversas necesidades; esta fue la principal idea del nacimiento del *cohousing* para mayores en Dinamarca ya en 1964. Gummà Serra, E. & Castilla Mora, M. R., “*Cohousing* de personas mayores. Un recurso residencial emergente”, en *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, nº 59/2017, p. 54.

menos a nuestro entender, se está pareciendo cada vez más, muy a nuestro pesar, a esos sofismas que antes mencionábamos: la flexibilidad. Expresión que nació para paliar la excesiva rigidez del mercado de trabajo y el alto nivel de desempleo², especialmente en los años 80 y 90 (con el gran *boom* de las tecnologías) y que, actualmente, se considera clave para la conciliación laboral, familiar y social/personal, pero que en los últimos tiempos está siendo empleada como una realidad que lleva a todo lo contrario: una cada vez mayor dificultad de los operarios para separar su vida laboral de la personal y familiar, estableciéndose situaciones que merman la libertad de la persona trabajadora, afectan a su dignidad como ser humano y generan riesgos psicosociales que pueden derivar en consecuencias nefastas para las personas.

Estamos tratando de convertir un sistema insostenible en uno sostenible mediante la justificación de situaciones precarias, aprovechándonos de personas que, en muchas ocasiones, no tienen otra elección (permítanme mi escepticismo sobre el libre albedrío), tornándose la precariedad en elemento habitual de la vida cotidiana de muchas personas, también en el modelo de trabajo actual.

2. LA FLEXIBILIDAD HORARIA COMO NUEVA FORMA DE (SEMI) ESCLAVITUD

En la actualidad, la flexibilidad horaria se ha convertido en una medida muy apreciada por las empresas e, igualmente, por los propios trabajadores. Así, la medida laboral más valorada por un 65% de operarios españoles es la posibilidad de unos horarios flexibles³. Ello, principalmente, porque siempre se valoran las consecuencias más positivas: conciliación familiar y personal, libertad para entrar y salir del trabajo, facultad de trabajar en horarios distintos según el día de la semana, etc. Ciertamente, resultados muy adecuados que parecen conceder una mayor libertad a los trabajadores, especialmente en esta época de trabajos digitales que permiten a muchos operarios el trabajo desde sus domicilios⁴, lo que hace que esos mecanismos de conciliación resulten incluso más efectivos.

Pero, ¿tan malos son la presencialidad y los horarios fijos? Es evidente que, para las empresas, es importante tener cierta maleabilidad para ajustarse a las necesidades del mercado, y así lo reconoce el ET⁵. Y para los trabajadores, acabamos de ver las principales ventajas de un horario flexible y la posibilidad de trabajar desde sus casas. Sin embargo, debemos tener en cuenta que no es oro todo lo que reluce y, de hecho, ya son numerosas las empresas que consideran una vuelta al trabajo presencial⁶ (o, al menos, a un modelo

² Vid., por todos, Chávez Ramírez, P. I., “Flexibilidad en el mercado laboral: orígenes y concepto”, en *Aportes Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*, vol. VI, nº 017/2001, ps. 57-74.

³ Infojobs, Nota de prensa, Madrid, 15 de enero de 2024, disponible en <https://nosotros.infojobs.net/wp-content/uploads/2024/01/Casi-dos-tercios-de-los-trabajadores-espanoles-da-importancia-a-la-flexibilidad-horaria.pdf>

⁴ “En el cuarto trimestre [de 2023] se contaron 3,06 millones de personas que trabajaron al menos ocasionalmente desde su hogar, cifra que es un 19,4% más alta que la de un año antes”, cantidad todavía inferior a los picos máximos alcanzados entre 2020 y 2021, pero que prácticamente duplica a la cantidad de teletrabajadores que existían antes de la pandemia Covid. The Adecco Group Institute, “Monitor Adecco de Oportunidades y Satisfacción en el Empleo”, febrero de 2024, disponible en: <https://www.adeccoinstitute.es/wp-content/uploads/2024/02/Monitor-opportunidades-y-satisfaccion-2024.pdf>

⁵ El art. 34.2 ET permite la distribución irregular del 10% de la jornada de trabajo a lo largo del año en defecto de pacto con los representantes de los trabajadores, mientras que el art. 41 del mismo cuerpo legal prevé las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, recogiendo en su apartado 1.b) el horario y distribución del tiempo de trabajo.

⁶ Sánchez, L., “Los CEO españoles anuncian el final del teletrabajo y la vuelta a la presencialidad en los próximos tres años”, en *Economist & Jurist*, 17 de octubre de 2023, fecha de última consulta 2 de julio de 2024, disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/derecho-laboral-articulos-juridicos-destacados/los-ceo-espanoles-anuncian-el-final-del-teletrabajo-y-la-vuelta-a-la-presencialidad-en-los-proximos-tres-anos/>

híbrido), en tanto la concepción del trabajo *online* ha pasado de ser la de una forma ideal de prestación laboral a convertirse en una realidad de conexión permanente e invasión de la vida íntima⁷.

Al fin y al cabo, el control de los trabajadores siempre ha sido un claro objetivo de los empleadores, que no debe solaparse con los derechos de los operarios. Videovigilancia, datos biométricos, informes... desde siempre ha existido una (peligrosa en el extremo, pero entendible en el ámbito del control empresarial) vocación de examen de los trabajadores en el desarrollo de sus funciones por parte de las empresas, que en los últimos años está compaginando diferentes regulaciones: art. 20.3 ET, normativa de protección de datos, reglamento de inteligencia artificial, etc. De tal modo que, al final, “la licitud de las medidas que adoptan las empresas depende de su idoneidad y necesidad, así como de su proporcionalidad, en términos de valoración de la ventaja obtenida por la empresa frente a la merma de derechos fundamentales del trabajador”⁸. Y, a nuestro modo de ver, un mayor control empresarial, con evidente merma de derechos fundamentales, es lo que se ha propiciado con la cada vez más aceptada flexibilidad horaria. Ello en tanto las famosas cláusulas de salvaguarda (salvo causa de fuerza mayor, por necesidades organizativas de la empresa, etc.), junto a la falta de mecanismos reales que garanticen el descanso del trabajador, provocan una sensación en los trabajadores de necesidad de disponibilidad constante, resultando cada vez más difícil la separación entre vida laboral y vida familiar o social⁹.

Todo esto conduce, como sugiere el nombre del presente apartado, a un estado de esclavitud (o, al menos, “semiesclavitud”) de numerosas personas que, si bien pueden contemplar en su contrato de trabajo un horario que les parece adecuado, acaban en una situación de hiperconectividad, recibiendo mails fuera de dicho horario, pendientes de su teléfono móvil por si su superior o algún compañero requiere sus servicios y otras situaciones similares que, desde nuestro punto de vista, las posiciona en una “jornada de trabajo de 24 horas al día”, con los evidentes riesgos que ello conlleva para la salud de los individuos, además de una disminución de la productividad y un evidente ataque a los derechos fundamentales de las personas, de manera que “el trabajador que usa las nuevas tecnologías, generalmente de media y alta cualificación, puede terminar convirtiéndose en el nuevo esclavo tecnológico del siglo XXI, como si la historia estuviese condenada a repetirse”¹⁰. Al fin y al cabo, en términos de conciliación, no se concibe ya hoy una distribución igualitaria entre tiempo de trabajo y vida personal¹¹, sino un equilibrio acorde a la persona, su etapa vital, sus circunstancias personales y las metas individuales¹².

⁷ Ruiz González, C. M., “La salud laboral en el entorno de las prestaciones a distancia. Nuevo marco normativo”, en Marín Alonso, I.; Igartua Miró, M. T. & Solís Prieto, C. (dirs.), *Digitalización, desarrollo tecnológico y Derecho del trabajo: nuevas perspectivas de sostenibilidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 371.

⁸ Crespo Pascual, A., “La intimidad del trabajador vs. la libertad de empresa”, en *Alumni CEF- UDIMA*, 28 de julio de 2022, disponible en: <https://acef.cef.es/intimidad-trabajador-libertad-empresa>.

⁹ Es lo que se denomina “efecto *blurring*”. Serrano Argüeso, M., “Conciliación corresponsable y trabajo digital e inteligente: no es fácil, pero es posible”, en Rodríguez Fernández, M. L. (dir.), *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 127. El término procede del vocablo inglés “*blur*”, que significa borroso o difuminado, haciendo alusión a esa falta de claridad o distinción en los límites entre lo personal y lo laboral (una barrera difusa).

¹⁰ Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, en *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n° 16/2016.

¹¹ Rechazándose cada vez más la clásica conquista del movimiento obrero a finales de los años 1800 de las 8 horas de trabajo, 8 de ocio y 8 de descanso.

¹² Orellana Clemente, M. & Ayuso Muñoz, J. A., “La conciliación laboral en AON: hacia nuevos modelos de trabajo basados en la flexibilidad y confianza”, en López Álvarez, M. J. (coord.), *Conciliación familiar a la medida: un desafío empresarial en el marco de la Agenda 2030*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2023, p. 268.

3. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES DERIVADOS DE UNA (INADECUADA) FLEXIBILIDAD HORARIA

Como venimos mencionando, en no pocas ocasiones el horario del trabajador no se respeta, alargándose la jornada laboral del mismo, con los riesgos psicosociales asociados que ello conlleva para la persona trabajadora. Y es que el *working anytime, anywhere* que con tanta positividad se ha usado para defender la necesidad de un horario laboral flexible, fácilmente puede convertirse en un *working everytime, evrywhere*¹³.

Ya en el año 2000 se prestaba especial atención al horario de trabajo como importante fuente generadora de riesgos psicosociales, considerándose peligrosa la falta de flexibilidad horaria pero, a su vez, el trabajo a turnos o aquel que se alejaba en exceso del horario tradicional de trabajo¹⁴. No en vano, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo sitúa como primer ejemplo de las condiciones de trabajo que conllevan riesgos psicosociales las cargas de trabajo excesivas¹⁵. Así se reconoce también en España, de acuerdo con el Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales¹⁶, y en la Nota Técnica de Prevención 1122, referida concretamente a los factores de riesgo psicosocial ante un uso inadecuado y no planificado de las tecnologías de la información y la comunicación en relación con el tiempo de trabajo¹⁷.

La OIT y la OMS definieron los riesgos psicosociales como “las interacciones entre el medioambiente de trabajo, el contenido del trabajo, las condiciones de organización y las capacidades, las necesidades y la cultura del trabajador, las consideraciones personales externas al trabajo que pueden, en función de las percepciones y la experiencia, tener influencia en la salud, el rendimiento en el trabajo y la satisfacción laboral”¹⁸, de modo que no deben confundirse con los factores de riesgo psicosocial, sino que derivan de su exposición a estos. En otras palabras, “El «riesgo» es la combinación de la probabilidad de un evento de riesgo y la gravedad de dicho evento para la salud del trabajador. La relación entre factor de riesgo y riesgo es la exposición inmediata o a largo plazo”¹⁹. En cuanto a su tipificación, siguiendo la clasificación del Prof. Molina Navarrete (que reproduce la del Programa SOLVE de la OIT)²⁰, la hiperconexión o falta de desconexión pueden conducir a la generación del grupo de riesgos de estrés laboral, más concretamente del estrés en sí mismo, del tecnoestrés y del síndrome del trabajador quemado o *burnout*.

Así, efectivamente, el principal riesgo que puede apreciarse es, sin dudas, el más reconocido: el estrés laboral. Estrés laboral derivado de, como estamos analizando, dos de las principales dimensiones o factores de generación de los riesgos psicosociales, como

¹³ Vid. Serrani, L. & Tiraboschi, M. (eds.), *El sistema de protección social y prevención de riesgos laborales frente a la IV Revolución Industrial*, ADAPT University Press, 2021, ps. 93-120.

¹⁴ Vid. Cox, T., Griffiths, A. & Rial-Gonzalez, E., “*Work-Related Stress*”, en Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, Luxemburgo, 2000, ps. 68 y ss., disponible en: https://osha.europa.eu/sites/default/files/TE2800882ENC_-_Research_on_Work-Related_Stress.pdf

¹⁵ Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, “Riesgos psicosociales y salud mental en el trabajo”, disponible en: <https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-mental-health>

¹⁶ Disponible en: https://www.mites.gov.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf

¹⁷ Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1122w.pdf/baa93260-6840-4b9b-9abb-b6980b7f8f71>

¹⁸ Informe del Comité Mixto OIT-OMS de Medicina del Trabajo, “Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención”, en *Serie Seguridad, higiene y medicina del trabajo*, nº 56, Ginebra, 1986.

¹⁹ Forastieri, V., “Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral”, en *Boletín internacional de Investigación Sindical*, Vol. 8, nº 1-2/2016, p. 13.

²⁰ Molina Navarrete, C., “La salud mental y el bienestar psicológico en los nuevos contextos laborales”, en Serrani, L. & Tiraboschi, M. (eds.), *op. cit.*, p. 355.

son la sobrecarga cuantitativa y la falta de control sobre el trabajo²¹. Y es que debemos tener claro que el estrés no puede confundirse con desafío (distinguiéndose como se suele hacer comúnmente entre “estrés bueno” y “estrés malo”), importante e incluso necesario para el desarrollo del trabajador, sino que surge de una carga de trabajo que supera los recursos, competencias y capacidades del individuo en el trabajo²². Entendemos que podemos estar de acuerdo en que una situación de hiperconectividad constante supera las capacidades de cualquier individuo.

Esa necesidad de disponibilidad y las modernas formas de contacto (whatsapp, mail, etc.) o los nuevos tipos de trabajo en auge (teletrabajo, *riders*, etc.) deriva también en lo que conocemos como estrés tecnológico o tecnoestrés, en sus distintas concepciones: tecno-ansiedad, tecno-fatiga, tecno-adicción, sobrecarga tecnológica e invasión tecnológica²³. Sin desarrollar las distintas acepciones en esta ponencia, baste mencionar que, en sí mismo, el uso excesivo de dispositivos tecnológicos resulta perjudicial para la salud, por lo que su introducción en el trabajo no hace más que empeorar la situación, uniendo tecnoestrés y estrés laboral (en su concepción clásica) y derivando en trabajadores realmente desbordados en numerosas ocasiones.

Y, precisamente, un horario no fijo que ocasione que el trabajador esté disponible más tiempo del que debería, alargándose esta situación en el tiempo, conduce también a otro de los riesgos más estudiados en nuestro campo, relativo a ese desbordamiento al que hacíamos referencia: el *burnout* o síndrome del trabajador quemado. Es más, este suele considerarse justamente una respuesta al estrés laboral crónico²⁴, incluido en la 11ª edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS²⁵ y definido como un “resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado con éxito”, caracterizado por: “1) sentimientos de falta de energía o agotamiento; 2) aumento de la distancia mental con respecto al trabajo, o sentimientos negativos o cínicos con respecto al trabajo; y 3) una sensación de ineficacia y falta de realización”²⁶. Insistimos, pues, en la idea de que la hiperconexión a la que se ven sometidos los trabajadores con las tecnologías de la comunicación actuales es una de las principales causas de ese agotamiento definitivo del también denominado síndrome de desgaste ocupacional.

4. PRINCIPALES CONSECUENCIAS EN LA REALIDAD

Los principales resultados de este atoisgamiento parecen evidentes.

Por un lado, tenemos lo que vendrían a ser las dos caras de una misma moneda: el trabajador quemado frente al workaholic. Concepto este último que hace referencia a la adicción al trabajo: aunque en muchos casos depende de la persona y su forma de ser,

²¹ Cox, T., Griffiths, A. & Rial-Gonzalez, E., *op. cit.*, p. 67.

²² Cox, T. & Hassard, J., “*Work-related stress: Nature and management*”, en Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, última actualización 26 de enero de 2015, fecha de última consulta 23 de julio de 2024, disponible en: <https://oshwiki.osha.europa.eu/en/themes/work-related-stress-nature-and-management>

²³ Todolí Signes, A., “Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras”, en Molina Navarrete, C. & Vallecillo Gámez, M. R. (dirs.), *De la economía digital a la sociedad del e-work-decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 371, citando a Popma, J., “*The janus face of the “New ways of work”: Rise, risks and regulation of nomadic work*”, Working paper ETUI, 2013, Bruselas.

²⁴ Acosta, M.; Cruz, A. M. & Torres-Montaño, A. P., “*Burnout* y Estrategias de Afrontamiento en Personal de Atención en Salud en una Empresa Social del Estado Nivel 2”, en *Revista Colombiana de Salud Ocupacional*, Vol. 3, n° 4/2013, p. 16.

²⁵ Organización Mundial de la Salud (OMS), “Clasificación Internacional de Enfermedades, undécima revisión (CIE-11)”, 2019/2021, disponible en: <https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/es>

²⁶ <https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/es#129180281>

pueden existir estresores o demandas laborales que actúen como potenciadores (quizás podríamos decir que son factores de riesgo psicosocial), de manera que, al apreciar las personas dichas específicas demandas laborales en el puesto de trabajo, se multiplicarían las posibilidades de desarrollar *workaholism*²⁷. La falta de desconexión funcionaría pues como estresor que llevaría a las personas a convertirse en adictos al trabajo, produciéndose la paradoja de que esa misma adicción lleva al burnout, esto es, a un estado en el que el agotamiento es superlativo y la productividad se reduce.

Así, los trabajadores quemados continúan en aumento, llegando ese cansancio a trascender el entorno laboral²⁸, y habiéndose convertido la salud mental de los operarios en un tema fundamental, tanto para los individuos por la cada vez mayor preocupación por la salud y bienestar psicológicos, como para los empresarios (por la misma razón o, en algunos casos, simplemente porque no quieren que sus trabajadores disminuyan su productividad). No en vano, en España uno de cada cuatro trabajadores padece ansiedad y depresión, y casi la mitad sufren de estrés, habiéndose disparado la tasa de absentismo laboral²⁹.

Todo ello nos conduce a una cada vez mayor huida del mercado de trabajo de las personas³⁰, que en numerosos casos ven cómo se enfrentan a un mundo en el que los límites entre trabajo y vida personal apenas se respetan (o directamente no existen), y que buscan empleos que sí les permitan dicha conciliación (aunque sean menos cualificados) o directamente con unos horarios fijos que puedan cumplir para, durante el resto del tiempo, “olvidarse del trabajo”. Y es que, en los tiempos actuales, hay una cada vez mayor y más evidente exigencia de disfrute de la vida personal, quedando atrás concepciones como que el trabajo es símbolo de estatus social o que las personas se sienten comprometidas o identificadas con sus empresas, llegando incluso al extremo de que los individuos rechazan puestos de responsabilidad para poder compaginar de una manera más adecuada la vida personal y laboral³¹. En definitiva, no se busca el término clásico de conciliación, el tradicional cuidado de hijos o personas mayores dependientes; hoy día se pretende conciliar “para disfrutar del autocuidado en su sentido más amplio

²⁷ Castañeda Aguilera, E., “Adicción al trabajo (workaholism). Patología psicosocial del siglo XXI”, en *Salud de los Trabajadores*, Vol. 18, nº 1/2010, p. 58.

²⁸ Vid. Alpañés, E., “La era del gran agotamiento: cómo el trabajo consume nuestra energía y hasta nuestro ocio”, en *El País*, 28 de mayo de 2024, fecha de última consulta 27 de julio de 2024, disponible en: <https://elpais.com/salud-y-bienestar/2024-05-28/la-era-del-gran-agotamiento-como-el-trabajo-consume-nuestra-energia-y-hasta-nuestro-ocio.html#>

²⁹ Sánchez-Silva, C., «Las empresas están enfermas y cada vez hay más trabajadores quemados: “Están aumentando las bajas por casos de salud mental”», en *El País*, última actualización 7 de julio de 2024, fecha de última consulta 23 de julio de 2024, disponible en: https://elpais.com/economia/negocios/2024-07-10/la-empresa-esta-enferma.html#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=17200371337967&csi=0&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Felpais.com%2Feconomia%2Fnegocios%2F2024-07-10%2Fla-empresa-esta-enferma.html

³⁰ En el año 2023 se vivió en España un récord de 2,8 millones de renuncias, número que parece que puede ser superado este año. Aunque haya que prestar atención a los diferentes tipos de contratos y condiciones, la mayoría de esas renuncias correspondían a trabajadores con contratos indefinidos. Esteban, J., “La ‘España que dimite’ se impone: el mercado laboral sumó 841.041 renuncias en el primer cuatrimestre”, en *elEconomista.es*, 5 de junio de 2024, fecha de última consulta 23 de julio de 2024, disponible en: https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12849809/06/24/la-espana-que-dimite-se-impone-el-mercado-laboral-sumo-841041-renuncias-en-el-primer-cuatrimetre.html#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=17176232762305&csi=0&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Fwww.eleconomista.es%2Feconomia%2Fnoticias%2F12849809%2F06%2F24%-2F1a-espana-que-dimite-se-impone-el-mercado-laboral-sumo-841041-renuncias-en-el-primer-cuatrimetre.html

³¹ Un fenómeno que se está conociendo bajo el nombre de “*quiet ambition*” o ambición silenciosa. Pinilla, A., “‘Quiet ambition’: ¿por qué la gente ya no quiere ascender y no relaciona el éxito con el trabajo?”, en *Business Insider*, 20 de mayo de 2024, fecha de última consulta 17 de julio de 2024, disponible en: <https://www.businessinsider.es/quiet-ambition-gente-ya-no-quiere-ascender-no-relaciona-exito-trabajo-1381527>

[...] No se trata de tener una necesidad de conciliación tanto como de tener la opción de conciliar para aquello que se desee³².

En suma, pues, “no se quiere depender de éste [el mercado de trabajo], del tipo de trabajos que ofrece, de los niveles salariales y de calidad del empleo que ofrecen. Se huye de las empresas, sectores y empleos que las personas perciben como poco deseables, por el empleo que ofrecen y las expectativas sobre éste³³. Todo lo cual nos sitúa en la situación actual en la que tantos individuos aspiran a convertirse en funcionarios del Estado, pues “en España se constata una preferencia generalizada por el empleo público, que se considera de mayor calidad. La entrada en el mercado de trabajo se dirige cada vez más hacia este sector; como también las transiciones profesionales, tras etapas de empleo privado. Los inconvenientes tradicionalmente vinculados a esta opción, dificultades de acceso y menor retribución, se ven hoy compensadas por sus ventajas en términos de estabilidad y derechos laborales (incluso salariales, ante el empeoramiento de la situación en el sector privado)³⁴.”

5. LA NECESIDAD DE UNA DESCONEXIÓN DIGITAL REAL

Ya nos ha quedado claro que “un conjunto de factores tecnológicos y organizativos pero, también sociopolíticos han dado lugar a un desbordamiento de esas coordenadas clásicas, rígidas y dicotómicas de tiempo de trabajo o tiempo de descanso³⁵. Uno de los mejores métodos para preservar la salud de los trabajadores y evitar esa hiperconectividad y disponibilidad constante que impida una separación entre vida laboral y personal es una adecuada desconexión digital, de manera que se interrumpa el flujo entre aparatos o entre personas y aparatos³⁶. La necesidad de un nuevo enfoque del tiempo de trabajo conlleva, a su vez, a la urgencia de un efectivo derecho a la desconexión³⁷.”

5.1. La desconexión digital

Aunque pueda existir cierto debate en torno a la necesidad de positivizar este derecho, al estar ya reconocido el tiempo máximo de jornada y el tiempo de descanso en el art. 34 ET³⁸, entendemos que efectivamente, y dados los tiempos actuales, es totalmente necesario. El tiempo o derecho de descanso clásico tenía cabida en una sociedad en la que el operario acudía al lugar de trabajo y, fuera de este, era realmente difícil contactar con el mismo (salvo contadas excepciones, como ya se preveía en la Ley relativa al contrato de trabajo de 1931³⁹, cuyo art. 81 especificaba que las advertencias sobre la conducta del trabajador fuera del trabajo “no tendrán efectividad más que en lo que puedan afectar a

³² Orellana Clemente, M. & Ayuso Muñoz, J. A., *op. cit.*, p. 269.

³³ Rodríguez-Piñero Royo, M., “La Ley de Empleo y las personas: reflexiones a partir de la idea de Trabexit”, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº Extra 1 (Monográfico)/2023, p. 13.

³⁴ Rodríguez-Piñero Royo, M., “El contexto: La huida del mercado de trabajo”, en *Iuslablog*, disponible en: <https://grupo.us.es/iwpr/el-contexto-la-huida-del-mercado-de-trabajo/>

³⁵ Basterra Hernández, M., “Propuestas estratégicas para enfocar el tratamiento del tiempo de trabajo”, en Blasco Jover, C. (dir.), *Trabajo y digitalización: avances y retos para el dialogo social y la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2024, p. 236.

³⁶ Requena Montes, Ó., “Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva”, en *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 10, nº 2/2020, p. 548.

³⁷ Mitrus, L., “The major risks to health and safety in employment relations in the information age”, en Palma Ramalho, M. R.; Carvalho, C. & Nunes Vicente, J., *Trabalho na Era Digital: Que Direito? | Work in a Digital Era: Legal Challenges*, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 218.

³⁸ Larrazabal Astigarraga, E., “El «boom» del trabajo a distancia y el espejismo de la desconexión digital”, en AA. VV., *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2020, p. 112.

³⁹ Gaceta de Madrid, nº 326, 1931, ps. 1130-1138.

éste, o al buen orden y moralidad de la casa del patrono, si el obrero habitara en ella”). Sin embargo, en la actualidad, con las tecnologías de comunicación que existen y que permiten un contacto constante entre empresarios y trabajadores, deviene indispensable una adecuada regulación del uso de dichos medios comunicativos. Quizás no deje de ser una ramificación del derecho al descanso, pero, a la vez y paradójicamente, puede considerarse desde nuestro punto de vista un derecho nuevo e independiente, que nace como consecuencia del uso habitual de las nuevas tecnologías en las empresas.

De hecho, es por todos sabido que nos encontramos ante una reconfiguración del entorno de trabajo que, en muchos casos, acaba con la dinámica tradicional del trabajo en las oficinas e instalaciones de la empresa⁴⁰. La desconexión digital, efectivamente, “surge como una necesidad ante las consecuencias negativas derivadas del uso de la tecnología que, traspasando la frontera de lo laboral, afectan especialmente a la esfera personal”⁴¹ y, de este modo, “la finalidad del derecho a la desconexión digital [...] es limitar el uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica de trabajo para garantizar los tiempos de descanso, festivos y vacaciones y también asegurar una correcta protección de la salud de la persona trabajadora [...] mejorando a su vez el clima laboral y la calidad del trabajo y favoreciendo los derechos de conciliación de la vida personal y laboral”⁴².

Así, la desconexión digital se concibe en España como un derecho que ha encontrado sus máximas expresiones en el art. 88 LOPDGDD⁴³, el art. 20 *bis* ET⁴⁴ y, para el ámbito concreto del teletrabajo, el art. 18 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia⁴⁵.

Si observamos esos tres artículos, vemos aspectos positivos, pero también negativos. En el “lado bueno” de balanza, como antes adelantamos, hay ya un reconocimiento real del derecho a la desconexión, que queda reflejado en los citados preceptos, aludiendo

⁴⁰ Serrani, L. & Tiraboschi, M. (eds.), *op. cit.*, p. 641.

⁴¹ Gutiérrez Colominas, D., “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 31/2020, p. 4.

⁴² Sierra Hernáiz, E., *El nuevo régimen legal y convencional del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a distancia, con especial referencia al teletrabajo. Cuestiones clave*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 89.

⁴³ “1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

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

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

⁴⁴ “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

⁴⁵ “1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho

además a diversos trabajadores asalariados: trabajadores por cuenta ajena, empleados públicos e incluso con especial atención a los puestos directivos. Pero, lastimosamente, encontramos en el “lado malo” diversos asuntos que bien merecen cierta crítica, como siempre con el objetivo de que se pueda mejorar en el futuro:

- En primer lugar, se habla en términos genéricos de un derecho que, en sí mismo, es un concepto jurídico indeterminado. Resulta obvio que es destacable el papel de la jurisprudencia (que posteriormente comentaremos) y que el Derecho del Trabajo, por su propia naturaleza, no puede en muchas ocasiones dejar conceptos estrictamente definidos. Pero se agradecería algo más de concreción⁴⁶; que más allá de “garantizar el derecho al descanso”, por ejemplo, se mencionase el “descanso digital” directamente (es cierto que en la LTD sí se incluye una breve definición) o se hiciese hincapié en la cuestión de la salud de los trabajadores (no simplemente aludir a la fatiga informática), y no solo de la intimidad.
- Precisamente por el punto anterior, esa generalidad al tratar el derecho a la desconexión digital, su verdadero contenido se deja en manos de (obviando la jurisprudencia) los convenios colectivos o el acuerdo entre empresarios y representantes de los trabajadores. Sin embargo, no se establece ninguna “norma mínima”; aunque es lógico que cada sector tiene sus propias particularidades (no es lo mismo, sin desmerecer a ninguno, un gestor de un fondo de inversión internacional que deba estar atento a un movimiento bursátil que pueda producirse en cualquier parte del mundo, que un peón de obra que acaba la “faena” y vuelve a su casa para regresar unas horas más tarde), no es menos cierto que sería interesante contener esta apreciación en la normativa. De tal modo, se podría hacer referencia a la desconexión digital y, aceptando las particularidades de empresas y sectores, establecer un mínimo que sí podría verse modificado (o incluso no llegado a cumplir) en casos muy particulares, pero que se mantuviese para una generalidad de personas cuyo derecho a la desconexión digital sí puede ser fácilmente respetado. Se menciona que “Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral”, pero, de nuevo, entendemos que es necesaria una mayor concreción.
- La formación es un elemento fundamental en el ámbito preventivo del trabajo, ya recogida en el art. 19 de nuestra Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Por ello, entendemos que su inclusión en preceptos concretos debería responder a una mayor profundidad en su contenido al respecto, y no sencillamente establecerse como un recordatorio. Los artículos, consideramos, deberían ampliar sus apartados relativos a la formación para atender a los

a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”.

⁴⁶ Como por ejemplo ocurría en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión, donde se expresaba que “el derecho a la desconexión permite a los trabajadores abstenerse de realizar tareas, actividades y comunicaciones electrónicas relacionadas con el trabajo, como llamadas telefónicas, mensajes electrónicos y otro tipo de mensajes, fuera de su horario laboral, también durante los periodos de descanso, las vacaciones oficiales y anuales, las bajas por maternidad, paternidad y el permiso parental, así como otros tipos de permisos, sin tener que afrontar posibles consecuencias negativas; subraya que debe respetarse un cierto grado de autonomía, flexibilidad y respeto de la soberanía sobre el tiempo, que permita a los trabajadores planificar su tiempo de trabajo en torno a sus responsabilidades personales, en particular la atención a los hijos o familiares enfermos; destaca que el aumento de la conectividad en el trabajo no debe dar lugar a ningún tipo de discriminación o consecuencias negativas en lo que respecta a la contratación o la promoción profesional”. Bien es cierto, no obstante, que en la propia propuesta de Directiva incluida como anexo volvían a emplearse conceptos más genéricos.

principales aspectos de la misma (su necesidad, impartición, efectos negativos del incumplimiento, etc.).

Como vemos, los mayores problemas del derecho a la desconexión digital en España radican en su generalidad o falta de concreción. Creemos que, en cierto modo, esto podría paliarse si, en lugar de incluir artículos en diferentes leyes que, sin dudar de su buena intención, parecen simples parches, optásemos por incluir en nuestra legislación una Ley de Desconexión Digital⁴⁷, que permitiera a la negociación colectiva la puntualización en aspectos más residuales que sí dependen del sector o la empresa. Es cierto que no somos partidarios de un exceso de normas y rigidez, sobre todo viendo el actual desbordamiento normativo al que nos enfrentamos, pero precisamente por ello sí sería necesario que, en aspectos que resultan elementales en la nueva concepción de la vida y del trabajo ante el presente panorama tecnológico, se aprobasen normas que crearan una nueva base para el Derecho del trabajo del siglo XXI.

5.2. El registro horario como medida de control y garantía

Al final, como antes apuntamos, el contenido del derecho a la desconexión digital queda definido principalmente por la jurisprudencia. El TSJ Galicia, en sentencia 1150/2024, de 4 de marzo (ECLI: ES::TSJGAL:2024:1944) tomaba propuestas de la doctrina científica para prohibir las siguientes actividades:

- El envío de correos electrónicos y la realización de llamadas fuera del horario laboral fijado.
- La organización de reuniones en periodos de descanso (comidas, pausas de café, etc.).
- La realización de contactos no necesarios o urgentes con otros compañeros en fines de semana o festivos.
- El contacto a través de teléfonos privados de los empleados, aunque hayan dado su consentimiento para ello, salvo en situaciones urgentes o de emergencia.

También se deben recoger de forma expresa las excepciones en las que no se aplicarían las prohibiciones referidas (por ejemplo, contacto con personal de guardia, localización de personal implicado en la gestión de una brecha de seguridad con carácter urgente, etc.)⁴⁸. Asimismo se alude a la remisión a la negociación colectiva, para cerrar precisamente en los siguientes términos: “se ha vulnerado su derecho a la desconexión digital, pues, como se ha señalado dicho derecho está vinculado, no solo al derecho del trabajador a no responder a las comunicaciones del empresario o de terceros, sino también al deber de abstención de la empresa a no ponerse en contacto con el trabajador, y así se recoge expresamente en el convenio colectivo de aplicación” (FJ Segundo).

Pero, ¿qué medidas podemos adoptar para evitar una vulneración de la desconexión digital? Acabamos de apreciar algunas propuestas de prohibiciones de la doctrina científica que han sido tenidas en cuenta por los tribunales; entonces la cuestión sería: ¿qué medios aplicar en la empresa para controlar el respeto de la desconexión y poder recurrir su incumplimiento?

Pues bien, una de las vías más potentes debería ser el registro diario de jornada previsto en el art. 34.9 ET⁴⁸, una vez más adaptado a las situaciones especiales que actualmente

⁴⁷ Así lo han hecho ya en otros Estados como Bélgica y Francia.

⁴⁸ “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece

observamos, tal y como ya expone la Guía sobre el Registro de Jornada del Ministerio de Trabajo⁴⁹, donde se establece que “En relación con modos de organización del trabajo que se basan en fórmulas de flexibilidad del tiempo de trabajo y de distribución irregular de la jornada, incluido el trabajo a distancia o teletrabajo y horarios flexibles del trabajador, dentro siempre de los límites legales y convencionales aplicables, el registro diario de jornada ni obsta su operatividad ni constituye impedimento alguno a su continuidad o ampliación, considerándose un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo”, de manera que “existen fórmulas asequibles que aseguran el registro de la jornada diaria, incluidas las especificidades o flexibilidad para su cómputo, a través de registros telemáticos o similares. En todo caso, si existe autorregulación convencional al respecto, mediante la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, o si el empresario da por buena la firma por el trabajador de hojas o instrumentos similares de autogestión del tiempo de trabajo del teletrabajador o trabajador a distancia, tales serán instrumentos válidos para dar cumplimiento a la obligación legal. Todo ello sin perjuicio de la capacidad de control y poder de dirección del empresario para asegurar la veracidad de la declaración unilateral del trabajador”.

Ese registro de jornada, que por las condiciones que estamos tratando debería ser absolutamente digital, tendría que registrar los momentos en los que el trabajador disfruta de su derecho al descanso (desconexión en lo que nos ocupa), de modo que esos periodos sirvieran de base para garantizar un efectivo y real disfrute del derecho. Siguiendo de nuevo la Guía antes citada, “Cuando la expresión legal, convencional o contractual de esas interrupciones o pausas intrajornada es clara, predeterminada y global, el registro diario podrá eludir esos elementos configurativos internos de la jornada diaria, porque resultan identificables en relación con esos otros instrumentos que permiten dar certeza y seguridad jurídica del tiempo de trabajo realizado y retribuable. No obstante, en caso contrario, es recomendable que el modelo de registro aplicable contenga parámetros medibles que otorguen valor diario, en su caso, a esas otras pausas. A estos fines, de nuevo la autorregulación convencional, mediante la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, se muestra como el modelo idóneo”.

Sin embargo, el registro horario, por el que el actual Ministerio de Trabajo parecía haber apostado muy fuerte para garantizar precisamente los derechos de los trabajadores, no ha tenido un gran recorrido real en la práctica⁵⁰. Según se ha venido apuntando, de acuerdo con el Anteproyecto de ley para la reducción de la jornada laboral el registro horario va a ser mejorado, conllevando para las empresas esa obligación de establecimiento digital que venimos demandando, teniendo la Inspección de Trabajo acceso remoto a esos registros⁵¹. De ser así, para la cuestión del derecho a la desconexión digital sí supondría un avance significativo: el control sobre los trabajadores se vería

en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

⁴⁹ Disponible en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

⁵⁰ Vid. Olcese, A., «Cinco años del registro horario con aluvión de denuncias a la Inspección y las mismas horas extra: “Ha sido un desastre”», en *El Mundo*, última actualización 13 de junio de 2024, fecha de última consulta 26 de julio de 2024, disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2024/06/13/6669c6c1fc6c83c3418b4593.html>

⁵¹ Vid. Murcia, E., “Se filtra el borrador de la reducción de la jornada laboral: entrada en vigor y todo lo que te afecta como trabajador”, en *Huffpost*, última actualización 21 de junio de 2024, fecha de última consulta 26 de julio de 2024, disponible en: <https://noticiastrabajo.huffingtonpost.es/empleo/se-filtra-borrador-reduccion-jornada-laboral-entrada-vigor-todo-afecta-como-trabajador/>

atenuado ante un control más riguroso de las prácticas de los empresarios, garantizando el derecho al descanso de los trabajadores, pues se contrastarían los tiempos efectivos de trabajo y de descanso (incluida la desconexión). Es cierto que dicho control “desvirtúa un tanto la flexibilidad buscada en ocasiones por la propia trabajadora a distancia [o que simplemente busque esa flexibilidad incluso en un trabajo presencial], pero también evita fórmulas de semiesclavitud remota, en las que a través del artilugio informático se consigue una prestación de servicios elástica y prácticamente permanente, sin respeto por el adecuado derecho al descanso”⁵². Precisamente por ello, una vez más, hemos de tener especial precaución con las cláusulas generales que puedan establecerse en convenios o directamente por parte de los empresarios, y que nuevamente dificultarían el ejercicio de dicho derecho, facilitando las comunicaciones con los operarios y propiciando un mayor número de horas extraordinarias.

Como breve apunte último de este apartado, sería interesante que las empresas (al menos aquellas con cierto número mínimo de trabajadores) ofrecieran móviles propios a los trabajadores, o dispositivos similares, para contactar con ellos, ya sea mediante llamada, whatsapp... en lugar de solicitar su consentimiento para utilizar dispositivos de uso personal. Además, dichas herramientas deberían programarse (con las excepciones que ya hemos comentado según sector y empresa) para poder ser solo utilizados en horario de trabajo del operario. En esta línea, resulta realmente innovadora e interesante la medida de la “siesta digital”, esto es, periodos en los que los servidores de correo de la empresa quedan automáticamente desconectados, impidiendo el uso y operatividad de esos correos⁵³.

5.3. La corresponsabilidad para fomentar la desconexión entre las mujeres trabajadoras

Siguiendo la idea ya establecida en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo⁵⁴, fomentar la corresponsabilidad resultaría fundamental para garantizar una adecuada desconexión de las personas trabajadoras y, especialmente, de las mujeres. Por corresponsabilidad nos referimos a una exigencia de “condiciones adecuadas para que las personas trabajadoras, sean hombres o mujeres, puedan atender las necesidades de cuidado que requieren aquellos con quienes conviven sin que se vean obligados, a cambio, a abandonar su carrera profesional, a limitar sus posibilidades de promoción, o a ver reducidos sus ingresos y sus prestaciones futuras”⁵⁵. Es decir, en esta cuestión, más cercana a la concepción clásica de la conciliación (cuidado de hijos, mayores y otros familiares), sí cobra importancia la flexibilidad horaria, en tanto garantizaría una mayor igualdad entre mujeres y hombres, a la par que fomenta el reparto de responsabilidades familiares sin afectar negativamente a la situación laboral de las personas trabajadoras.

De hecho, en la actualidad, son las mujeres quienes más optan por la modalidad del trabajo a tiempo parcial para compatibilizar las diversas facetas de conciliación, incluida

⁵² Martínez Barroso, M. R., “Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud”, en Romero Burillo, A. M. (dir.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 171.

⁵³ Montesdeoca Suárez, A., “Los riesgos de riesgos laborales ante el escenario de la transformación digital del trabajo”, en Molina Navarrete, C. & Vallecillo Gámez, M. R. (dirs.), *op. cit.*, p. 474.

⁵⁴ DOUE 12 de julio de 2019.

⁵⁵ Maneiro Vázquez, Y., “Los principales retos de los derechos de los trabajadores a cargo del cuidado de mayores, enfermos y dependientes tras la Directiva (UE) 2019/1158 y el RD-Ley 5/2023”, en López Álvarez, M. J. (coord.), *op. cit.*, p. 62.

la personal⁵⁶. Es más, si atendemos a datos del INE de 2021⁵⁷, podemos desarrollar una gráfica devastadora:

Con ello observamos que la desigualdad resulta más que evidente y, desafortunadamente, queda mucho camino por recorrer en esta materia. Es cierto que, gracias al teletrabajo, son muchos los hombres que trabajan desde casa y se encargan más de las tareas domésticas; sin embargo, la contrapartida es que ello es consecuencia de, precisamente, la brecha de género que existe en los sectores tecnológicos más tendentes a permitir el trabajo a distancia⁵⁸.

Por estos motivos, requerimos de medidas que fomenten una real igualdad entre hombres y mujeres (como la ya existente coincidencia del permiso por nacimiento y cuidado de mejor para ambos progenitores); mandatos (aquí sí) de flexibilidad que permitan los cuidados necesarios sin perjuicio en el trabajo, garantizando siempre la desconexión durante esos periodos flexibles; y, sobre todo, una concientización de las nuevas realidades por la sociedad, entendiendo la época que vivimos y la igualdad que tanto se predica, pero no tanto se aprecia, entre hombres y mujeres en el trabajo y en la vida diaria.

6. CONCLUSIONES

En definitiva, podríamos decir que el concepto de flexibilidad nació para paliar la rigidez del mercado de trabajo y debería haberse consolidado como un mecanismo que favorezca el horario laboral de los trabajadores y el respeto de su descanso, pero “desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980 hasta la actualidad ha sido un camino constante hacia la flexibilización del tiempo de trabajo como mecanismo para proporcionar suficiente adaptabilidad hacia una economía de veinticuatro horas que da lugar a la ampliación excesiva de las jornadas laborales y la realización de un gran número de horas extraordinarias”⁵⁹, de tal manera que dicha flexibilidad ha terminado en el actual contexto tecnológico como una medida de (semi)esclavitud que permite a los empresarios mayor control sobre los trabajadores e impide una separación real entre la vida familiar/personal y laboral. Esto se enfrenta a la actual corriente social en la que el individuo valora muchas más cosas en la vida además de la responsabilidad laboral y el cuidado de los hijos, donde las personas anhelan su realización mediante otras actividades importantes para su crecimiento personal como la formación, el ejercicio físico⁶⁰... generando así diversos riesgos psicosociales en los operarios originados por la hiperconexión, principalmente pertenecientes a la rama del estrés.

⁵⁶ Martínez Morán, P. C., “La transformación de la sociedad y su impacto en la conciliación”, en López Álvarez, M. J. (coord.), *op. cit.*, p. 187.

⁵⁷ “Encuesta de características esenciales de la población y viviendas (ECEPOV)”, 2021, datos desglosados en Martínez Morán, P. C., *op. cit.*, p. 188.

⁵⁸ Bécares, B., “La crisis del teletrabajo y la vuelta a la oficina traen nuevas tendencias de pareja: los WFH Husband y sus mujeres fuera de casa”, en *Genbeta*, 11 de junio de 2024, fecha de última consulta 27 de julio de 2024, disponible en: https://www.genbeta.com/a-fondo/crisis-teletrabajo-vuelta-a-oficina-traen-nuevas-tendencias-pareja-wfh-husband-sus-mujeres-fuera-casa#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=17181992670038&csi=0&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Fwww.genbeta.com%2Fa-fondo%2Fcrisis-teletrabajo-vuelta-a-oficina-traen-nuevas-tendencias-pareja-wfh-husband-sus-mujeres-fuera-casa

⁵⁹ Martín Rodríguez, M. O., *Reducciones y limitaciones del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 149.

⁶⁰ Martín Rodrigo, M. J. & Núñez Partido, A., “Conciliación trabajo-vida personal «a la medida»: un desafío empresarial en el marco de la agenda 2030, en López Álvarez, M. J. (coord.), *op. cit.*, p. 50.

Para paliar esa hiperconectividad deviene fundamental un adecuado derecho a la desconexión digital, garantizando el descanso efectivo de los trabajadores, por lo que el control de las empresas resulta indispensable para evitar vulneraciones e incumplimientos que afecten a quienes prestan sus servicios (pudiendo llegar a hablarse, como han apuntado diversos autores, de un deber o derecho-deber de desconexión). En lo relativo a la conciliación tradicional, es además importante conseguir un reparto equitativo de tareas domésticas y cuidado de menores o mayores dependientes entre hombres y mujeres, de manera que no sean estas quienes asuman la mayor carga y se vean más perjudicadas en su intento de compaginar vida familiar y laboral (y sin poder disfrutar de esa conciliación social a la que nos referíamos por tener otras obligaciones en el hogar cuando finalizan sus jornadas).

En suma, necesitamos un concepto de desconexión digital real, que vea su reflejo en un derecho apropiado y convenientemente desarrollado. Quizás ayudaría contar con una Ley de Desconexión Digital dados los tiempos que corren: pese a la necesidad de generalidad de este derecho por su naturaleza, y la conveniencia de la negociación colectiva por las características de los diferentes sectores y empresas, se necesita una base más sólida y completa que la que nos ofrece la legislación actual. En lugar de dejar que sean los propios trabajadores los que, frente al panorama abrumador que encontramos, deban formular sus propios mecanismos de defensa (llegando a crear conceptos como la “inflexibilidad intencional”), requerimos de un compromiso entre juristas, agentes sociales y legislador para dotar a la desconexión digital de una importancia vital en el avanzado contexto tecnológico del siglo XXI, coronándose como base del Derecho del Trabajo y convirtiéndose en una medida real cuya violación sea controlada (e. g. a través del registro horario) y sancionada, de modo que el respeto al descanso de los trabajadores sea cada vez más una realidad y no, como en los últimos tiempos, una auténtica quimera.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Acosta, M.; Cruz, A. M. & Torres-Montaño, A. P., “Burnout y Estrategias de Afrontamiento en Personal de Atención en Salud en una Empresa Social del Estado Nivel 2”, en *Revista Colombiana de Salud Ocupacional*, Vol. 3, n° 4/2013, ps. 16-19.

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, “Riesgos psicosociales y salud mental en el trabajo”, disponible en: <https://osha.europa.eu/es/themes/psychosocial-risks-and-mental-health>

Alpañés, E., “La era del gran agotamiento: cómo el trabajo consume nuestra energía y hasta nuestro ocio”, en *El País*, 28 de mayo de 2024, fecha de última consulta 27 de julio de 2024, disponible en: <https://elpais.com/salud-y-bienestar/2024-05-28/la-era-del-gran-agotamiento-como-el-trabajo-consume-nuestra-energia-y-hasta-nuestro-ocio.html#>

Basterra Hernández, M., “Propuestas estratégicas para enfocar el tratamiento del tiempo de trabajo”, en Blasco Jover, C. (dir.), *Trabajo y digitalización: avances y retos para el dialogo social y la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 2024, ps. 234-243.

Bécares, B., “La crisis del teletrabajo y la vuelta a la oficina traen nuevas tendencias de pareja: los WFH Husband y sus mujeres fuera de casa”, en *Genbeta*, 11 de junio de 2024, fecha de última consulta 27 de julio de 2024, disponible en: https://www.genbeta.com/a-fondo/crisis-teletrabajo-vuelta-a-oficina-traen-nuevas-tendencias-pareja-wfh-husband-sus-mujeres-fuera-casa#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=17181992670038&csi=0&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.

com&share=https%3A%2F%2Fwww.genbeta.com%2Fa-fondo%2Fcrisis-teletrabajo-vuelta-a-oficina-traen-nuevas-tendencias-pareja-wfh-husband-sus-mujeres-fuera-casa

Castañeda Aguilera, E., “Adicción al trabajo (workaholism). Patología psicosocial del siglo XXI”, en *Salud de los Trabajadores*, Vol. 18, nº 1/2010, ps. 57-66.

Chávez Ramírez, P. I., “Flexibilidad en el mercado laboral: orígenes y concepto”, en *Aportes Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*, vol. VI, nº 017/2001, ps. 57-74.

Comité Mixto OIT-OMS de Medicina del Trabajo, “Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención”, en *Serie Seguridad, higiene y medicina del trabajo*, nº 56, Ginebra, 1986.

Cox, T., Griffiths, A. & Rial-González, E., “*Work-Related Stress*”, en *Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo*, Luxemburgo, 2000, disponible en: https://osha.europa.eu/sites/default/files/TE2800882ENC_-_Research_on_Work-Related_Stress.pdf

Cox, T. & Hassard, J., “*Work-related stress: Nature and management*”, en *Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo*, última actualización 26 de enero de 2015, fecha de última consulta 23 de julio de 2024, disponible en: <https://oshwiki.osha.europa.eu/en/themes/work-related-stress-nature-and-management>

Crespo Pascual, A., “La intimidación del trabajador vs. la libertad de empresa”, en *Alumni CEF-UDIMA*, 28 de julio de 2022, disponible en: <https://acef.cef.es/intimidacion-trabajador-libertad-empresa>

Esteban, J., “La ‘España que dimite’ se impone: el mercado laboral sumó 841.041 renuncias en el primer cuatrimestre”, en *elEconomista.es*, 5 de junio de 2024, fecha de última consulta 23 de julio de 2024, disponible en: https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12849809/06/24/la-espana-que-dimite-se-impone-el-mercado-laboral-sumo-841041-renuncias-en-el-primer-cuatrimstre.html#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=17176232762305&csi=0&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Fwww.eleconomista.es%2Feconomia%2Fnoticias%2F12849809%2F06%2F24%2F1a-espana-que-dimite-se-impone-el-mercado-laboral-sumo-841041-renuncias-en-el-primer-cuatrimstre.html

Forastieri, V., “Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral”, en *Boletín internacional de Investigación Sindical*, Vol. 8, nº 1-2/2016, ps. 11-37.

Gumà Serra, E. & Castilla Mora, M. R., “Cohousing de personas mayores. Un recurso residencial emergente”, en *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, nº 59/2017, ps. 51-84.

Gutiérrez Colominas, D., “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 31/2020, ps. 1-13.

INE, “Encuesta de características esenciales de la población y viviendas (ECEPOV)”, 2021, disponible en: https://www.ine.es/prensa/ecepov_2021.pdf

Infojobs, Nota de prensa, Madrid, 15 de enero de 2024, disponible en <https://nosotros.infojobs.net/wp-content/uploads/2024/01/Casi-dos-tercios-de-los-trabajadores-espanoles-da-importancia-a-la-flexibilidad-horaria.pdf>

Larrazabal Astigarraga, E., “El «boom» del trabajo a distancia y el espejismo de la desconexión digital”, en AA. VV., *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2020, ps. 103-118.

Maneiro Vázquez, Y., “Los principales retos de los derechos de los trabajadores a cargo del cuidado de mayores, enfermos y dependientes tras la Directiva (UE) 2019/1158 y el RD-Ley 5/2023”, en López Álvarez, M. J. (coord.), *Conciliación familiar a la medida: un desafío empresarial en el marco de la Agenda 2030*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2023, ps. 55-83.

Martín Rodrigo, M. J. & Núñez Partido, A., “Conciliación trabajo-vida personal «a la medida»: un desafío empresarial en el marco de la agenda 2030, en López Álvarez, M. J. (coord.), *Conciliación familiar a la medida: un desafío empresarial en el marco de la Agenda 2030*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2023, ps. 37-54.

Martín Rodríguez, M. O., *Reducciones y limitaciones del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Martínez Barroso, M. R., “Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud”, en Romero Burillo, A. M. (dir.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, ps. 139-179.

Martínez Morán, P. C., “La transformación de la sociedad y su impacto en la conciliación”, en López Álvarez, M. J. (coord.), *Conciliación familiar a la medida: un desafío empresarial en el marco de la Agenda 2030*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2023, ps. 181-202.

Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, en *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 16/2016, ps. 30-52.

Mitrus, L., “*The major risks to health and safety in employment relations in the information age*”, en Palma Ramalho, M. R.; Carvalho, C. & Nunes Vicente, J., *Trabalho na Era Digital: Que Direito? | Work in a Digital Era: Legal Challenges*, AAFDL, Lisboa, 2022, ps. 207-218.

Molina Navarrete, C., “La salud mental y el bienestar psicológico en los nuevos contextos laborales”, en Serrani, L. & Tiraboschi, M. (eds.), *El sistema de protección social y prevención de riesgos laborales frente a la IV Revolución Industrial*, ADAPT University Press, 2021, ps. 353-364.

Montesdeoca Suárez, A., “Los riesgos de riesgos laborales ante el escenario de la transformación digital del trabajo”, en Molina Navarrete, C. & Vallecillo Gámez, M. R. (dirs.), *De la economía digital a la sociedad del e-work-decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, ps. 461-477.

Murcia, E., “Se filtra el borrador de la reducción de la jornada laboral: entrada en vigor y todo lo que te afecta como trabajador”, en *Huffpost*, última actualización 21 de junio de 2024, fecha de última consulta 26 de julio de 2024, disponible en: <https://noticiastrabajo.huffingtonpost.es/empleo/se-filtra-borrador-reduccion-jornada-laboral-entrada-vigor-todo-afecta-como-trabajador/>

Olcese, A., «Cinco años del registro horario con aluvión de denuncias a la Inspección y las mismas horas extra: “Ha sido un desastre”», en *El Mundo*, última actualización 13 de junio de 2024, fecha de última consulta 26 de julio de 2024, disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2024/06/13/6669c6c1fc6c83c3418b4593.html>

Orellana Clemente, M. & Ayuso Muñoz, J. A., “La conciliación laboral en AON: hacia nuevos modelos de trabajo basados en la flexibilidad y confianza”, en López Álvarez, M. J. (coord.), *Conciliación familiar a la medida: un desafío empresarial en el marco de la Agenda 2030*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2023, ps. 267-281.

Organización Mundial de la Salud (OMS), “Clasificación Internacional de Enfermedades, undécima revisión (CIE-11)”, 2019/2021, disponible en: <https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/es>

Pinilla, A., “‘Quiet ambition’: ¿por qué la gente ya no quiere ascender y no relaciona el éxito con el trabajo?”, en *Business Insider*, 20 de mayo de 2024, fecha de última consulta 17 de julio de

2024, disponible en: <https://www.businessinsider.es/quiet-ambition-gente-ya-no-quiere-ascender-no-relaciona-exito-trabajo-1381527>

Popma, J., «*The janus face of the “New ways of work”: Rise, risks and regulation of nomadic work*», *Working paper ETUI*, 2013, Bruselas.

Requena Montes, Ó., “Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva”, en *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 10, nº 2/2020, ps. 541-560.

Rodríguez-Piñero Royo, M., “El contexto: La huida del mercado de trabajo”, en Iuslablog, disponible en: <https://grupo.us.es/iwpr/el-contexto-la-huida-del-mercado-de-trabajo/>

- “La Ley de Empleo y las personas: reflexiones a partir de la idea de Trabexit”, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº Extra 1 (Monográfico)/2023, ps. 9-32.

Ruiz González, C. M., “La salud laboral en el entorno de las prestaciones a distancia. Nuevo marco normativo”, en Marín Alonso, I.; Igartua Miró, M. T. & Solís Prieto, C. (dirs.), *Digitalización, desarrollo tecnológico y Derecho del trabajo: nuevas perspectivas de sostenibilidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, ps. 369-394.

Sánchez, L., “Los CEO españoles anuncian el final del teletrabajo y la vuelta a la presencialidad en los próximos tres años”, en *Economist & Jurist*, 17 de octubre de 2023, fecha de última consulta 2 de julio de 2024, disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/derecho-laboral-articulos-juridicos-destacados/los-ceo-espanoles-anuncian-el-final-del-teletrabajo-y-la-vuelta-a-la-presencialidad-en-los-proximos-tres-anos/>

Sánchez-Silva, C., «Las empresas están enfermas y cada vez hay más trabajadores quemados: “Están aumentando las bajas por casos de salud mental”», en *El País*, última actualización 7 de julio de 2024, fecha de última consulta 23 de julio de 2024, disponible en: https://elpais.com/economia/negocios/2024-07-10/la-empresa-esta-enferma.html#amp_tf=De%20%251%24s&aoh=17200371337967&csi=0&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&share=https%3A%2F%2Felpais.com%2Feconomia%2Fnegocios%2F2024-07-10%2Fla-empresa-esta-enferma.html

Serrani, L. & Tiraboschi, M. (eds.), *El sistema de protección social y prevención de riesgos laborales frente a la IV Revolución Industrial*, ADAPT University Press, 2021.

Serrano Argüeso, M., “Conciliación corresponsable y trabajo digital e inteligente: no es fácil, pero es posible”, en Rodríguez Fernández, M. L. (dir.), *Tecnología y trabajo: el impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, ps. 125-158.

Sierra Hernáiz, E., *El nuevo régimen legal y convencional del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a distancia, con especial referencia al teletrabajo. Cuestiones clave*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

The Adecco Group Institute, “Monitor Adecco de Oportunidades y Satisfacción en el Empleo”, febrero de 2024, disponible en: <https://www.adeccoinstitute.es/wp-content/uploads/2024/02/Monitor-oportunidades-y-satisfaccion-2024.pdf>

Todoli Signes, A., “Prevención de riesgos laborales ante la inteligencia artificial y la reputación digital de las personas trabajadoras”, en Molina Navarrete, C. & Vallecillo Gámez, M. R. (dirs.), *De la economía digital a la sociedad del e-work-decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, ps. 357-381.

DESCONEXIÓN DIGITAL, TIEMPO DE DESCANSO Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES PSICOSOCIALES*

STEFANO BINI

*Profesor Permanente Laboral, acreditado Profesor Titular de Universidad
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (Andalucía, España)
sbini@uco.es*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL IMPACTO DE LOS ALGORITMOS EN LA SALUD MENTAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS
3. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL, COORDENADAS NORMATIVAS BÁSICAS
4. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: TENDENCIAS
5. CONCLUSIONES

* El presente estudio forma parte de la producción científica elaborada en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España” (PID2022-141201OB-I00); Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco sociolaboral” (PID2022-1394880B-I00); Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial” (PDI2021-122537NB-I00); Proyecto financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Comunitat Valenciana, sobre “La regulación de la formación para el empleo ante el reto de la transición Digital, Ecológica, Territorial y hacia la Igualdad en la diversidad” (CIGE/2022/171).

1. INTRODUCCIÓN

La ponencia específica que a continuación se presenta pretende arrojar luz sobre la compleja relación existente entre dos ámbitos temáticos cruciales en la arquitectura sistemática del Derecho del Trabajo: por un lado, el tiempo de trabajo y, por otro lado, la prevención de riesgos laborales, con especial referencia a los de carácter psicosocial.

Más en particular, se centrará la atención en una institución que ha adquirido cada vez más importancia, a lo largo de los últimos años, representando de alguna manera una de las respuestas normativas más emblemáticas a la necesidad de protección de las personas que trabajan, por así decirlo, “digitalmente”: el derecho a la desconexión digital.

Reconocido por primera vez en el ordenamiento jurídico español en 2018 -por el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, el derecho a la desconexión digital- el derecho a la desconexión digital se pone como medida clave para la garantía del respeto de los tiempos de descanso, vacaciones, permisos de las/os trabajadoras/es. En otros términos, a través del derecho en cuestión, el Legislador ha querido intervenir -muy oportunamente- en el terreno de la protección del tiempo de vida de las personas, reforzando la línea de demarcación del tiempo que está “fuera” del trabajo.

De todas formas, casi seis años después de la entrada en vigor de la LO 3/2018, cabe preguntarse si la institución en cuestión resulta todavía adecuada a los desafíos que plantea el escenario contemporáneo, caracterizado por la incesante e imprevisible evolución de las tecnologías digitales, utilizadas en la vida en general y en el trabajo en particular. En este sentido, para responder a estas preguntas, una contribución hermenéutica de interés es ofrecida por la crítica consideración de algunas tendencias que pueden detectarse en el panorama de la negociación colectiva, haciendo referencia a una selección de cláusulas de convenios colectivos vigentes.

Pues bien, la investigación tiene como punto de partida la sistematización preliminar del marco normativo de referencia, para luego proceder a trazar algunas tendencias sobre las modalidades de concreto desarrollo del derecho a la desconexión digital, como reguladas en la dimensión convencional, haciendo referencia a algunas cláusulas significativas, contenidas en una pequeña selección de convenios colectivos vigentes. Efectivamente, a través de un observatorio crítico sobre las contribuciones recientes de la negociación colectiva en materia, se pretende proponer un estudio sobre algunas soluciones convencionales, que pueden representar buenas prácticas de posible interés.

En conclusión, se formularán conclusiones críticas y propuestas de mejora, orientadas en particular a una mejor integración sistemática de la regulación del derecho a la desconexión digital en el marco del cuadro regulador general en materia de prevención de riesgos laborales.

Metodológicamente, el estudio se basa en el análisis crítico del dato normativo, a la luz de las contribuciones hermenéuticas en el tiempo aportadas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina especializada en la prevención de riesgos psicosociales. Además, un papel clave para el desarrollo del razonamiento será jugado por el estudio de una selección de cláusulas de convenios colectivos vigentes, que presentan perfiles de interés, de cara a la identificación de tendencias de interés.

2. EL IMPACTO DE LOS ALGORITMOS EN LA SALUD MENTAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

La disruptiva y sistemática implantación, sobre todo en el horizonte productivo y laboral, de sistemas algorítmicos de inteligencia artificial generativa o “de última generación” determina -entre otras cosas- la insurgencia de nuevas vulnerabilidades y, por lo tanto, de nuevas exigencias de protección para las personas que trabajan.

De hecho, si es cierto que, por un lado, la digitalización algorítmica lleva consigo un innegable efecto positivo en términos de reducción de la carga sobre todo física de algunas tareas, igualmente cierto es que, por otro, los algoritmos pueden producir *-rectius*, producen- un impacto peligrosamente negativo en términos psicofísicos y sobre todo psicosociales, como el mismo fenómeno de la “alienación digital” confirma¹.

En este sentido, resulta central «la carga de trabajo y la carga mental con claros efectos potenciales sobre la salud. Carecemos de una de una definición jurídica o de fórmulas exactas de medición, pero es fácil constatar que puede verse desbordada en los trabajos a través de servidores, con constantes cambios horarios, la exigencia de respuestas súbitas, posibles fallos informáticos o de conexión y las “*multitask*”, entre las más significativas»².

Efectivamente, la idea de una dilatación espaciotemporal de la relación laboral, con una conexión a la red sustancialmente perpetua y permanente plantea cuestiones de apremiante actualidad, sobre todo con respecto a la necesidad de proteger la integridad psicofísica y psicosocial de la persona que trabaja, frente a un heterogéneo abanico de riesgos difíciles de censar, al ser la digitalización un fenómeno tan complejo como imprevisible en sus trayectorias evolutivas: «en cuanto hace a los riesgos psicosociales, la infoobesidad o sobrecarga de información que debe procesarse, la hiperconectividad, la conexión permanente, la dilución de los tiempos de vida privada y vida profesional o la incapacidad para desconectar del trabajo, acaban por generar tecnoestrés, tecnoadicción, tecnofobia, nomofobia, y en último término, minan el bienestar y la salud mental de quienes prestan servicios»³.

En particular, si se mira al específico ámbito del trabajo en plataformas digitales, «los primeros análisis encuentran niveles elevados de estrés, síntomas de depresión, bajo bienestar emocional, desórdenes del sueño, ansiedad y mala conciliación de la vida laboral y familiar. En relación con quienes realizan trabajo localizado cabe destacar: la baja seguridad y salud en el trabajo, la duración excesiva de las jornadas, el bajo nivel de ingresos, la imprevisibilidad de las tareas, la relación de trabajo como autónomos y la incapacidad y el miedo a exigir mejores condiciones de empleo. Además, a menudo existe un trato discriminatorio, ya que las compañías tienden a proteger al cliente (por ejemplo, el pasajero), pero no a los/as trabajadores/as. Por su parte, las que realizan trabajo en línea tienen horarios laborales irregulares, lo cual no solo limita la capacidad de elegir horarios, sino que incide en conciliar el trabajo con la vida personal o familiar»⁴.

¹ B.C. HAN, *El mundo de la alienación digital*, en *Bloghemia*, 8 de mayo de 2022, <https://acortar.link/eqNv6Q> (fecha de última consulta: 23 de abril de 2024).

² M.T. IGARTUA MIRÓ, *Transición digital y seguridad y salud en el trabajo: el AENC 2023 y el futuro de la negociación colectiva*, en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 2023, núm. 50, pág. 88. Cf. STJE 9 de marzo de 2021 (asuntos n.º C-344/19 y 580/19).

³ H. ÁLVAREZ CUESTA, *El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos futuros*, en *Revista Justicia & Trabajo*, 2023, núm. 2, pág. 45.

⁴ AA.VV. (COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA), *Precariedad Laboral y Salud Mental. Conocimientos y políticas*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, pág. 30.

En definitiva, no parece exagerado afirmar que el mismo fenómeno polifacético del trabajo digital puede determinar el brote y/o la acentuación de un heterogéneo abanico de formas de precariedad sociolaboral *lato sensu* entendida, con un impacto especialmente significativo en la salud mental de las personas que trabajan digitalmente⁵.

Al respecto, una contribución hermenéutica de interés puede encontrarse en el así llamado “informe PRESME” de 2023, elaborado por un grupo de expertas/os de diferentes ámbitos del conocimiento, por encargo del Ministerio de Trabajo y Economía Social de España, que estudia las diferentes dimensiones de «la precariedad como una realidad compleja y multidimensional, cuyo impacto en la salud mental de los trabajadores se debe considerar un problema social colectivo, y no una cuestión individual a tratar solo mediante la medicalización del paciente»⁶.

Pues bien, a los efectos del presente estudio, el informe en cuestión tiene el mérito especial de considerar el fenómeno del trabajo digital, poniendo en luz un dato clave, representado por la caracterización por «una disciplina constante pero invisible, a no controlar el tiempo, a estar siempre disponibles. El individuo es jurídicamente libre, pero su tiempo laboral no le pertenece. Se ve sometido y obligado a internalizar una disciplina asfixiante que le esclaviza y aliena. Esa tóxica forma de trabajar es hoy una realidad demasiado común, de modo que el “mal empleo” penetra en los cuerpos y en las mentes de las personas generando daños en la salud, sufrimiento psíquico y trastornos mentales»⁷.

En una lógica propositiva, el informe PRESME pone en luz la necesidad de «promover e impulsar la implementación de medidas legislativas de manera informada, no sin antes advertir que cualquier cambio se enfrentará a las “inercias adquiridas”, los “poderes consolidados” y los condicionamientos de los marcos supranacionales»⁸.

3. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL, COORDENADAS NORMATIVAS BÁSICAS

Dentro de este contexto fenoménico de referencia, caracterizado por el carácter intrínsecamente problemático de una realidad compleja, imprevisible y en constante evolución, un papel absolutamente central está jugado por el reconocimiento a las personas que trabajan de un derecho a la desconexión digital. Originariamente regulado por primera vez en el contexto francés⁹, este derecho está regulado, en el ordenamiento jurídico español, en particular en tres preceptos de especial relevancia:

⁵ M.A.B. AMABLE, J.A. BENACH y S.A. GONZÁLEZ, La precariedad laboral y su repercusión sobre la salud: conceptos y resultados preliminares de un estudio multimétodos, en Archivos de Prevención de Riesgos Laborales, 2001, núm. 4, págs. 169-184.

⁶ M.G. QUINTERO LIMA y D. ÁLVAREZ ALONSO, *Fotografía de la precariedad laboral en España y su impacto en la salud mental de las personas trabajadoras*, en *The Conversation*, 6 de abril de 2023, <https://acortar.link/w12y2i> (fecha de última consulta: 5 de abril de 2024). AA.VV. (COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA), *Precariedad Laboral y Salud Mental. Conocimientos y políticas*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023.

⁷ M.A.B. AMABLE, J.A. BENACH y S.A. GONZÁLEZ, *La precariedad laboral y su repercusión sobre la salud: conceptos y resultados preliminares de un estudio multimétodos*, en Archivos de Prevención de Riesgos Laborales, 2001, núm. 4, págs. 169-184.

⁸ AA.VV. (COMISIÓN DE PERSONAS EXPERTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL EN LA SALUD MENTAL EN ESPAÑA), *Precariedad Laboral y Salud Mental. Conocimientos y políticas*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, pág. 51.

⁹ F. ALEMÁN PÁEZ, *El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la ‘Loi Travail n. 2016-1088’*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 30, págs. 12-33.

- el artículo 88 (“Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD);
- el artículo 20-*bis* (“Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”) del Estatuto de los Trabajadores;
- el artículo 18 (“Derecho a la desconexión digital”) de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

Efectivamente, el Legislador español ha intervenido en distintos momentos en el marco regulador del derecho a la desconexión digital, determinando así un escenario normativo extremadamente estratificado, que sería oportuno sistematizar y reordenar en un futuro no demasiado remoto. Pues bien, mirando a este microsistema normativo en su conjunto, puede decirse que las líneas reguladoras más significativas identifican, como ámbitos temáticos mayormente relevantes, la centralidad de la limitación en el uso de los instrumentos digitales, con vistas a respetar los periodos de descanso, la duración máxima de la jornada laboral y, por ende, el bienestar de las personas trabajadoras.

En este sentido, véase el artículo 18, apartado 1, Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que prevé que «(...) el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables»¹⁰.

A través de esta norma, el Legislador español proyecta el derecho a la desconexión digital en el peculiar contexto del trabajo a distancia y del teletrabajo, de alguna manera especificando la regulación prevista, en términos generales, por el artículo 20-*bis* del Estatuto de los Trabajadores.

Efectivamente, estrechamente relacionado con el artículo 18 de la Ley 10/2021 y, en general, precepto central en esta estratificada arquitectura normativa, es precisamente el artículo 20-*bis* del Estatuto de los Trabajadores, que se centra en los “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”, previendo, en general, que «Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales»¹¹.

¹⁰ Artículo 18 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia: «1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. 2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descansos».

¹¹ Artículo 20 *bis*, Estatuto de los Trabajadores, añadido por la Disposición Final 13, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

En otros términos, se reconoce expresamente el derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras, de cara a proteger su dimensión íntima y personal, frente al peligro de una permanente “invasión” del trabajo en la misma vida, a través de la utilización de herramientas digitales, de geolocalización y de videovigilancia¹².

Sobre este último perfil, es a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) que hay que volver la mirada, centrando la atención, en particular, en su artículo 88 (“Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”)¹³, que consagra el derecho de las personas trabajadoras¹⁴ a la desconexión digital, estableciendo -entre otras cosas- que las modalidades de ejercicio del mismo tendrán que adaptarse a la naturaleza y al objeto de la relación laboral y «se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores»¹⁵.

Por último, cabe completar el marco de coordenadas normativas hasta aquí señaladas, dando brevemente cuenta de algunas posibles trayectorias evolutivas futuras. Efectivamente, en el mes de julio de 2024, el Ministerio de Trabajo y Economía Social ha presentado a los agentes sociales una propuesta de nueva regulación del derecho a la desconexión digital, en óptica limitativa de los posibles márgenes de renuncia y/o excepción del mismo derecho.

De la poca información que se filtró a la prensa, puede decirse que la idea que está en la base de esta propuesta consiste en el fortalecimiento de la irrenunciabilidad del derecho a la desconexión digital, para que «las personas trabajadoras no puedan renunciar al derecho a la desconexión por exigencia empresarial, por contrato, convenio o práctica»¹⁶.

Aunque es prematuro emitir juicios sobre la que, en la actualidad, es sólo una propuesta, se puede ya anticipar una valoración plenamente positiva de la línea que la inspira, considerándose muy necesaria una limitación del perímetro de excepciones al ejercicio del derecho a la desconexión digital, con una consiguiente consolidación del derecho de las personas trabajadoras a «la ausencia de toda solicitud a realizar una prestación laboral o iniciativa de comunicación»: sea cual sea el «dispositivo, herramienta o medios digitales»¹⁷, como se lee en el Acuerdo Marco Europeo de los agentes sociales

¹² Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales Ley (LOPDGDD).

¹³ Artículo 88 (“Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”), Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales: «1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas».

¹⁴ Expresamente incluidos los empleados públicos: sobre este perfil, cf. M. SEPULVEDA GÓMEZ, *Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, núm. 54, págs. 138-167.

¹⁵ Artículo 88, apartado 2 (“Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”), Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

¹⁶ R. PASCUAL, *Trabajo quiere que no se pueda renunciar a la desconexión digital ni por contrato*, en *El País*, 30 de julio de 2024, pág. 25.

¹⁷ R. PASCUAL, *Trabajo quiere que no se pueda renunciar a la desconexión digital ni por contrato*, en *El País*, 30 de julio de 2024, pág. 25.

sobre digitalización, «el trabajador no está obligado a estar localizable fuera de su horario para ningún contacto adicional por parte de los empleadores»¹⁸.

4. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: TENDENCIAS

Dentro del marco legislativo cuyas coordenadas generales han sido identificadas en las páginas anteriores, se sitúa la central contribución de la negociación colectiva. De hecho, como la misma ley afirma (artículo 88, apartado 2, Ley Orgánica 3/2018)¹⁹, el desarrollo en concreto de la regulación del derecho a la desconexión digital compete a la negociación colectiva, que tendrá que identificar específicas soluciones funcionales para la prevención de los riesgos laborales derivados de la sistemática utilización de herramientas digitales, específicos en cada contexto de referencia.

En este sentido, en doctrina se ha muy oportunamente puesto en luz que el derecho a la desconexión digital es «un derecho cuya realización está plenamente condicionada a su desarrollo en convenio colectivo o acuerdo informal de empresa»²⁰, a pesar de que el artículo 88, apartado 3, de la LOPDGDD identifica en el empleador el sujeto que tiene que impulsar y elaborar -en concreto y con la audiencia previa de los representantes de las/os trabajadoras/es- una «política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas»²¹.

Y la centralidad de la negociación colectiva en la elaboración del marco regulador en materia de modalidades de concreto desarrollo del derecho a la desconexión digital está confirmada, por lo demás, también por el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC, mayo de 2023), en cuyo capítulo XI se hace referencia a la necesidad de «limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica para garantizar el tiempo de descanso, festivos y vacaciones de las personas trabajadoras»²².

Efectivamente, parece de interés destacar que en el Acuerdo la desconexión digital se aborda como derecho funcional tanto a la protección de la salud de la persona que trabaja (en una óptica preventiva con respecto a los riesgos de carácter psicosocial, con especial referencia al así llamado “estrés tecnológico”), como a la garantía de la conciliación vida/trabajo y a la mejora de la calidad del trabajo y del clima laboral.

En particular, siempre en el V AENC, se señala que en los convenios colectivos, «se garantizará el derecho a la desconexión digital tanto a las personas trabajadoras que realizan su jornada de forma presencial como a las que prestan servicios mediante nuevas

¹⁸ Acuerdo Marco Europeo de los agentes sociales sobre digitalización, 2020, pág. 19.

¹⁹ Artículo 88, apartado 2 (“Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”), Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

²⁰ M.L. RODRÍGUEZ COPÉ, *El tratamiento de la diversidad sexual, el envejecimiento activo y la protección digital de las personas trabajadoras: tres cuestiones a abordar en la negociación colectiva del siglo XXI*, en SAEZ LARA, C., NAVARRO NIETO, F. (Coords.), *La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del Siglo XXI. Libro en memoria de la Profesora María José Rodríguez Crespo*, Bomarzo, Albacete, 2020, págs. 117-154.

²¹ Artículo 88.2 (“Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”), Ley Orgánica Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales Ley.

²² V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), 2023, pág. 40.

formas de organización del trabajo (trabajo de distancia, flexibilidad horaria u otras), adaptándose a la naturaleza y características de cada puesto de trabajo o función»²³.

Más en concreto, las partes del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva ponen en luz la dimensión práctico-aplicativa del derecho a la desconexión digital, entendido como «derecho a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada de trabajo»²⁴, considerando el concepto de “dispositivos digitales” como ampliamente inclusivo de todas aquellas herramientas a través de las cuales la persona que trabaja puede en cierto sentido ampliar el perímetro de la jornada laboral, trabajando más allá de los límites legales y convencionales establecidos.

Además, se prevé que las empresas, por un lado, pueden organizar iniciativas de carácter tanto formativo como informativo sobre la correcta y equilibrada utilización de los dispositivos digitales (en una óptica preventiva de los riesgos de fatiga informática), y por otro, deben garantizar la “indemnidad” de la persona que trabaja y que legítimamente ejerce su derecho a la desconexión digital, que no podrá así ser víctima de sanciones, perjuicios (piénsese sobre todo en los aspectos relacionados con las evaluaciones y las promociones), tratos diferenciados y, en una palabra, represalias. De todas formas, se aclara también que, en el caso de que se realicen comunicaciones (llamadas, mensajes, correos electrónicos, etc.) fuera de la jornada laboral, el/la trabajador/a no tiene la obligación de contestar a las mismas y, por lo tanto, el empleador no puede tampoco exigir estas respuestas, con excepción de los supuestos en los que subsista un riesgo grave a personas o de los que puedan derivar posibles perjuicios a la actividad de empresa, si no se interviene de forma inmediata, adoptando medidas urgentes.

Aún más en concreto, se señala que el V AENC presenta dos buenas prácticas que presentan perfiles de interés, a pesar de ser las mismas bastante sencillas y quizás ya frecuentemente utilizadas en el uso común. La primera es la de los así llamados “envíos retardados” de los correos electrónicos y, más en general, de las comunicaciones elaboradas y enviadas fuera de la jornada laboral de la persona destinataria: a través de esta función, habilitada en la mayoría de las aplicaciones de correos, se permite que la persona destinataria reciba la comunicación dentro del perímetro de la siguiente jornada laboral. Diferentemente, la segunda consiste en las así llamadas “respuestas automáticas”, para los supuestos de correos enviados durante los periodos de ausencia del destinatario: en estos casos, a la hora de enviar el correo el remitente recibe inmediatamente un mensaje con la comunicación de la ausencia del destinatario y las relativas fechas de su reincorporación, los datos de contacto de las personas sustituta y otra información de utilidad.

Volviendo ahora la mirada al horizonte de los convenios colectivos, parece de posible interés proponer algunas consideraciones de conjunto sobre algunas de las tendencias que pueden detectarse y ponerse en luz, con respecto a un derecho -el a la desconexión digital- «cuya realización está plenamente condicionada a su desarrollo en convenio colectivo o acuerdo informal de empresa, y previsiblemente también en un pacto extraestatutario y en cualquier otra manifestación de la autonomía colectiva que conoce nuestro sistema»²⁵.

Pues bien, un primer elemento que cabe destacar se refiere a un dato clave: en el horizonte de los convenios colectivos vigentes muy pocos son los que contienen cláusulas suficientemente específicas en materia de regulación de las modalidades de concreto desarrollo del derecho en cuestión. Efectivamente, como se ha podido comprobar en el marco de un estudio de campo recientemente realizado y al que se remite, muchos son

²³ V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), 2023, pág. 40.

²⁴ V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), 2023, pág. 40.

²⁵ A. BAYLOS GRAU, *El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España*, en *Labour & Law Issues*, 2019, núm. 1, pág. 11.

«los casos de mera reproducción convencional de los contenidos y/o de los textos de las disposiciones legales vigentes en materia»²⁶.

Ciertamente varios son los convenios que reafirman y ponen en luz el anclaje del derecho a la desconexión digital con la dimensión teleológica, intrínsecamente multidimensional, de la protección de la salud de las/os trabajadoras/es, de la conciliación vida/trabajo, de la mejora de la calidad del clima de trabajo, etc.²⁷: piénsese, entre otros, en el XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad, que, en su artículo 40, prevé: «la desconexión digital es un derecho cuya regulación contribuye a la salud de las personas trabajadoras disminuyendo, entre otras, la fatiga tecnológica o estrés, y mejorando, de esta manera, el clima laboral y la calidad del trabajo». Al mismo tiempo, se lee también que «la desconexión digital es además necesaria para hacer viable la conciliación de la vida personal y laboral, reforzando así las diferentes medidas reguladas en esta materia»²⁸.

Además, con respecto a la dimensión subjetiva del derecho en cuestión, procede subrayar que, en muchos convenios, las partes reconocen -oportunamente- la titularidad del derecho en cuestión no solo a las personas que trabajan a distancia, sino también a aquellas que trabajan presencialmente, con un matiz interesante representado por la referencia a las “nuevas formas de organizar el trabajo”: en este sentido, siempre el artículo 40 del XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad, que prevé la garantía del «derecho a la desconexión digital tanto a las personas trabajadoras que realicen su jornada de forma presencial como a las que presten servicios mediante nuevas formas de organización del trabajo (trabajo a distancia, flexibilidad horaria u otras), adaptándose a la naturaleza y características de cada puesto de trabajo, a excepción de aquellas personas trabajadoras que por la naturaleza de su trabajo permanezcan y así se establezca, a disposición de la empresa»²⁹.

Un perfil que parece en cierto sentido más “delicado” se refiere al reconocimiento del carácter de derecho y no de obligación de la desconexión digital, que puede encontrarse en algunos convenios, como en el caso del ya mencionado artículo 40 del XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad, que prevé: «Se reconoce y formaliza el derecho a la desconexión digital como un derecho y no como una obligación, es decir, todos aquellos empleados que realicen comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo»³⁰.

Pues bien, esta aclaración parece francamente pleonástica y, quizás, contraproducente, pudiendo incluso favorecer una suerte de relativización de la efectividad y de la

²⁶ S. BINI, *El derecho a la desconexión digital en el prisma de la negociación colectiva reciente (2023-2024)*, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*, Aranzadi, 2024, pendiente de publicación.

²⁷ O. CREMADES CHUECA, *Por una comprensión jurídico-laboral integral y estratégica de la desconexión digital: multidimensionalidad, pluricausalidad, instrumentos y propuestas ante su incesante ausencia y su decisiva encrucijada*, en *Trabajo y Derecho*, 2024, núm. 114, págs. 1-35.

²⁸ Artículo 40, XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad (código de convenio número: 99002755011981), BOE 10 marzo 2023, núm. 59, [pág. 36003, núm. págs. 40].

²⁹ Artículo 40, XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad (código de convenio número: 99002755011981), BOE 10 marzo 2023, núm. 59, [pág. 36003, núm. págs. 40].

³⁰ Se considere también la casi idéntica formulación del II Convenio colectivo de centros y servicios veterinarios, cuyo artículo 95.2 prevé: «Este convenio colectivo reconoce y formaliza el derecho a la desconexión digital como

centralidad de un derecho digital extraordinariamente importante en el contexto de transición algorítmica contemporánea.

Diferentemente, parecen preferibles formulaciones más específicas, como la del artículo 11 del Convenio colectivo de empresas de mediación de seguros privados, en el que las partes aclaran, entre otras cosas, que: «No obstante lo anterior, la conexión voluntaria de una persona trabajadora en contra de lo establecido en el presente artículo, no conllevará responsabilidad de la empresa»³¹.

Otro aspecto que parece oportuno poner en luz se refiere a la delimitación del perímetro, por así decirlo, “objetivo” del derecho a la desconexión digital: en particular, resulta interesante señalar la formulación de algunos convenios colectivos, que contienen cláusulas suficientemente amplias y transversales, que no delimitan exageradamente el perímetro de los medios de comunicación a través de los cuales puede producirse una “invasión” del trabajo en la vida personal. En este sentido, piénsese en el Convenio colectivo de Ediciones Reunidas, SAU, cuyo artículo 56 aclara que «todas las personas trabajadoras tienen derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp, teléfono, etc.), una vez finalizada su jornada laboral, salvo que concurren las circunstancias señaladas en el apartado quinto de este artículo»³².

Más allá de las tendencias generales hasta aquí trazadas a la luz del estudio de la negociación colectiva realizado, podrían destacarse diferentes modelos convencionales que se caracterizan por las peculiaridades de las relativas cláusulas.

Entre otros, por razones de síntesis se elige sólo uno, que presenta múltiples perfiles de interés práctico-operativo, que se consideran a continuación con respecto a sus elementos más emblemáticos: se trata del II Convenio colectivo estatal de acción e intervención social, en cuyo anexo IV se fija un conjunto de buenas prácticas muy concretas, consideradas funcionales a la “mejor gestión del tiempo de trabajo”. Ejemplificativamente, las más emblemáticas pueden ser identificadas en: la cuidadosa selección de los destinatarios de los correos antes de proceder al relativo envío, para que no se produzca una difusión de mensajes entre personas no interesadas; la igualmente cuidadosa selección de los contenidos de los mensajes, privilegiando la síntesis y lo imprescindible; la simplificación general de las comunicaciones; la sistemática utilización del “envío retardado” de los correos que se envían fuera de la jornada de trabajo de la persona destinataria, salvo que recurran «circunstancias excepcionales justificadas»; la sistemática utilización de las “respuestas automáticas” a los correos recibidos en periodos de ausencia de la persona destinataria; la limitación en las convocatorias de encuentros, reuniones, videoconferencias, sesiones formativas (o informativas) fuera de la jornada de trabajo; la racionalización de las actividades que impliquen desplazamientos por parte de las personas trabajadoras, limitándolas a las efectivamente necesarias y eliminando las innecesarias a través de la sistemática utilización de herramientas y sistemas de videoconferencia, que permitan la celebración de encuentros y reuniones a distancia; el expreso reconocimiento del carácter voluntario de las reuniones celebradas fuera de la jornada de trabajo (cuya asistencia se considerará -por supuesto- a todos los efectos tiempo efectivo de trabajo); la indicación en las convocatorias de las reuniones, de la

un derecho, pero no como una obligación. Esto implica expresamente que aquellas personas trabajadoras que quieran realizar comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo con total libertad».

³¹ Artículo 11, Convenio colectivo de empresas de mediación de seguros privados (código de convenio número: 99000165011987), BOE 15 noviembre 2023, núm. 273, [pág. 152198, núm. págs. 72].

³² Artículo 56, Convenio colectivo de Ediciones Reunidas, SAU código de convenio número: 90016552012008), BOE 5 diciembre 2023, núm. 290, [pág. 161739, núm. págs. 36].

hora de inicio y de finalización de las mismas, con el envío en adjunto a las mismas convocatorias de toda la relativa documentación relevante, para que las personas participantes puedan examinarla con carácter previo, evitando así que la duración de los encuentros se dilate excesivamente; la previsión de la posibilidad de adoptar, en el ámbito de cada entidad, protocolos de actuación que complementen y amplíen las medidas previstas en el Convenio colectivo; la realización de acciones formativas, informativas y de sensibilización «sobre la protección y respeto del derecho a la desconexión digital y laboral y sobre un uso razonable y adecuado de las TIC, dirigidas a todos los niveles de la organización, y para ello pondrá a disposición de todas las personas trabajadoras, la información y/o formación necesaria, a lo largo de un periodo de 3 años»³³.

5. CONCLUSIONES

En definitiva, como ha sido puesto en luz en doctrina, en general, «la irrupción de nuevos riesgos ligados a la extensión de la robótica o de actuales formas de prestación de servicios sobre cuya laboralidad se discute (trabajo en plataformas digitales), hace que cobren más sentido, si cabe, principios como el de la prevención universal e integrada (...), o el dinamismo y la acción permanente ante la evolución de los riesgos (...), capaces de dar solución a problemas hasta ahora desconocidos»³⁴.

En otros términos, partiendo de la premisa según la cual las trayectorias evolutivas de la digitalización no son específicamente previsibles (en este sentido, piénsese en el paradigmático y todavía misterioso caso del metaverso), cabe afirmar la necesidad de un planteamiento intrínsecamente transversal y holístico a la delimitación del ámbito temporal del trabajo digitalizado: de hecho, sólo a través de una elaboración multidisciplinaria de soluciones reguladoras pensadas con respecto a problemáticas en evolución, podrá conseguirse una tutela realmente efectiva de los derechos digitales de la persona que trabaja.

Pues bien, con específica referencia al derecho a la desconexión digital, como se ha visto, puede afirmarse que su concreto desarrollo regulador «recae en la negociación colectiva, que tendrá que identificar las soluciones y las medidas específicas que, en cada escenario, se consideren funcionales a prevenir los riesgos laborales derivados de la utilización de instrumentos digitales»³⁵.

De todas formas, precisamente para evitar que la transformación digital del trabajo impacte negativamente en la salud de las personas trabajadoras, se considera imprescindible -en particular (pero no sólo) con referencia al derecho a la desconexión

³³ Anexo IV, II Convenio colectivo estatal de acción e intervención social (modificación e inclusión anexos) (código de convenio número: 9910015502015), BOE 15 noviembre 2023, núm. 273, [pág. 152369, núm. págs. 65]. Con específica referencia a las reuniones, se prevé también: «con carácter general las reuniones no finalizarán más tarde de la jornada laboral y no se realizarán fuera de la misma. Con carácter general las reuniones no se iniciarán una hora antes de la finalización de la jornada laboral de las personas convocadas, salvo urgencia, fuerza mayor o reuniones cuya duración se prevea breve. Tampoco se realizarán en días no laborables y festivos ni en las tardes que sean vísperas de los mismos salvo en aquellas organizaciones y empresas con diversos regímenes horarios por concurrencia de diferentes usos horarios en organizaciones y empresas con estructura internacional, régimen de trabajo con turnos diferenciados en: días no laborables y festivos por exigencias de coordinación, etc.». Además, la cláusula en cuestión aclara que, «como complemento de estas medidas, en el ámbito de cada entidad se podrán establecer protocolos de actuación que amplíen, desarrollen y mejoren lo aquí estipulado. Negociadas con la RLT en función de puestos y de manera personal».

³⁴ M.T. IGARTUA MIRÓ, *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2023, pág. 39.

³⁵ S. BINI, *Trabajo digital y riesgos psicosociales: estrategias y propuestas*, en P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES y B.d.M. LÓPEZ INSUA (Dirs.), *Retos tecnológicos en el derecho de la protección laboral y de la seguridad social por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, Atelier, Barcelona, 2024, págs. 27-46. Véase también: M. CORREA CARRASCO, *La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva*, en *Revista de Dere-*

digital- contribuir constantemente a la actualización del marco regulador de referencia, de cara a mantener su efectiva adecuación a los desafíos de hoy y de mañana, sobre todo en el delicado terreno de la prevención de riesgos laborales.

Precisamente en este sentido, se señala la iniciativa de cien Profesoras/es Universitarias/os que, en el mes de marzo de 2024, han enviado a la Vicepresidencia Segunda del Gobierno - Ministerio de Trabajo y Economía Social una “Carta abierta de académicos sobre la futura reforma legislativa de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. Hacia una normativa basada en la prevención y el derecho fundamental a un entorno de trabajo seguro y saludable, como principio fundamental en el trabajo”. Entre otras cosas, en la misma carta «se recomienda la inclusión, en la actual normativa preventiva, de normas y condiciones mínimas para garantizar que todas las personas trabajadoras puedan ejercer, de manera real y efectiva, su derecho a la desconexión digital, así como su protección frente al acoso digital derivado de los sistemas reputacionales actualmente usados por las empresas. En este sentido, se podrían considerar propuestas como el registro de las políticas o protocolos de desconexión digital, siguiendo la estructura del registro del plan de igualdad»³⁶.

La propuesta en cuestión parece muy oportuna y su planteamiento resulta plenamente compartido, proyectando el desafío regulador en materia de desconexión digital en el terreno de la identificación de un *minimum floor* de condiciones y reglas, funcional a la generalizada garantía del ejercicio del derecho en cuestión. En particular, se valora muy positivamente la posible institución de un registro de políticas y protocolos de desconexión digital, en analogía con el modelo normativo de los planes de igualdad.

Sin embargo, siempre en la óptica de garantizar la efectividad del derecho a la desconexión digital, se considera imprescindible también, por un lado, reforzar el papel de la Inspección de Trabajo (también) en esta materia³⁷, y por otro, promover una reforma del registro horario.

De hecho, con respecto al primer perfil, procede destacar la importancia estratégica que tiene un sistema integrado de controles y sanciones en el cumplimiento de las normas previstas en materia. Diferentemente, con respecto al segundo perfil, como se ha argumentado ya en otra ocasión, será fundamental impulsar -o, *rectius*, seguir impulsando- «la introducción de un nuevo sistema de registro horario, enteramente digitalizado y, por eso, fiable, transparente y accesible por parte de la Inspección de Trabajo, facilitando así la posibilidad de detectar infracciones y aplicar sanciones»³⁸.

Sólo a través de este enfoque reformador integrado, podrá conseguirse un necesario y real fortalecimiento del marco normativo de referencia, funcional a garantizar la efectividad del derecho a «no coger el teléfono al jefe o no contestar un email al encargado fuera del horario laboral», sin «sufrir ninguna represalia, ni la más mínima

cho Social, 2005, núm. 31, págs. 41-84; Ó. REQUENA MONTES, *Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva*, en *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2020, núm. 10, pp. 541-560.

³⁶ AA.VV., *Carta abierta de académicos sobre la futura reforma legislativa de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales*, inédita, 2024, pág. 6.

³⁷ J. CRUZ VILLALÓN, *El derecho del trabajo ante la transformación digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2022, pág. 163. Sobre este específico perfil, véase también A. ROLDÁN MARTÍNEZ, *El papel de la Inspección de Trabajo como garante de los derechos digitales de los trabajadores*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2023, núm. 16, págs. 35-58: «una de las claves en esta materia será la labor de la Inspección de Trabajo».

³⁸ S. BINI, *El derecho a la desconexión digital en el prisma de la negociación colectiva reciente (2023-2024)*, en J. CRUZ VILLALÓN (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*, Aranzadi, 2024, pendiente de publicación.

consecuencia negativa por ejercitarlo»³⁹. En esta óptica, no puede no ponerse en luz, por último, la necesidad de impulsar un «refuerzo de la democratización de los procesos de decisión sobre cómo se distribuye el tiempo de trabajo»⁴⁰ y es evidente que, dentro de este nuevo impulso, entra perfectamente la cuestión viva y actual de la desconexión digital, tan estrechamente vinculada con otras grandes prioridades estratégicas del Derecho del Trabajo contemporáneo: piénsese emblemáticamente en la oportunidad de una puesta al día del marco normativo vigente en materia de prevención de riesgos laborales o de una reconfiguración de la articulación del tiempo de trabajo, con una reducción de la jornada legal de trabajo.

³⁹ R. PASCUAL, *Trabajo quiere que no se pueda renunciar a la desconexión digital ni por contrato*, en *El País*, 30 de julio de 2024, pág. 25.

⁴⁰ U. SORDO, *Trabajar menos, vivir mejor*, en VV.AA., *Manifiesto por el Bienestar*, Ideas en Guerra, 2024, pág. 7. Véase también Ó.E. BENÍTEZ y F. TRILLO PÁRRAGA, *Conexión y desconexión digital: derechos de seguridad y salud de las personas trabajadoras*, en *Revista de Derecho Social*, 2024, núm. 106, págs. 37-54.

**LA INCAPACIDAD PERMANENTE COMO DISCAPACIDAD
Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:
MANDATO DE AJUSTES RAZONABLES Y CARÁCTER
DISCRIMINATORIO DEL CESE**

YOLANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
Juez de lo Social y Doctoranda Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL: CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN Y AJUSTES RAZONABLES
3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE SUPUESTOS EXTINTIVOS
4. CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
5. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES POSTERIORES A LA STJUE DE 18 DE FEBRERO DE 2024: ¿DESPIDO IMPROCEDENTE O NULO?
6. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 49 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
7. BIBLIOGRAFÍA

* En el marco del Proyecto I+D+i (Proyectos de Generación de Conocimiento 2023. Plan Nacional 2023): Protección social y trabajo de las personas mayores en un contexto de transformación digital y envejecimiento activo (PID2023-153014OB-I00).

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La incapacidad permanente: normativa reguladora nacional

El sistema español de seguridad social prevé en su acción protectora la incapacidad permanente derivada de contingencia común o profesional tanto en su modalidad contributiva como en la modalidad no contributiva siendo ésta última la que aquí interesa precisamente por su relación con la realización de un trabajo, bien por cuenta propia bien por cuenta ajena, y más concretamente el relativo a las personas trabajadoras por cuenta y orden de un tercero.

Se hace precisa una primera aproximación al concepto de incapacidad permanente, así como a los fundamentos de su protección.

La ley general de seguridad social aprobada mediante real decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre, define en su artículo 193 la incapacidad permanente contributiva como la situación del trabajador que, tras someterse al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral¹.

Por su parte, el artículo 193 del mismo texto legal, establece que la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará según el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado según la lista de enfermedades aprobada reglamentariamente en los siguientes grados: a) incapacidad permanente parcial. B) incapacidad permanente total, c) incapacidad permanente absoluta y d) gran invalidez y que la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará según el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo considerando la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o el grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de causar antes de causar la incapacidad permanente².

¹ En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, La Ley Unión Europea, núm. 126, 2024, señalan que el concepto de «discapacidad» presenta una textura jurídica abierta y ha de entenderse referido a una «incapacidad cualificada o agravada» con una dimensión social, que inhabilita a la persona no ya para una actividad profesional, sino para una pluralidad de actividades que cualquier otro ser humano podría llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás individuos, incidiendo en su integración en la sociedad.

² La Disposición transitoria vigésima sexta de la Ley General de la Seguridad Social establece que, en el artículo 194 solo se aplicará desde la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias del apartado 3 del artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción: 1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual, c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, d) Gran invalidez. 2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine. 3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. 4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. 5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. 6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por pérdidas anatómicas o funcionales, necesite asistencia de otra persona para los actos esenciales de la vida, como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

1.2. La extinción del contrato de trabajo con ocasión de la incapacidad permanente.

El artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y la jurisprudencia interna que lo ha interpretado, establece que la declaración de la situación de incapacidad total para la profesión habitual determina la extinción automática e inmediata del contrato de trabajo, sin trámite, condición previa ni indemnización alguna sin que se establezca una facultad extintiva a favor de la empresa empleadora sino directamente, la extinción del contrato.

El artículo 49.1.e) ET no integra el mandato de intentar “ajustes razonables”³ en el trabajo de la persona trabajadora declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual como condición o requisito previo a la extinción contractual, la cual opera automáticamente.

La norma ha permanecido inalterable desde la promulgación inicial del Estatuto por Ley 8/1980 de fecha 10 de marzo de 1980, en cuyo artículo 49.5 disponía ya la extinción contractual en los mismos términos que la norma actual, no habiendo sido modificado ni con ocasión de la promulgación de la Directiva 2000/78, ni de la ratificación por España, con fecha 3 de diciembre de 2007, de la Convención Internacional sobre personas con discapacidad, ni de la promulgación de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013), normas que establecen el mandato de “ajustes razonables” (salvo que supongan carga excesiva) e, incluso califican como discriminatorio, el incumplimiento de tal exigencia (artículo 2.1 de la Convención y artículo 63 de la referida Ley General).

Que el propósito originario del artículo 49.1.e) ET fuera ajeno a los intereses de las personas trabajadoras y que el Tribunal Supremo no se haya planteado su posible carácter discriminatorio, son elementos destacados en la cuestión debatida, señalando que la doctrina de la Sala IV ha fijado que no existe ninguna obligación para la empresa de novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de tales características, salvo que el orden normativo aplicable lo dispusiere (legal o convencionalmente), concluyendo que no tiene obligación de realizar esa reubicación, salvo que así se establezca.

2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL: CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN Y AJUSTES RAZONABLES

Debemos partir así mismo del análisis de la normativa internacional destacando en primer lugar la Convención de las Naciones Unidas, en la letra e) de su preámbulo y en

³ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, La Ley Unión Europea, núm. 126, 2024, consideran que el principio de igualdad de trato deberá erigirse en guía para la consecución de una efectiva y justa aplicación de la Directiva, toda vez que en ella se contempla la posibilidad de realizar ajustes razonables. Los empresarios han de tomar las medidas adecuadas (ya sean de carácter físico, organizativo o educativo) en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, formar parte en el mismo o progresar profesionalmente o, a fin de que, se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La Directiva prevé «medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre». Cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada y, en este sentido, un «ajuste razonable» como medida de flexibilidad interna elusiva del despido (típica medida, ésta última, de flexibilidad externa de salida), entendiéndose que esta interpretación es conforme con dicho concepto y que debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

los artículos 1, 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, sobre derechos de las personas con discapacidad concluye que el reconocimiento de la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, hace necesario el establecimiento como propósito de la Convención, la de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Como delimitación subjetiva de la incapacidad, se incluye a las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con barreras, impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Resulta de relevancia la definición que dicha Convención realiza sobre la discriminación por motivos de discapacidad y de lo que se entiende por ajustes razonables que pasamos a exponer:

- Se entiende por discriminación por motivos de discapacidad cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.
- Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

El reconocimiento del derecho de las personas discapacitadas a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, incluyendo ello el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad parte como premisa de la normativa de los Estados firmantes quiénes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

- Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;
- Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
- Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento *del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.*

En segundo lugar, en el ámbito de la Unión Europea se ha de destacar la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general

para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en cuyos considerandos 16, 17, 20 y 21, que contempla la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.

La Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad sin que se hace preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

Para determinar si las medidas provocan una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta los costes financieros y de otro tipo, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

La noción de principio de igualdad de trato se entenderá como la ausencia de discriminación directa o indirecta por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

Para la citada Directiva, existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

- a) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que,
- b) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

La Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción.
- b) *las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; (artículo 3).*

No obstante estas premisas, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 determinando que eno será discriminatorio cuando, por la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o por el contexto en que

se trate, esa característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. (artículo 4).

Por último, el artículo 5 señala que, en relación con los ajustes razonables para las personas con discapacidad, que a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE SUPUESTOS EXTINTIVOS

La cuestión debatida ha sido objeto de enjuiciamiento por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en concreto y por citar alguna sobre la materia, se destaca la Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2022, rcud. 2977/2021, y *que a su vez hace referencia a la sentencia de fecha 23 de febrero de 2016, rcud. 2271/2014, que reitera doctrina, y recordando al efecto la distinción entre declaración ordinaria y declaración especial de incapacidad permanente.*

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en unificación de doctrina sobre si la incapacidad permanente de las personas trabajadoras es una de las causas de extinción del contrato de trabajo del artículo 49.1 ET, concretamente en su letra e). Pero existe una excepción a la prevista en el artículo 48.2 ET y a la que se refiere el artículo 49.1 e) ET, según la cual la incapacidad permanente total del trabajador no causa la extinción del contrato de trabajo, sino la suspensión con reserva del puesto de trabajo durante dos años.

Se produce la suspensión del contrato de trabajo (no su extinción) durante los dos años contados desde la resolución que declare la incapacidad permanente total, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación del trabajador se revise mejor para permitir su reincorporación al puesto de trabajo (artículo 48.2 ET).

Las SSTs 28 de enero de 2013 (rcud. 149/2012) y 134/2016, 23 de febrero de 2016 (rcud. 2271/2014), denominan “ordinaria” a la incapacidad permanente extintiva del contrato de trabajo (artículo 49.1 e) ET) y “especial” a la que es suspensiva de dicho contrato (artículo 48.2 ET).

El Alto Tribunal distingue por tanto entre la incapacidad permanente total con previsión de mejoría y sin esa previsión, estableciendo una distinción entre declaración ordinaria y declaración especial de incapacidad permanente que sigue:

- a) La declaración “ordinaria” de incapacidad permanente, para la que el artículo 143.2 LGSS dispone que en su declaración se “hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional”; y respecto de la cual el art. 49.1.e) ET proclama su cualidad tratándose de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez como causa extintiva del contrato.
- b) La declaración “especial” de incapacidad permanente contemplada en los artículos 7.1 del Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio y el artículo 48 ET, y que conforme a tales preceptos, (1) solo se puede admitir “cuando, a juicio del

órgano de calificación, la situación del trabajador vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo”; (2) se haga constar en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento; (3) comporta la subsistencia de la relación de trabajo y la reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente; y (4) debe ser objeto de oportuna notificación al empresario afectado de la resolución del INSS (artículo 7.2 del Real Decreto 1300/1995).

Por su parte el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, concreta que la “subsistencia” de la relación laboral del artículo 48.2 ET “solo procederá” cuando en la resolución del reconocimiento de invalidez se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, “igual o inferior a dos años”.

El artículo 200.2 LGSS establece que toda resolución que reconozca el derecho a las prestaciones por incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, deberá constar el plazo desde el cual se instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional. Pues bien, el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995 precisa, como se ha visto, que la suspensión del contrato de trabajo del artículo 48.2 ET solo procede si en aquella resolución se hace constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado “igual o inferior a dos años”. Como dijo la STS de 28 de diciembre de 2000 (rcud. 646/2000) y recuerda la STS 76/2016, 4 de febrero de 2016 (rcud. 2281/2014), la diferencia entre el (actual) artículo 200.2 LGSS y el artículo del 48.2 ET, desarrollado este último por el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995, está en que el artículo 200.2 LGSS contempla la revisión de la incapacidad permanente como “posible” y el artículo 48.2 ET como “probable” y solo en el caso de este último precepto, el contrato de trabajo se suspende y no se extingue.

Para exponer el régimen jurídico de la incapacidad permanente total como causa extintiva del contrato de trabajo, hay que mencionar en primer lugar, que las resoluciones del INSS que reconocen incapacidades son “inmediatamente ejecutivas” (artículo 6.4 del Real Decreto 1300/1995). De conformidad con las reglas generales, la resolución administrativa ha de notificarse lógicamente al trabajador y este podrá recurrirla.

En segundo lugar, se ha de señalar que la legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de comunicación o notificación al trabajador en el supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente del artículo 49.1 e) ET y en tercer lugar, que la empresa ha de dar de baja en la Seguridad Social al trabajador cuyo contrato de trabajo se haya extinguido en el plazo de tres días naturales a contar desde el día siguiente a la extinción del contrato (artículo 32.3.2º del Reglamento General de inscripción de empresas, y afiliación, altas y bajas de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

Finalmente, hay que considerar que la pensión por incapacidad permanente total solo es compatible con el salario que percibe el trabajador en la misma empresa o en otra distinta cuando las funciones que realice no coincidan con las que causaron la incapacidad permanente total (artículo 198.1 LGSS).

En caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual, el trabajador puede seguir prestando servicios incluso en la misma empresa, si realiza tareas distintas a las habituales, puede ocurrir, entre otros supuestos, porque existe obligación establecida en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, porque así lo acuerden las partes o por decisión empresarial.

Destacando que la doctrina de la Sala IV ha fijado que no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de tales características, salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere, concluyendo “que la empresa no tiene obligación de realizar esa reubicación, salvo que así está establecido convencional o contractualmente, y con independencia de que nada le impide hacerlo”. (STS 3 de febrero de 2021, rcud. 998/2018).

Esto le lleva a la siguiente e importante conclusión “el Tribunal Supremo interpreta que el mandato de efectuar “ajustes razonables” (...) no se integra en “el orden normativo aplicable” en forma tan imperativa que obligue a entender que la facultad extintiva contemplada en el precepto cuestionado, el art. 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, deba condicionarse a la previa justificación de la imposibilidad o coste excesivo de la obligación de “ajustes razonables”. Y que la “reubicación” (único “ajuste razonable” que contempla) sólo será exigible si así lo establece el contrato de trabajo o el convenio colectivo aplicable, pero no por mandato legal”.

4. CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En estos términos, el debate se basa en la extinción prevenida en el artículo 49.1.e) ET, y albergando dudas sobre la adecuación de dicha norma respecto al mandato de adopción de “ajustes razonables” establecido en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en un supuesto que en síntesis versa sobre un trabajador que sufrió un accidente de trabajo que le causó una lesión permanente que el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoció como no invalidante, con derecho a percibir la consiguiente indemnización legalmente prevista, y que la empresa empleadora a la vista de dicha declaración, y a solicitud de la persona trabajadora, acordó un cambio de puesto de trabajo que le permitía trabajar con sus limitaciones.

El trabajador, inconforme con dicha resolución, recurrió judicialmente contra la resolución del INSS que le había denegado la incapacidad permanente y, dos años después, se le reconoció como incapacidad permanente total para su profesión habitual, sin prever la posibilidad de revisión mejoría.

La empresa comunicó a la persona trabajadora su cese en el trabajo después de la sentencia, lo que le llevó a interponer una demanda ante la jurisdicción social solicitando la declaración del despido como discriminatorio. El Juzgado de lo Social Número Uno de Ibiza en Sentencia de fecha 2 de febrero de 2020 desestimó la reclamación porque, según la doctrina jurisprudencial, el reconocimiento del grado de incapacidad permanente total conlleva la baja en la empresa y no hay obligación legal de ubicar al trabajador en otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa.

Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en Recurso de Suplicación 75/2022, (ECLI:ES:TSJBAL:2024:207) mediante Auto de fecha 30 de septiembre de 2022, elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las cuestiones prejudiciales son pertinentes por el estado actual de la cuestión, que pretenden dilucidar si el contrato de trabajo que se extingue por la discapacidad de la persona trabajadora, al declararse en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría, se adapta a las exigencias del Derecho de la Unión Europea (en particular, al artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27

de noviembre de 2000, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación). Y de forma más concreta, si es necesario acreditar la realización de adoptar ajustes razonables con carácter previo a la extinción de contratos de personas con discapacidad por parte de la empleadora.

Por su relevancia en la presente comunicación, a continuación, se transcriben las cuestiones prejudiciales formuladas por el órgano jurisdiccional español:

- 1) El artículo 5 de la [Directiva 2000/78], a la luz [de] los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?
- 2) Los artículos 2, apartado 2, y 4, apartado 1, de la [Directiva 2000/78], a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?

En respuesta conjunta a ambas cuestiones, el TJUE, mediante sentencia de fecha 18 de enero de 2024 (C-631/22 “Ca Na Negreta”, ECLI:EU:C:2024:53), se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables”.

Para el adecuado entendimiento del alcance de dicho pronunciamiento, en orden a su posterior aplicación al presente caso, resulta indispensable reproducir los razonamientos esenciales de dicha sentencia:

- 40 Para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, procede recordar, para empezar, que la Directiva 2000/78 concreta, en el ámbito regulado por ella, el principio general de no discriminación consagrado

- en el artículo 21 de la Carta, que prohíbe toda discriminación, en particular, por razón de discapacidad. Además, el artículo 26 de la Carta establece que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 27 y jurisprudencia citada).
- 41 A continuación, procede recordar asimismo que las disposiciones de la Convención de la ONU pueden invocarse para interpretar las de la Directiva 2000/78, de modo que esta última debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de octubre de 2021, Komisia za zaščita ot diskriminatsia, C-824/19, ECLI:EU:C:2021:862, apartado 59 y jurisprudencia citada).
- 42 Pues bien, en virtud del artículo 2, párrafo tercero, de dicha Convención, el concepto de «discriminación por motivos de discapacidad» se refiere a cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.
- 43 En lo que concierne a dichos ajustes, del tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en relación con los considerandos 20 y 21 de esta, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario (sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 37).
- 44 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartados 41 y 43).
- 45 En este contexto, procede señalar que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él. A este respecto, del considerando 21 de esta Directiva se desprende que para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartados 45 y 48).

- 46 Por consiguiente, el concepto de «ajustes razonables» implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 49).
- 47 En el caso de autos, de la normativa nacional controvertida en el litigio principal resulta que esta permite el despido de un trabajador cuando se le haya declarado formalmente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, sin obligar a su empleador a adoptar previamente las medidas adecuadas, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, o a mantener las medidas adecuadas que ya haya adoptado. En efecto, de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que el demandante en el litigio principal había sido reubicado en otro puesto dentro de la empresa entre el 6 de agosto de 2018 y el 13 de marzo de 2020, fecha del despido, que fue notificado por el empresario once días después del reconocimiento formal de su incapacidad para ejercer su anterior función habitual. Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, el nuevo puesto en que el trabajador había sido reubicado, durante más de un año, parecía compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo.
- 48 Como señalaron el Gobierno helénico y la Comisión Europea en sus observaciones escritas, tal normativa parece tener el efecto, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe este extremo, de dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto, en el sentido del considerando 17 de la misma Directiva y de la jurisprudencia recordada en el apartado 46 de la presente sentencia. Además, dicha normativa tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia, antes de proceder al despido del trabajador.
- 49 El hecho de que, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, se reconozca la incapacidad permanente total a petición del trabajador y de que esta le dé derecho a una prestación de seguridad social, a saber, una pensión mensual, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones, carece de relevancia a este respecto.
- 50 En efecto, tal normativa nacional, en virtud de la cual un trabajador con discapacidad está obligado a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una «incapacidad permanente total», que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una «incapacidad permanente absoluta» que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración

profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

51 Por último, en cuanto a la alegación formulada por el Gobierno español en sus observaciones escritas, según la cual el Estado miembro afectado es el único competente para organizar su sistema de seguridad social y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, procede recordar que, en el ejercicio de dicha competencia, ese Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de junio de 2022, INSS (Acumulación de pensiones de incapacidad permanente total), C-625/20, ECLI:EU:C:2022:508 , apartado 30 y jurisprudencia citada].

52 Así pues, una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78 , interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirán una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia.”

La respuesta del Tribunal de la Unión Europea se alinea por tanto con el marcado carácter protector que ha demostrado a lo largo de los últimos años frente al colectivo de personas con discapacidad, de forma consecuente y coherente con la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La STJUE de 18 de enero de 2024, asunto Ca Na Negreta, C-631/22, ECLI:EU:C.2024:53, considera que se opone al Derecho de la Unión Europea una modalidad extintiva nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva (apartado 53 de la sentencia).

Los argumentos del pronunciamiento judicial para llegar a esta tesis parten de la aplicación de la situación en la Directiva 2000/78/CE, toda vez que nos encontramos ante un despido al tratarse de una extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento (apartado 36 de la sentencia). (en consonancia con el pronunciamiento de la STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, ECLI:EU:C:2015:743 Pujante Rivera).

La cuestión relativa a la condición de discapacidad de la persona trabajadora no es objeto de tratamiento exhaustivo, ya que el órgano judicial que plantea la cuestión señala el reconocimiento oficial de esta circunstancia (apartado 37 de la sentencia). Y una vez definida la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, el Tribunal se encarga de apuntar que la extinción automática no condicionada a la realización de ajustes razonables menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la citada Directiva, ya que impide la consecución del objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad (apartado 50 de la sentencia).

Conviene apuntar en este sentido que la existencia de una prestación de seguridad social conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras

funciones no es una circunstancia relevante (apartado 49 de la sentencia), cuestión esta que no puede pasar inadvertida toda vez que la prestación de Seguridad Social podría haber sido considerada una circunstancia a ser valorada en el marco de la existencia de carga excesiva (artículo 5 in fine de la Directiva 2000/78/CE), si bien el Tribunal europeo ventila esta cuestión de modo taxativo⁴.

5. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES POSTERIORES A LA STJUE DE 18 DE FEBRERO DE 2024: ¿DESPIDO IMPROCEDENTE O NULO?

A raíz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de fecha 18 de enero de 2024, asunto Ca Na Negreta, C-631/22, ECLI:EU:C:2024:53, se debe razonar ahora la calificación jurídica que merece el despido de una persona trabajadora que ha sido declarada en situación de incapacidad permanente que ve extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de dicha declaración.

A la luz de la normativa internacional y comunitaria que define la discapacidad y establece las medidas protectoras de las personas con discapacidad en relación con la legislación española, en concreto los artículos 2 m), 4, 40 y 63 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se definen lo que se entiende por ajustes razonables⁵, quienes son los titulares de los derechos de la citada Ley, que medidas deben adoptarse para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de plena igualdad en el trabajo y, finalmente, cuando se entiende que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades, el TJUE nos recuerda que:

- a) El empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 37).
- b) El artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para ello. Del considerando 21 de la Directiva se desprende que, para determinar si las medidas dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartados 45 y 48).

⁴ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: Anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22. Los Briefs de la AEDTSS, 8, 2024.

⁵ Artículo 2 m) Ley Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que define los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

- c) Cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable⁶ a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartados 41 y 43).
- d) El concepto de “ajustes razonables” implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario por lo que el concepto de ajustes razonables habrá de realizarlo el empresario, siempre que sea posible y cuando, a causa de la discapacidad del trabajador, no pueda éste realizar sus funciones esenciales en el puesto de trabajo. Por tanto, de lo que se trata es de una adaptación o reubicación en un puesto para el que el trabajador disponga de competencias, capacidades y de la disponibilidad exigida al efecto. (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 49).
- e) La normativa nacional, según la que un trabajador con discapacidad puede soportar el riesgo de perder su empleo para disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado según el artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una incapacidad permanente total que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una incapacidad permanente absoluta que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

Lo que nos dice el TJUE es que la normativa en la que apoya su decisión, en particular el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, convierte la discapacidad del trabajador en una causa de despido cuando las normas nacionales de los Estados miembros no exigen que el empresario, con carácter previo, prevea o mantenga ajustes razonables para permitir a la persona trabajadora conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva teniendo en cuenta los costes financieros que tales ajustes exijan, el tamaño de la empresa, sus recursos financieros y el volumen de negocios total, así como la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayudas. Se precisa por el TJUE, citando su sentencia de fecha 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, que solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si por lo menos hay un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar.

En consecuencia, la norma española, en concreto el artículo 49.1 e), que prevé la extinción del contrato de trabajo “*Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente*”

⁶ ROJO TORRECILLA E.: Lo que determina la inadecuación de la norma nacional no es la facultad extintiva en sí misma, sino que pueda ejercerse “sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables”.

total o absoluta del trabajador; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2”, sin establecer que el empresario debe llevar a cabo los ajustes razonables para el mantenimiento del empleo del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, ni a demostrar que ello supondría una carga excesiva, se opone a toda la normativa internacional que sustenta la decisión del TJUE.

Ello implica que la norma española, a partir de la sentencia del TJUE, ya no puede aplicarse, de manera que en aquellos supuestos que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo denominaba “*declaración ordinaria de incapacidad permanente*”, para la que el artículo 200.2 LGSS dispone que se hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, no puede configurarse como una causa automática de extinción del contrato de trabajo. Será preciso, insistimos, en que, previamente, la empresa lleve a cabo los ajustes razonables que sean precisos para el mantenimiento del trabajo del incapacitado o, si ello no es posible, justifique que ello supone una carga excesiva que no puede asumirse.

Habrá que profundizar por tanto en los conceptos de “razonabilidad del ajuste” y “carga excesiva para el empresario” y en las posibles medidas de ajuste adecuadas y eficaces para atender a la protección de los derechos de las personas trabajadoras. Entre otras: modificaciones de jornada, cambio de puesto de trabajo, apoyo especial específico para la persona trabajadora, medidas de adaptación del tiempo de trabajo, ajustes de la movilidad geográfica, suspensión temporal del contrato, formación y apoyo personal específico, etcétera. Sin olvidar los problemas procesales que puede generar la aplicación de la doctrina establecida por el TJUE, como la prueba de la razonabilidad de los ajustes y de la proporcionalidad de la medida en relación con las condiciones de la empresa⁷.

CALIFICACIÓN DE LA DECISIÓN EXTINTIVA DE LA EMPRESA

En el caso que el trabajador haya sido declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual⁸ y que la empresa para la que presta servicios no lleve a cabo los ajustes razonables para el mantenimiento del puesto de trabajo ni justificase que ello fuera una carga excesiva para la misma, la solución no puede ser otra que afirmar que la decisión empresarial no fue una extinción contractual que pueda encontrar albergue en el artículo 49 ET y por ende es constitutiva de despido.

De la STJUE de 18 de enero de 2024 deriva la necesaria e integral protección del trabajador incapacitado que, por aplicación de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, (artículo 4.2), la persona trabajadora tiene reconocida la condición de persona discapacitada, y la protección del empleado no se cumple de forma adecuada dando al empresario la posibilidad legal de mantener o extinguir el contrato de trabajo.

De conformidad con la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, en cuyo artículo 26 prevé la nulidad de pleno derecho para las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen

⁷ Servicios Jurídicos de UGT “Incapacidad permanente total y adaptación del puesto de trabajo. STJUE de 18 de enero de 2024, Asunto C-631/22. Comentarios. Febrero de 2024, N°117.

⁸ ROJO TORRECILLA E.: Tras la petición de decisión prejudicial y la sentencia del TJUE, el TSJ de las Islas Baleares declara la improcedencia de la extinción del contrato que fue la única pretensión de la parte recurrente. La declaración de inadecuación (“se opone”) de la norma nacional, el art. 49.1.e) ET que habilita a la extinción contractual, se refiere, exclusivamente, al trabajador/a “en situación de incapacidad permanente para ejecutarlas tareas que le incumben”, esto es, en situación de incapacidad permanente total (no, por el contrario, a las situaciones de incapacidad absoluta o gran invalidez).

discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de la Ley.

Algunos pronunciamientos judiciales consideran que ante esta situación nos encontramos en presencia de lo que podríamos llamar causa de nulidad puramente objetiva, es decir, para el caso de que no se aprecie una intención discriminatoria consciente por parte de la empresa, y no se vislumbre en la decisión de la empresa una causa, razón, motivación o fundamento intencional de la extinción del contrato de trabajo para discriminar al trabajador⁹.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 3 de mayo de 2016, rcud. 3348/2014, estableció, después de analizar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que “Después de rechazarse en la sentencia transcrita la existencia de discriminación en el sentido en que lo entendió la sentencia recurrida, se ocupa aquélla en dar respuesta a los argumentos utilizados en la segunda línea de argumentación de la tesis de la nulidad del despido por enfermedad, que fue, tal y como se dijo al relatar la forma y los razonamientos que se contiene en la sentencia de instancia, la equiparación de la enfermedad a la discapacidad.

En nuestra anterior sentencia rechazamos esa equiparación. En principio hay que decir que, efectivamente, esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al artículo 4.2.c), párrafo 2º ET (“Los trabajadores... en la relación de trabajo... tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables. Y así se rechaza esa equiparación afirmando que la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un ‘estatus’ que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido”.

Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

Como ha recordado la STS de 22 de noviembre de 2007, la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de fecha 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la equiparación de ambos

⁹ STJ de Murcia de fecha 20 de febrero de 2024 dictada en el Recurso de Suplicación 457/2023.

conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que “la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período”, por lo que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78. A ello se añade que ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad y que no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual). (STS de 12 de julio de 2012, rcud. 2789/2011)¹⁰

Pues bien, dicha jurisprudencia, tras la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 ya no puede aplicarse en los términos en los que se pronuncia.

En efecto, el artículo 4.2 e) ET proclama el derecho al respeto a la intimidad y a la consideración debida a los trabajadores, entre otras razones, por su discapacidad. Tal condición la tiene, repetimos una vez más, la persona trabajadora, pues así se desprende la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 4.

Ello sólo puede conducirnos a calificar la extinción del contrato como despido nulo con las consecuencias previstas en el artículo 113 de la LRJS, esto es la readmisión del trabajador y el abono a éste de los salarios de tramitación oportunos al no haberse dado cumplido por parte de la empresa con la carga de la prueba que le impone el artículo 96.1 de la LRJS al tener el trabajador declarada la situación de incapacidad permanente total la condición de persona discapacitada.

6. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 49 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

El Gobierno ha aprobado, a propuesta de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, la reforma del artículo 49.1.e) ET que permitirá eliminar como causa automática de extinción de la relación laboral el reconocimiento de la incapacidad permanente de la persona trabajadora. La norma recoge el acuerdo alcanzado con el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)¹¹.

La eliminación de la extinción automática del contrato en los casos en que la persona trabajadora accede a la situación de incapacidad permanente total, absoluta o la hasta

¹⁰ Sentencia de 12 de julio de 2012, rcud. 2789/2011 contiene el siguiente razonamiento: “El desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE, ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas (entre otras, STS 29 de enero de 2001, rcud. 1566/2000 y STS 11 de diciembre de 2007, rcud. 4355/2006). No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal”.

¹¹ RIVAS VALLEJO, P.: La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato concluye que el efecto «dominó» de la STJUE de 18/1/2024 exige la reforma del conjunto normativo descrito (arts. 48.2 y 49.1 e ET y art. 7.1 RD 1300/1995), que, no obstante, ya se deducía del marco normativo nacido a partir de la propia Directiva 2000/78 como de la LDPDIS, y, por consiguiente, venía requerido por este. Dicha reforma resultaría compatible con la dicción del art. 200.2.2° LGSS, en cuanto éste dispone la revisión de la situación de incapacidad permanente en todo momento como consecuencia del ejercicio de un

ahora denominada gran invalidez, permite proteger más eficazmente el empleo de las personas con discapacidad y cumple con una de las propuestas recogidas en el Libro Blanco sobre empleo y discapacidad.

Esta medida supone un nuevo blindaje de los derechos de las personas con discapacidad y permitirá alinear nuestro marco laboral a los mandatos de la Ley de las personas con de Discapacidad. El objetivo es ofrecer un empleo decente para las personas con discapacidad, eliminando una discriminación como la que suponía el despido automático en determinadas situaciones de discapacidad, priorizando opciones como la adaptación del puesto de trabajo o el pase a otras funciones.

Además, se van a desplegar las medidas contempladas en el Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad para reforzar el acceso de las personas con discapacidad al empleo y ensanchar sus derechos, como se hizo en la reciente modificación del artículo 49 CE.

Por tanto, será obligatorio que las empresas realicen los ajustes razonables que permitan a las personas con discapacidad ejerzan su derecho al trabajo, incluso si acceden a la situación de discapacidad con posterioridad al inicio de su actividad profesional.

6.1. Elección voluntaria

La modificación del artículo 49.1.e) ET eliminará la referencia a la extinción automática por invalidez, incapacidad permanente absoluta e incapacidad permanente temporal, separando con ello estas causas de la muerte de la persona trabajadora: la incapacidad permanente no ha de suponer la muerte civil y laboral de la persona trabajadora.

La posibilidad de extinguir el contrato, hasta ahora en manos de la empresa, se condiciona a la voluntad de la persona trabajadora que podrá solicitar:

- La adaptación del puesto de trabajo
- El cambio a otro puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con su perfil profesional y compatible con su nueva situación

El texto aprobado también establece los criterios que permiten determinar cuándo los ajustes necesarios constituirían un coste excesivo para la empresa valorando, de manera específica, si los gastos de adaptación pueden sufragarse con ayudas o subvenciones públicas de manera parcial o total y, en su caso contrario, si son excesivos en relación con el salario medio, el tamaño y el volumen de negocio de la empresa.

La norma también se refiere a la posibilidad de que las personas trabajadoras requieran formación en prevención de riesgos laborales para su nueva situación.

Los servicios de prevención de riesgos laborales y la representación legal de los trabajadores colaborarán para determinar, en cada caso, los ajustes necesarios para adaptar el puesto a la nueva situación o para seleccionar otros puestos de trabajo.

6.2. Cómputo de plazos

Desde esa notificación del reconocimiento de la incapacidad permanente, el trabajador o trabajadora tendrá un mes para decidir si quiere seguir en su puesto. Será entonces cuando la empresa tenga tres meses, como máximo para adaptarlo a las nuevas

trabajo, por cuenta propia o ajena, a los solos efectos de valorar un posible cambio de la capacidad funcional, y no de extinguir la situación de manera automática. Pero convertiría a la causa del art. 52 a) ET en la única habilitante de la decisión extintiva empresarial y, por consiguiente, con carácter indemnizado.

necesidades, para cambiar a otra posición o para extinguir el contrato si concurren los elementos necesarios para acceder a este extremo.

Durante el periodo de espera, la persona trabajadora percibirá el subsidio de Incapacidad Temporal lo que permitirá evitar vacíos de cobertura en la protección¹².

7. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA-GARCÍA, B.: Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo. Comentario a la STJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22). Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, ISSN-e 2792, ISSN 2792-8314, N°480, 2024, págs. 191-199.

BELTRÁN DE HEREDIA, I.: La extinción del contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente total no puede ser automática (STJUE18/1/24). Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales. 19 de enero de 2024.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: Anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22. Los Briefs de la AEDTSS, 8, 2024.

LIBRO BLANCO SOBRE EMPLEO Y DISCAPACIDAD. Obra impulsada por Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Economía Social, CERMI y Fundación ONCE. Catálogo de Publicaciones Oficiales de la Administración General del Estado: <https://cpage.mpr.gob.es>. Julio 2023 NIPO: 132-23-014-5.

MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, La Ley Unión Europea, núm. 126, 2024.

ROJO TORRECILLA, E.: La importancia de los ajustes razonables. La declaración de incapacidad permanente total (= persona con discapacidad) no puede extinguir automáticamente el contrato de trabajo. Notas a la importante sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22). El Blog de Eduardo Rojo. 15 de abril de 2024.

SERVICIOS JURÍDICOS DE UGT, Incapacidad permanente total y adaptación del puesto de trabajo. STJUE de 18 de enero de 2024, Asunto C-631/22. Comentarios. Febrero de 2024, N°117.

SÁNCHEZ PUJALTE, L.: Las múltiples derivadas de la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22 Ca Na Negreta): ¿un nuevo concepto de incapacidad permanente total? Diario La Ley, 21 de febrero de 2024.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: El caso Na Negreta conmociona la IPT (STJUE 18 enero 2024). Revista de actualidad jurídica Aranzadi, ISSN 1132-0257, N°1004, 2024.

RIVAS VALLEJO, P.: La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato. Revista de Jurisprudencia Laboral Número 1/2024.

<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/19421-el-gobierno-modifica-el-estatuto-de-los-trabajadores-para-eliminar-el-despido-automatico-por-incapacidad-permanente>

¹² <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/19421-el-gobierno-modifica-el-estatuto-de-los-trabajadores-para-eliminar-el-despido-automatico-por-incapacidad-permanente>

**LA RETRIBUCIÓN DE NOCTURNIDAD EN EL MARCO
DE LA TENSIÓN ENTRE PROTECCIÓN MONETARIA Y
PREVENCIÓN PRIMARIA DE RIESGOS: CONFLICTOS EN
EL MARCO DE UN SISTEMA MULTINIVEL EUROPEO DE
GARANTIAS**

MARÍA MARTA MARTÍNEZ JIMÉNEZ
Estudiante de Doctorado
Universidad de Jaén
Mmmj0004@red.ujaen.es
Orcid: 0009-0007-8404-1721

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN Y METODOLOGÍA
2. FACTOR DE RIESGO Y FACTOR DE PROTECCIÓN DE LA SALUD: EL TIEMPO DE TRABAJO. EN ESPECIAL, NOCTURNIDAD Y TURNICIDAD
3. TRATAMIENTO ESPECIAL DEL SISTEMA DE TRABAJO NOCTURNO COMO FACTOR DE PENOSIDAD EN EL SISTEMA MUTINIVEL DE GARANTÍAS DEL DERECHO A LA SALUD: ¿UE VERSUS CONSEJO DE EUROPA?
4. ESTUDIO DEL ACTUAL ESTADO DE SITUACIÓN DE ESTE COMPLEMENTO: APROXIMACIÓN CONVENCIONAL NACIONAL
5. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS DE PROGRESO PARA EL IMPULSO DE LA CULTURA PREVENTIVA FRENTE A LA RETRIBUTIVA
6. BENCHMARKING CONVENCIONAL: SELECCIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS DE LA REGULACIÓN CONVENCIONAL
7. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN EJECUTIVO

La cuestión íntimamente relacionada con la seguridad y salud en el trabajo es la relativa al trabajo nocturno y a turnos, en general. En la regulación del trabajo nocturno se plantea una tensión entre la compensación económica y la prevención de riesgos laborales, reflejada en el artículo 36 del Estatuto de los Trabajadores. Esta tensión se encuentra en un sistema multinivel de garantías teniendo en cuenta la regulación internacional y la europea (Comunitaria y Consejo de Europa). La UE, mediante la Directiva 2003/88/CE protege a las personas trabajadoras nocturnas. El Consejo de Europa promueve estándares de derechos humanos y condiciones laborales justas a través de la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derecho Humanos. Los conflictos en este sistema multinivel surgen al evaluar el grado de cumplimiento de los Estados miembros (STJUE del 20 de junio de 2024, asunto C-367/23).

Para abordar estos conflictos, se necesita un enfoque integrado que considere tanto la compensación económica como las medidas preventivas. Este estudio analiza el marco legal y los convenios colectivos que rigen la retribución de nocturnidad, evaluando los factores de riesgo asociados al trabajo nocturno y las prácticas y propuestas para mejorarlo, con el objetivo de determinar si la evolución sigue más un camino que otro, si prima la prevención sobre lo monetario, o no.

EXECUTIVE SUMMARY

The issue closely related to occupational health and safety is night work and shift work in general. In the regulation of night work, there is a tension between economic compensation and occupational risk prevention, as reflected in article 36 of the Spanish Workers' Statute. This tension is found in a multilevel system of guarantees, taking into account international and European (Community and Council of Europe) regulations. The EU, through Directive 2003/88/EC, protects night workers. The Council of Europe promotes human rights standards and fair working conditions through the European Social Charter and the European Convention on Human Rights. Conflicts in this multilevel system arise when assessing the degree of compliance of Member States (CJEU 20 June 2024, Case C-367/23).

To deal with these conflicts, an integrated approach is needed that considers both financial compensation and preventive measures. This study analyses the legal framework and collective agreements governing night work pay, assessing the risk factors associated with night work and the practices and proposals for improvement, with the aim of determining whether developments are moving in one direction or the other, whether prevention takes precedence over money, or not.

1. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN Y METODOLOGÍA

Cierto es que el sistema de prevención de seguridad y salud en los entornos de trabajo poseen diferentes desafíos para corregir y mejorar aquellos aspectos más negativos – como la morbilidad y accidentalidad – y contribuir de manera más justa, eficiente y eficaz al bienestar integral de la población trabajadora. En un mercado cada vez más globalizado, competitivo y cambiante, los derechos humanos fundamentales del mundo laboral serán constituidos por la seguridad y salud en los entornos de trabajo entendida

como el núcleo duro por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Todo ello, conlleva a que los propios Estados modifiquen sus normativas con el objetivo de generar esa adaptabilidad en esta materia. Justamente, esta situación se está llevando a cabo en España. Además, resulta totalmente necesario que formen parte del proceso la sociedad económica y civil, tal y como lo requiere la OIT – tras la versión emendada de la Declaración de la OIT de 1998 sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo –.

Esta llamada a España se está atendiendo mediante la Mesa de Diálogo Social para la reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) tras la aprobación de la vigente Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo para los años 2023-2027. Asimismo, el V acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva (V AENEC) ha insistido en la mejora de la autorregulación colectiva de cara a mejorar la salud y seguridad en el ámbito laboral, con la intención de añadir nuevos enfoques y dar mayor impulso a los aspectos más clásicos.

En definitiva, se está produciendo una gran evolución en la situación convencional española en relación al tiempo de trabajo, así como a la distribución del trabajo a ritmo, que está estrechamente vinculada a las cuestiones de seguridad y salud en el trabajo. Y si hay una cuestión relacionada con el tiempo de trabajo, esa es la relativa al trabajo a turnos en general, y el trabajo nocturno en particular. En la regulación de esta última modalidad de horario de trabajo nos encontramos la convergencia de dos lógicas diferentes, en principio convergentes, aunque, en la práctica, tienden a mantener una tensión e incluso conflictos relevantes: la lógica laboral de la retribución de este tipo de situaciones de especial penosidad, y la lógica de salud laboral sobre la prevención de estos factores de riesgo. Un ejemplo inequívoco de esta tensión es el art. 36 ET, especialmente sus apartados 2 y 4.

Esta tensión de lógicas reguladoras del trabajo a turnos (monetaria versus preventiva) está muy presente en el denominado sistema multinivel de garantías del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, atendiendo tanto a la regulación social internacional (Convenios OIT) como a las diversas regulaciones europeas, la comunitaria y la del Consejo de Europa. Una cuestión que, aunque clásica, está siempre en el centro del debate, más en un momento de reforma legislativa como el centro del debate. La UE, a través de directivas como la Directiva 2003/88/CE, relativa al tiempo de trabajo, establece una serie de disposiciones dirigidas a proteger la salud y la seguridad de las personas trabajadoras nocturnas. El Consejo de Europa, con instrumentos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea (CSE), promueve estándares de derechos humanos y condiciones laborales justas. Los conflictos en este sistema multinivel pueden surgir al evaluar el grado de cumplimiento de los Estados, como refleja la reciente STJUE de 20 de junio de 2024 asunto C-367/23, al existir divergencias en la interpretación de las normativas, o cuando los estados miembros deben equilibrar los requisitos de ambos organismos con sus propias políticas laborales.

Como objetivo general del estudio, se realizará un examen de la situación de efectividad actual de las cláusulas convencionales en materia de seguridad y salud en el trabajo en relación al tiempo de trabajo, con especial referencia a la nocturnidad y a turnos. Se ha examinado de forma exhaustiva los convenios colectivos que rigen la retribución de nocturnidad en la muestra referencial de todos los colectivos vigentes publicados en BOE desde 2022 a la actualidad (cerrada la muestra en septiembre del año 2024), tanto sectoriales como de empresas. El análisis incluye, asimismo, una extensa muestra de convenios colectivos de ámbito territorial inferior, tanto autonómicos como provinciales, y sectoriales o de empresa.

Además, se realizará una especial revisión de viejas y nuevas dimensiones de la tensión entre monetización de la prevención y protección primaria eficaz. Una mirada –cuantitativa y cualitativa– a la evolución del complemento de nocturnidad, analizando los factores de riesgo asociados al trabajo nocturno, ligados a las prácticas y propuestas que buscan mejorar la situación de las personas trabajadoras nocturnas.

2. FACTOR DE RIESGO Y FACTOR DE PROTECCIÓN DE LA SALUD: EL TIEMPO DE TRABAJO. EN ESPECIAL, NOCTURNIDAD Y TURNICIDAD

La regulación de la seguridad y salud en el trabajo desde un escenario preventivo asume una especial dimensión transversal, por lo que tiene una gran repercusión tanto en las fases de organización del trabajo como en las condiciones contractuales del mismo. Precisamente, la seguridad y salud en el trabajo se encuentra mayormente vinculada a una de esas condiciones laborales, desde el surgimiento legislativo sociolaboral, tratándose del tiempo de trabajo. Asimismo, la STJUE de 20 de junio de 2024 C-367/2024 recuerda el deber sobre el cumplimiento de obligaciones en el seno de la evaluación de la salud de las personas trabajadoras que se encuentran desarrollando su actividad profesional en horario nocturno – tal y como recoge el Convenio 171 OIT en su art. 4 –, de la misma forma, el artículo 9.1. a) Directiva 2003/88/CE del parlamento europeo (alude a la ordenación del tiempo de trabajo) prevé dicha obligatoriedad.

Justamente, la proliferación de mayores riesgos es ocasionada por el modelo de organización del trabajo que posee horarios a turnos y nocturno. Es por ello que desde hace décadas el TJUE reconoce que sea una cuestión de seguridad y salud, al igual que la Directiva responde a esta conexión entre la regulación de la jornada de trabajo y la salud de la persona trabajadora, teniendo en cuenta sus descansos y límites. Así surge el enfoque preventivo, a consecuencia de predominar el deber de adaptación del puesto de trabajo a las personas, tal y como recoge el artículo 36 ET, que anticipa lo que posteriormente aparece reflejado en el artículo 15 LPRL.

Cuando la acción preventiva versa en la calidad de vida, centrándose más allá en minimizar los riesgos y daños, surge esta transversalidad. Un ejemplo claro de ello es el Convenio Colectivo de la Comunidad de Madrid del Sector Estacionamiento Regulado de Superficie y Retirada y Depósito de Vehículos de la Vía Pública (B.O.C.M. 2 de marzo de 2023). Su artículo 64 refiere que *los planteamientos, actuaciones y medidas que conjuntamente empresas y trabajadores/as pongan en ejecución sin condicionar la actividad, irán encaminadas a lograr una mejora en la calidad de vida de la plantilla afectada.*

Pese a que son diferentes las razones, intereses o fines a los que responde la regulación del tiempo de trabajo – unos extrapatrimoniales y otros patrimoniales – el más común es el amparo de la salud de las personas empleadas. Es por ello que muchos de sus aspectos se relacionen con las políticas de salud y seguridad en el trabajo, como su distribución y duración.

En general, los convenios colectivos hacen referencia a estos aspectos desde una perspectiva de gestión contractual laboral, haciendo mayor hincapié en las claves profesionales y económicas de las personas empleadas, más que en la propia prevención de riesgos laborales, bien para promover el bienestar psicosocial o bien para prevenir riesgos. En esta línea, surge un gran campo de regulación convencional para la negociación colectiva, aunque no sean conscientes en la mayoría de casos. Todo ello,

como consecuencia de la amplificación que ha sufrido el tiempo de trabajo en términos de objetivos o finalidades de política jurídica que sirven de base para la autorregulación colectiva. Esta conexión viene especialmente citada por el STJUE 2 de marzo de 2023 C-477/21.

La regulación del tiempo de trabajo y la protección-promoción de la salud poseen una estrecha conexión tal y como evidencia la doctrina jurisprudencial, aunque nos centremos en aspectos más eminentes como la ordenación del trabajo nocturno. Aquí converge una especial tensión entre la lógica preventiva y la lógica laboral. Por ello, y debido también a su gran relevancia actual económico-laboral y político-sindical, es necesario traer a colación la STJUE de 14 de mayo 2019 C-55/18, con motivo de la creación de la Mesa de Diálogo Social sobre reducción de la jornada de trabajo.

La cuestión que versa sobre el registro de jornada de trabajo, planteaba mejorar la identificación y pago de las horas extra, pero el TJUE incluyó la perspectiva preventiva, sin perjuicio de asumir la parte probatoria del conflicto – patrimonial – que tenía lugar por las horas extraordinarias. Precisamente, es posible comprobar que la regulación que lleve a cabo el convenio colectivo poseerá mayor incidencia en el bienestar de la salud de las personas trabajadoras, así como, de sus entornos de trabajo, sin perjuicio de otorgar los medios necesarios para probar la realización de horas extraordinarias.

Cierto es que, esta relación entre la regulación del registro horario con la salud laboral no es la única dimensión que debe tener un tratamiento convencional, pero sí es necesario que se sea consciente de esa dimensión preventiva. Es por ello que, el sistema de registro de jornada debe aparecer en la regulación convencional como el sistema más adecuado, no el que genere mayor flexibilidad empresarial ni el que suponga menor coste para la empresa. Además, en nuestros días, se encuentra en juego la seguridad y salud de las personas trabajadoras como lo relativo a la protección de datos personales de especial sensibilidad, más comúnmente conocidos como datos biométricos. Otra cuestión más que refleja la dificultad de la prevención y que debe ser tenida en cuenta también por la regulación convencional.

Por otro lado, aunque la negociación colectiva no tenga en cuenta toda su significación, esta conexión es bastante clarificadora, y es que, el TJUE nos recuerda la obligación de cumplir con las responsabilidades que llevan implícitas la evaluación de la salud de las personas trabajadoras en horario nocturno, tal y como establece el ya mencionado art. 9.1.a) de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. De no cumplir con esta obligación, la reparación del daño será un derecho de la persona trabajadora, siempre que le sea posible probar el daño reclamado. En aras de esta dimensión reparadora en la que desemboca, lo más significativo es la dimensión preventiva que se asume en primer lugar.

En este sentido, es la empresa quien debe adaptar el puesto de trabajo a la persona trabajadora, tal y como establece el principio de gestión ergonómica. El art. 36.5 ET es inequívoco:

“El empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Dichas exigencias

deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo.”

Aunque no se trata de la única solución posible, la mayor penosidad del trabajo nocturno frente a la del diurno tratando de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras es posible reducir el tiempo normal del trabajo nocturno – tal y como nos recuerda la STJUE 24 de febrero de 2022 C-262/20 –. La autorregulación convencional se encuentra ante una amplísima variedad de soluciones con las que ser un garante social preventivo. La organización del trabajo a turnos y nocturno son prácticas que han de entenderse como factores de riesgos adicionales, no solo psicosociales, también de seguridad e higiene. En diferentes ocasiones podemos encontrar que los propios convenios colectivos aluden a estas formas de trabajo, pero no lo hacen en atención a los riesgos laborales – y de hacerlo, son minoritarios –.

Además, para las personas trabajadoras que son menores de edad¹ si se establecen en los convenios una dimensión de salud, pero si se trata de contratos formativos, simplemente media la formación ante la prevención². A colación nos permite traer las Conclusiones del año 2023 del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)³ para España en relación al art. 7.8 CSE en la que recogen un incumplimiento por parte del estado español al no proporcionar información sobre la prohibición del trabajo nocturno en menores de 18 años, excepto en determinados empleos⁴. Por lo que, tras el análisis de la muestra convencional y ante la respuesta del CEDS no se ejerce de forma exhaustiva y amplia esa protección de la seguridad y salud en colectivos especialmente protegidos como los menores de 18 años. Sin embargo, si hacemos referencia a mujeres trabajadoras embarazadas, la protección reaparece⁵.

En general, en la gestión del tiempo de trabajo, las formas de trabajo nocturnos y a turnos aumenta el enfoque de seguridad y salud, pero sin ser suficiente puesto que la dimensión económica suele tener mayor peso⁶.

3. TRATAMIENTO ESPECIAL DEL SISTEMA DE TRABAJO NOCTURNO COMO FACTOR DE PENOSIDAD EN EL SISTEMA MUTINIVEL DE GARANTÍAS DEL DERECHO A LA SALUD: ¿UE VERSUS CONSEJO DE EUROPA?

Como ya veníamos destacando en relación a los aspectos más relevantes del tiempo de trabajo desde una perspectiva de gestión de salud, que en función de esta última y la autorregulación convencional – también teniendo en cuenta los acuerdos de empresa –, actuará como factor de protección o factor de riesgo. En esta línea, es notable la conexión especial que surge entre las políticas de seguridad y salud en el trabajo – al igual que con la promoción del bienestar en los entornos laborales (y fuera de ellos) – con los

¹ Art. 84.7 del XXVIII Convenio colectivo de Repsol Butano, SA («BOE» núm. 83, de 7 de abril de 2023), a través de una mera remisión a la ley de prevención.

² En este sentido, el Convenio Colectivo del Sector Construcción y Obras Públicas, suscrito por la Organización Empresarial Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid (AECOM).

³ European Committee Of Social Rights. (2023). Conclusions 2023 Spain. Publicado en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{?%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],%22tabview%22:\[%22document%22\],%22escdocument%22:\[%222023/def/ESP/7/8/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{?%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],%22tabview%22:[%22document%22],%22escdocument%22:[%222023/def/ESP/7/8/EN%22]})

⁴ Salcedo Beltrán, C. (2024). “Conclusiones 2023 del Comité Europeo de Derecho Sociales: los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte de España. Lex Social, Revista De Derechos Sociales, Núm. 14. Publicado en: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.10316>

⁵ CCE de las empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 («BOE» 14 de diciembre de 2022).

⁶ VI CC de Air Europa Líneas Aéreas, SAU (Técnicos Mantenimiento de Aeronaves).

sistemas de trabajo a turnos y nocturno. No fue casualidad que el art. 36.5 ET anticipara la formulación del principio de gestión ergonómica del puesto de trabajo mucho antes que lo hiciera la LPRL (con motivo del desarrollo del Derecho de la UE). Por lo que, como ha reconocido – la ya estudiada – STJUE 24 de febrero 2022 C-262/20:

habida cuenta la mayor penosidad del trabajo nocturno frente al trabajo diurno, la reducción del tiempo normal del trabajo nocturno con respecto al del trabajo diurno puede constituir una solución adecuada para garantizar la protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores afectados, si bien no se trata de la única solución posible.

Justamente, en la respuesta a la ordenación del tiempo de trabajo nocturno a través de una retribución específica – una cuestión bastante incisiva por parte de la normativa comunitaria y su jurisprudencia – un amplio tratamiento convencional necesitaría una perspectiva evaluadora distinta en el marco de esta situación, refiriéndose a la generalidad entre los tratamientos preventivos y tratamientos monetarios en aquellos ámbitos que afectan a la salud y seguridad en el trabajo. Sin embargo, a pesar de la autonomía clara que posee esta regulación en comparación a la penosidad, peligrosidad y toxicidad, sus coincidencias son notorias en tanto que la nocturnidad es un factor de especial penosidad específico y diferenciado. Esta conexión es simplemente un preludio de algo que no será nada poco frecuente en la negociación colectiva española, en esa línea, aparecerán los pluses de peligrosidad, penosidad o toxicidad y, también el plus de nocturnidad – bien el mismo precepto o en contiguos –.

Por ejemplo, el citado art. 17 del CC de Empresas Minoristas de Alimentación del Principado de Asturias (2021-2024) (BOPA 22 de noviembre de 2022), en su párrafo tercero, dice:

Percibirán igualmente el plus señalado en el párrafo primero de este art. [penosidad, peligrosidad, toxicidad] en las condiciones que en el mismo se señalan [el favor por la adopción de medidas técnicas correctoras] las personas trabajadoras que realicen trabajos nocturnos.

El Estatuto de los Trabajadores a través de su art. 36 establece una regulación determinada y de índole garantista de esta modalidad de organización del tiempo de trabajo. En cuanto al modo de compensación, impuesta por el Derecho de la Unión Europea, es llamativa la preferencia que otorga a los aspectos retributivos en dinero, respecto de aquellas alternativas que pudieran reducir la exposición a los riesgos para la salud que provoca, más bien conocidas como “excepción”. Sin embargo, la actualidad en esta materia viene determinada en una reciente doctrina del TJUE, además de interesante, vuelve a generar el debate sobre esta dialéctica entre la compensación a través de mayores descansos o tiempo de trabajo reducido – de acuerdo con lo sucedido en relación a los complementos por ruido (un plus que posee especial importancia en determinados sectores industriales y también especial regulación en los convenios colectivos, ej. CC del sector Industrias Cárnicas (BOE 13 de julio de 2022)) y la compensación monetaria.

En primer lugar, habría que destacar la citada SJUTE 24 de febrero 2022 C-262/20 y teniendo en cuenta la Directiva 2003/88/CE concretamente en sus art. 8 y art. 12.a) en la que se establece que la especial penosidad del trabajo nocturno en relación al diurno – llevaría implícita riesgos especiales, así como, mayores tensiones físicas y psíquicas (estrés) – lleva asociada una compensación de tipo específico y, serán los Estados quienes decidirán que modalidad elegir. En este sentido, queda claro que esta modalidad puede no ser de carácter económico necesariamente, sino que puede primar la protección de la seguridad y salud en el trabajo con medidas de diferente carácter, como la concesión de periodos de tiempo libre o de descanso adicional – teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad – o bien, mediante la reducción del tiempo normal del trabajo nocturno.

Pero, como ya indicábamos, son los Estados quienes tienen la potestad de decidir la mejor opción, por lo que, siendo la compensación específica obligatoria, la modalidad queda abierta al establecimiento de pluses, mayor tiempo de descanso, entre otros. De nuevo, el TJUE en su sentencia del 7 de julio de 2022 asuntos acumulados C-528/21 y C-257/21 basados en una cuestión prejudicial en relación a un centro de trabajo de Coca-Cola planteada por el Tribunal Supremo de Alemania, en el que la interpretación comunitaria irá encaminada a una regulación convencional que recogen este plus de forma diferencial puesto que toman en consideración el carácter ocasional del trabajo nocturno. En este caso, el Tribunal europeo no aplica la Directiva 2003/88/CE en el sentido que establece el art. 51.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) al entender que la medida comprendida en la cláusula convencional no está comprendida en dicho ámbito. Además, esta medida prevé un incremento de la retribución para las personas trabajadoras con horario nocturno que sea efectuado de forma ocasional superior al que poseen aquellas personas que lo realizan de manera habitual – en el primer caso se establece un 50%, mientras que en el segundo se establece solo un 20% –.

En definitiva, quedan totalmente excluidas del Derecho de la Unión Europea por ser medidas meramente retributivas. Sin embargo, es importante remarcar que el art. 2.7 CSE establece la obligación de un tratamiento especial, pero no alude a la preferencia de la reducción del tiempo de exposición – como si lo hace para aquellos puestos de trabajo con plus de riesgo del art. 2.4 –. Sin embargo, el CEDS ha desplegado unas notas generales⁷ sobre el artículo 2.7 al que nos referimos, estableciendo que las medidas que se establezcan como consecuencia de la naturaleza especial del trabajo nocturno deben incluir la transición al trabajo diurno o la consulta permanente sobre las condiciones de su ejercicio, las medidas para conciliar, entre otros, que como veremos más adelante, no es destacable por su notoriedad en la regulación convencional española.

4. ESTUDIO DEL ACTUAL ESTADO DE SITUACIÓN DE ESTE COMPLEMENTO: APROXIMACIÓN CONVENCIONAL NACIONAL

El compromiso adquirido por las organizaciones sindicales y empresariales se fundamentaba en la eliminación de los pluses de penosidad, peligrosidad y toxicidad – dicho compromiso ha sido postergado hasta el IV AENC – sin llegar a garantizar de la forma esperada la eliminación de los mismos. En consonancia, el V AENC argumenta la necesidad de priorizar la prevención frente a la regulación de dichos complementos. Es la propia Carta Social Europea en su artículo 2.4 la que obliga al estado español a garantizar que elimine de las empresas establecidas en su territorio los riesgos existentes en ellas. Además, en su apartado 7 del citado artículo, el trabajo nocturno – el cual califica el TJUE como una situación de especial penosidad – prima el establecimiento de medidas beneficiosas para aquellas personas trabajadoras con horario nocturno, aunque no hace referencia a la reducción del tiempo de exposición como una preferencia.

Es un número bastante amplio de convenios colectivos que siguen regulando la retribución de estos pluses y, son numerosas las ocasiones en las que no queda cerciorada la prioridad de eliminar aquellas situaciones que originan los riesgos asociados a los puestos de trabajo, puesto que siempre son entendidas como excepcionales. Sin embargo, no ocurre de esta forma en todas las situaciones similares, al llegar a optarse por otra formulación más responsable y ejemplarizante que las demás. Tampoco podemos

⁷ Digesto De La Carta Social Europea. (2018). Digesto de la Doctrina del CEDS. Publicado en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/documentAccessError.jsp?url=https://rm.coe.int:443/CoERMPublicCommonSearchServices/sso/SSODisplayDCTMContent?documentId=0900001680939f80>

olvidarnos de la perspectiva económica que conlleva el trabajo nocturno, en muchas ocasiones no se recoge una retribución expresa a pesar de lo dispuesto por la ley y sin tener en cuenta que de forma asidua el salario del trabajo nocturno se establece conforme a esa condición.

Los convenios colectivos son los que delimitan los pluses de turnicidad y/o nocturnidad, debido a la herencia de las ordenanzas laborales y sin prestar atención a la prevención mediante el enfoque de otras medidas – ej. art. 36 CC Ford España, SL (BOE 4 de octubre de 2022) –. Desde la implantación de la LPRL y el compromiso por llegar a sustituirlo por medidas de prevención como destacaban numerosos convenios, resulta sorprendente la continuidad de esta materia en la regulación convencional. Son muy pocos los que llegan a completar el compromiso tras más de 30 años en los que se produjo la sustitución de las ordenanzas laborales (1996), como es el caso del VIII CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU (BOE 28 de julio de 2022) o el II CC de Lodisna, SLU (BOE 13 de abril de 2022). En otras ocasiones, simplemente llega a hablarse de “situaciones de peligrosidad” como cita el CC nacional de revistas y publicaciones periódicas 2022-2024 (BOE 19 de enero de 2023).

Estos complementos se siguen manteniendo en los convenios de los diferentes sectores industriales, aumentando su presencia en relación a la modalidad de trabajo o a la incorporación de nuevas tecnologías como el art. 43 del CC estatal de empresas de seguridad al reconocer un plus para los trabajos con radioscopia. De igual forma los pluses son reconocidos con independencia de la existencia de aquellos factores de riesgo exigidos, como denota el V CC de Ilunion Seguridad, S.A. (BOE 21 de marzo de 2023). Sin embargo, es necesario subrayar la importancia del condicionante que establecen algunos convenios al limitar la vigencia de estos pluses, provocada por la implementación real de aquella prevención que posibilite la reducción o eliminación de los riesgos a los que están asociados a dichos pluses. Cierto es, que son muchos los otros casos que han decidido mantenerlos aún si las condiciones de riesgo son suprimidas – como los vigilantes de transporte de fondos y explosivos que portan armas de fuego –.

Sin embargo, son pocos los que incluyen una visión más preventiva, pero a modo de ejemplo como medida responsable destaca el XXV Convenio colectivo estatal de oficinas de farmacia (BOE 28 de diciembre de 2022)⁸, cuyo art. 23 que establece que “*El personal contratado exclusivamente para su adscripción a la jornada nocturna deberá haber obtenido previamente, con cargo a la Oficina de Farmacia que le contrate, un certificado médico que acredite su aptitud para el desempeño de sus funciones durante el período de tiempo contractualmente pactado, teniendo derecho a efectuar las revisiones gratuitas que fueren necesarias a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo para determinar su estado de salud.*”

Si entramos a analizar los pluses en términos económicos podemos dilucidar una amplísima gama convencional. En primer lugar, la retribución convencional asociada a estos pluses es un 20% del salario base en la mayoría de los casos, aunque es cierto que la horquilla retributiva correspondiente a estos puede variar considerablemente de un convenio a otro. En ocasiones puede oscilar entre un 10 y un 25% – llegando al 30% en algunos convenios – en función del salario base⁹, pero existen otras medidas retributivas – como lo citado por el artículo 69 del CC de empresas de seguridad –. Solo en pocas

⁸ En este mismo sentido, el Convenio colectivo de Cervezas San Miguel, SLU (BOE 26 de septiembre de 2022).

⁹ En el caso del III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (BOE 9 de junio de 2023), establece un 80% sobre el valor de la hora tipo ordinaria en su artículo 51.

ocasiones el porcentaje es aún más elevado, lo que promueve la prevención a través de este incentivo económico.

La cuantía también puede regularse en atención al tiempo de exposición como establece el CC de la empresa Alcalá Industrial, S.A.¹⁰ que prevé que la excepcional peligrosidad, toxicidad o penosidad estará supeditada a la fijación de valores incentivos y valoración de los puestos de trabajo. A estos efectos es interesante traer una reciente sentencia del Tribunal Supremo (STS, 4ª, 214/2023, 22 de marzo) la cual otorga a las trabajadoras de limpieza de centros clínicos o sanitarios concretos por tratar a personas con enfermedades infecciosas el derecho a recibir el plus de peligrosidad en atención al día natural, no por día efectivamente trabajado como recoge el art. 6 CC de Limpieza de Vizcaya “*Los trabajos nocturnos se abonarán con un incremento del 25 % y los penosos, tóxicos y peligrosos con un 20 % sobre el salario base. Cuando corresponda la percepción de dos pluses de los indicados, siendo uno de ellos nocturno, el incremento será de un 45 %. En caso de darse dos pluses de tóxico, penoso y peligroso, el incremento será del 40 %*”. Sin embargo, la STS, 4ª, 443/2023, 20 de junio ha estimado el recurso para la unificación de doctrina, estableciendo que se aplicará el plus por día efectivamente trabajado en la actividad peligrosa y no por día natural. Por lo que, tras evidenciar las dudas que genera esta doctrina será necesario clarificar estas cuestiones en los convenios.

Otra cuestión muy distinta es la que surge en términos de compatibilidad entre estos complementos y el tiempo de vacaciones de verano. Los convenios suelen recoger algunas reglas de incompatibilidad en lo que respecta a recibir diferentes tipos de pluses – el CC Industrias del Frío Industrial (BOE 2 de junio de 2022) en su artículo 18 recoge dicha incompatibilidad entre sus pluses “*en ningún caso el plus de penosidad en fabricación de hielo será compatible con el plus penoso en cámaras frigoríficas de congelación, ni con el plus de refrigerado*” – Pero, si nos referimos concretamente al plus de nocturnidad, la persona trabajadora puede seguir recibiendo el plus también el mes de vacaciones, puesto que no es entendida como incompatibilidad (ej. Convenio colectivo del Grupo Supermercados Carrefour (BOE14 de junio de 2023), art. 29). La propia jurisprudencia del TS vinculada a lo establecido por el TJUE viene exigiendo que esta medida se lleve a cabo. Asimismo, en la referida STS, 4ª, 214/2023, 22 de marzo manifiesta que la doctrina correcta es la que establece en la retribución vacacional el cobro de los pluses.

Algo parecido ocurre cuando las personas trabajadoras solicitan un permiso retribuido y son beneficiarias de los complementos salariales de nocturnidad. En este caso, el Estatuto de los Trabajadores es claro dejando la configuración de la estructura salarial en manos de la autonomía colectiva – art. 26 –, siendo el propio convenio el que establece estos pluses, pero es el propio Tribunal el que hace referencia a que se encuentran asociados al puesto de trabajo y nada impide su devengo. Además, el TS (STS, 4ª, 645/2021, 23 de junio de 2021) remarca que se trata de un complemento *que retribuye una circunstancia no excepcional, ni anecdótica, sino consustancial a las características de la prestación*.

Por otro lado, no son infrecuentes las previsiones que simplemente reconocen este plus. Un ejemplo es el art. 44.2 del V CC estatal de la Industria Salinera (BOE 19 de enero de 2018), que viene manteniendo como posibilidad genérica de fijar complementos salariales atendiendo *al puesto de trabajo: tales como la derivada de trabajo nocturno o excepcionalmente tóxico, penoso o peligroso*. Sin embargo, al establecer la estructura retributiva para racionalizarla en todo el sector, no incluye ningún complemento de toxicidad o penosidad, sí de turnicidad y nocturnidad. En términos parecidos, el art. 19 CCE Industria de las Granjas Avícolas y otros Animales (BOE19 de febrero de 2021).

¹⁰ Convenio Colectivo de la empresa Alcalá Industrial, S. A (B.O. C. M. 23 de diciembre de 2023).

Llegados a este punto hemos podido comprobar que la opción más seguida es la de recibir una retribución, pero no es la única alternativa, puesto que, también cabe la posibilidad de ofrecer una reducción de jornada. Esta propuesta es una buena práctica al ajustarse más al enfoque preventivo. Además, es una solución preventiva que va en consonancia con lo que establece el Derecho de la Unión Europea y la propia Carta Social Europea – concretamente en su artículo 2.4 –, que el Estado español tiene la obligación de garantizar que las empresas implantadas en España procedan a eliminar los riesgos inherentes a las ocupaciones peligrosas o insalubres y, en los casos en que no haya sido posible eliminar o reducir suficientemente esos riesgos, a asegurar a los trabajadores empleados en dichas ocupaciones, bien una reducción de las horas de trabajo, o bien días de descanso pagados suplementarios.

Y por supuesto, el apartado 7 del citado artículo, *a asegurar que los trabajadores que realicen un trabajo nocturno se beneficien de medidas que tengan en cuenta la naturaleza especial de ese trabajo.*

5. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS DE PROGRESO PARA EL IMPULSO DE LA CULTURA PREVENTIVA FRENTE A LA RETRIBUTIVA

5.1. Conclusiones

En lo que respecta a los tratamientos retributivos en relación a la seguridad y salud en el trabajo, es importante destacar que el plus de nocturnidad ha de entenderse como un tratamiento retributivo especial regulado a nivel internacional, europeo y nacional.

A medida que se ha ido desarrollando el estudio, y tras el análisis de la muestra, es posible destacar que el tiempo de trabajo – especialmente el trabajo nocturno y la turnicidad – presenta riesgos significativos para la salud de las personas trabajadoras y han de mejorar las cláusulas convencionales sobre la protección específica.

En la actualidad, tras los diversos compromisos adquiridos es posible apreciar la presencia de los diferentes pluses en la negociación colectiva, en especial el plus de nocturnidad.

Con el progreso de la cultura preventiva en las unidades de negociación y en las empresas, se ha producido un notable avance en la negociación colectiva de cara a desarrollar compromisos de eliminación más realistas. Sin embargo, no existen garantías reales para comprobar y hacer un seguimiento del avance en cada empresa y/o sector.

Finalmente, hay que destacar que ni el sistema español es disconforme con el art. 2 y 3 de la CSE, ni el Derecho de la Unión Europea establece como única solución la erradicación de los factores de riesgo, pero lo que sí queda claro es que, tanto para el CEDS como para el TJUE, la alternativa más útil sería garantizar la prevención – por ejemplo, a través de la reducción del tiempo de exposición – frente a la monetaria.

5.2. Propuestas de mejora

En primer lugar, fomentar la prevención de riesgos laborales mediante compromisos que disminuya la presencia de los complementos. Así como reducir, y en la medida de lo posible, eliminar el tiempo de exposición, tal y como recoge el V AENC y el Derecho de la Unión Europea.

Ampliar el tramo horario que implica trabajo nocturno en las diferentes empresas. En la mayoría este tramo horario suele implicar desde las 22.00p.m. hasta las 6.00 a.m., pudiendo ampliarse de 21.00 p.m. a 7.00 am.

Otra propuesta es la basada en el cambio de turno nocturno al diurno cuando vengan prescrito por el servicio responsable de vigilancia de la salud, entendida también como un deber de las empresas.

Fomentar las cláusulas convencionales en términos de nocturnidad y turnicidad que llegan a destacar el papel de factor de riesgo o el factor de protección y establezcan medidas como las rotaciones de puestos de trabajo y, no solo estén centradas en medidas retributivas.

Por último, mejorar la adaptabilidad de las empresas a través de medidas como garantizar el tiempo adicional de descanso destinados a compensar los pluses preestablecidos o, incluso, llegando a reducir la jornada.

6. BENCHMARKING CONVENCIONAL: SELECCIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS DE LA REGULACIÓN CONVENCIONAL

Con la atención de ilustrar con mayor eficacia las propuestas anteriormente sugeridas, desarrollamos una selección de cláusulas convencionales que recogen con precisión el enfoque actual sobre la materia analizada y primando el enfoque preventivo. Asimismo, se hará referencia a otras cláusulas que denotan poca presencia en la regulación convencional, pudiendo ser útil para mejorar la orientación a las partes negociadoras. En definitiva, el objetivo es recoger lo extraído del análisis de la regulación convencional y enfocar las medidas preventivas que plantean nuevas propuestas de aquellos convenios que – aunque no forman parte de la muestra – denotan las buenas prácticas de la prevención.

A saber:

En términos de mejorar el enfoque preventivo en jornadas de trabajo con horario nocturno se opta por vías alternativas, total o parcialmente, a la retribución como los días adicionales de descanso o reducciones de jornada.

En este sentido, el CC del sector de la Industria Siderometalúrgica de Cantabria, para el periodo 2021-2024 (BOC, N. 138, 18 de julio de 2022) en su art. 11 recoge lo siguiente: *reducción de jornada semanal de 5 horas (en torno al 15 por cien de la jornada) sumada a un plus retributivo que crece según acumule factores de penosidad (nosotros proponemos una mayor reducción a medida se incrementen los factores de plus excepcional de riesgo)*. En esta misma línea el CC estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026, art. 55.

Existen casos en los que se fomentan las políticas de descanso, el X CC de Iberia LAE, SA, Operadora y sus tripulantes pilotos (BOE 14 de marzo de 2023), en su art. 89 prevé la reserva de una plaza en Gran Clase, por parte de la compañía, para aquellos vuelos nocturnos de más de tres horas (en el tramo de 21:00 a las 7:00), siempre y cuando no dispongan de literas.

Por otro lado, en el orden de cumplir con la obligación que poseen las empresas de cambiar el turno nocturno por otro diurno cuando venga establecido por el servicio responsable de vigilancia de la salud es otra de las buenas prácticas de autorregulación convencional. Aquí habría que destacar el VIII CC personal de tierra de la EPE sociedad de salvamento y Seguridad Marítima –SASEMAR– (BOE 31 de julio de 2019), art. 64.

Por último, y teniendo en cuenta que en la actualidad se asocia el bienestar psicosocial con la organización del tiempo de trabajo, la reducción de jornada a 4 días semanales es claramente un ejemplo de mejora preventiva de riesgos laborales como recoge el II Convenio Colectivo de ámbito empresarial para Software DELSOL, S.A (BOJA 3 de julio de 2020).

7. BIBLIOGRAFÍA

European Committee Of Social Rights. (2023). Conclusions 2023 Spain. Publicado en [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],%22tab-view%22:\[%22document%22\],%22escdcidentifier%22:\[%222023/def/ESP/7/8/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],%22tab-view%22:[%22document%22],%22escdcidentifier%22:[%222023/def/ESP/7/8/EN%22]})

Moreno Márquez, Ana. (2008). “Prevención de Riesgos Laborales y complementos de peligrosidad y penosidad”, *Temas Laborales*, Núm. 93/2008.

Tudela Cambrero-Valdeolivas García, Y. (2009). La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTIN.

Salcedo Beltrán, C. (2024). “Conclusiones 2023 del Comité Europeo de Derecho Sociales: los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte de España. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, Núm. 14. Publicado en: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.10316>

CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL EN LOS ESPACIOS UNIVERSITARIOS*

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA

*Profesora Ayudante Doctora en Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad de Cádiz

francisca.bernal@uca.es

<https://orcid.org/0000-0002-6744-3290>

SUMARIO:

1. LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA Y TIEMPO DE TRABAJO
2. LA CONCILIACIÓN Y LA CORRESPONSABILIDAD EN LA UNIVERSIDAD
3. PROGRAMAS Y MEDIDAS DE CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE PARA LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

* Esta publicación es parte del proyecto PID2022-123456XX-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/UE.

EXTRACTO

La conciliación de la vida laboral y personal forma parte de la agenda del legislador, que, en aras de lograr una sociedad más igualitaria, diseña una batería de medidas destinadas a tal fin. Las universidades asumen planes estratégicos y negocian planes de igualdad en los que se prevén medidas y actuaciones para que las personas trabajadoras progresen en sus carreras haciendo compatible la conciliación con su vida personal. Se analizará la trascendencia y la problemática de los programas de conciliación y corresponsabilidad dirigidos a la Comunidad universitaria, los programas de gestión del tiempo y de la flexibilidad, así como los tipos de ayuda para la conciliación de la vida laboral y familiar, y las medidas específicas para el personal docente universitario, entre otras, adaptación de horarios, permisos, licencias y reducciones de jornada.

1. LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA Y TIEMPO DE TRABAJO

Las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras en las universidades varían atendiendo a variables como el carácter público o privado de aquellas, la normativa autonómica o los Estatutos de la propia Universidad. Como veremos, estas condiciones, y concretamente, el tiempo de trabajo difiere atendiendo al estamento al que pertenezca la persona trabajadora y a su categoría.

En las enseñanzas universitarias, el Estado diseña las leyes marco y serán las Comunidades Autónomas las responsables de su desarrollo de acuerdo con lo previsto en sus Estatutos de Autonomía. De tal manera que cada universidad tiene su propia autonomía institucional y de gestión y en la administración de sus recursos, entre ellos, los recursos humanos. De la forma relatada, las condiciones de trabajo están reguladas en distintas leyes y normativas, habiendo seleccionado en nuestra sede de análisis el siguiente marco.

En primer lugar, destaca la reciente Ley Orgánica 2/2023, del Sistema Universitario (LOSU) que regula el sistema universitario español incorporando los principios y las pautas para el lograr que la composición y el desempeño de las universidades reflejen efectivamente las intereses y sensibilidades de los distintos sectores que conforman la comunidad universitaria. En el mismo Preámbulo de la Ley se subraya que la construcción de una Universidad equitativa impregna su contenido, estableciendo requisitos como la obligación de los planes de igualdad, la eliminación de la brecha salarial y de toda forma de acoso.

El principio de igualdad en las políticas públicas es enunciado en el artículo 43.2 de la LOSU con la incorporación transversal de la igualdad en el desarrollo de las políticas universitarias y el deber de incluir la perspectiva de género en el conjunto de actividades y funciones de la universidad, que será una encomienda de la Unidad de Igualdad de las Universidades. Como se verá se trata de una encomienda muy importante en el desarrollo y acometimiento de las medidas de conciliación, que deben ser transversales, exigiendo la coordinación con otros vicerrectorados y/o gestión de servicios.

En segundo orden, se acude al 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 (EBEP), que incluye entre su ámbito de aplicación a las universidades públicas (artículo 2). La regulación se complementa con 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 (ET) para el personal laboral¹.

¹ Se puede consultar las estadísticas en <https://eurydice.eacea.ec.europa.eu/es/national-education-systems/spain/condiciones-de-trabajo-del-profesorado-de-educacion-superior>

El panorama se complica con la regulación de las normativas autonómicas que tienen sus propias regulaciones específicas que afectan a las condiciones laborales, y entre ello, al tiempo de trabajo y a las políticas de conciliación. En lo que afecta a la Comunidad Autónoma Andaluza, estamos a la espera del texto definitivo de la futura Ley de Universidad para Andalucía (LUPA)². La cuestión que debe plantear la LUPA es determinar y concretar en el ámbito andaluz las cuestiones de igualdad que afectan a las mujeres como grupo que ha estado subrepresentado en la carrera académica o en los puestos de más nivel y que se han enfrentado a barreras significativas. Esto es, la Ley andaluza debe ir más allá de concretar la igualdad como principio informador del sistema universitario andaluz y de poner énfasis en la eliminación de cualquier tipo de discriminación por razón de género, y de promover las políticas y las prácticas de igualdad de género. De nada sirve que la LUPA se limite a reproducir el texto de la LOSU, sino que concrete y desarrolle los aspectos. Es más, y en lo que afecta a las unidades básicas de las Universidades como es la Unidad de Igualdad debe contar con los medios humanos y materiales y económicos suficientes que les permita ejercer de forma adecuada sus funciones, pero contando con financiación.

Por último, la incidencia de los convenios y acuerdos colectivos que desarrollan aspectos específicos de las condiciones laborales y de las políticas de conciliación y del tiempo de trabajo. En lo que afecta a Andalucía, y estando en negociación el que será el II Convenio Colectivo del PDI Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía, el I Convenio señalaba en su artículo 12 que la organización del trabajo y responsabilidad de las universidades como parte del ejercicio constitucional de autonomía universitaria³, y bajo el compromiso de dar cumplimiento a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH).

En lo que se refiere a la norma convencional, el I Convenio, se limitaba a enunciar en su artículo 30 d) Por razones de guarda legal, quien tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, una persona mayor que requiera especial dedicación o de una persona con discapacidad reconocida que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción del 50% de su jornada de trabajo, percibiendo por ello el 60% de la totalidad de sus retribuciones. La reducción podrá ser menor del 50%, en cuyo caso las retribuciones disminuirán respetando la proporción mencionada antes. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Con el panorama descrito, las condiciones laborales, el tiempo de trabajo y los derechos de conciliación pueden ser, y de hecho son, distintas de una universidad a otra, además, dependen del estamento, y también varía, con matices, del tipo de vínculo (catedrático profesor titular, profesor permanente, profesor ayudante, etc.).

En primer lugar, y como es sabido, el personal de las universidades queda compuesto por personal docente e investigador (PDI) y por el personal técnico, de gestión y administración de servicios (PTGAS), si bien coexisten otras figuras como el personal empleado investigador y el personal investigador. En cualquier caso, PDI y PTGAS realizan un uso muy distinto de su tiempo de trabajo, existiendo grandes diferencias en

² El martes 1 de octubre de 2024 el Consejo de Gobierno andaluz da inicio a la tramitación de la LUPA, prestando atención al recorrido del referido texto.

³ Resolución de Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de 21 abril 2008. Ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía. El Convenio ha sido denunciado por CSIF el año pasado, y se ha constituido la mesa de negociación en julio del 2024.

esta condición de trabajo. Por tanto, el tiempo de trabajo y los derechos de conciliación son ejercidos de forma distintas por unos y por otros. En una primera visual, se aclara que los PDI disponen de una auto gestión de su tiempo, cumpliendo de forma estricta sus horarios de clase que son determinados entre departamento y centro, en tanto que los PTGAS hace uso del denominado control de asistencia y de fichaje a la jornada de trabajo o turno que tenga encomendado. En esta sede de análisis nos ocuparemos principalmente del tiempo de trabajo del PDI, con algunas breves anotaciones al tiempo de trabajo y de conciliación del PTGAS, siendo esta última una cuestión que será abordada en próximas investigaciones.

Como se verá, el ejercicio de los derechos de conciliación y como se orden la vida universitaria con las altas exigencias que entraña, merman la promoción, y no se nos olvide la estabilidad laboral del profesorado. La cuestión es que el tiempo de trabajo para el PDI se concreta en el deber de clases, tutorías, concurrencia a exámenes o tribunales de trabajos fin de grado y de master, o de las revisiones que ello entraña. Pero este tiempo de “docencia estricta” se ve cumplimentado por el tiempo que le dedica el PDI a su labor de investigación y de transferencia de los resultados, más allá de cuando ocupa cargos de gestión. Cierto es que las universidades, y nuevamente con distintos criterios, tienden a reducir las horas de docencia a mayor reconocimiento de la labor investigadora, de una u otra forma, e igualmente por la labor de gestión. No obstante, tanto la investigación como la gestión exigen muchas horas de dedicación y un amplio sacrificio personal muchas veces poco reconocido. Además, para el PDI, y sobre todo las personas que aún no han alcanzado la fase de acreditación a figuras permanentes o funcionariales, es determinante la realización de estancias y la asistencia a congresos, sobre todo fuera de la localidad de residencia, e incluso del país.

Por la suma de todos estos motivos nos ha llevado a reflexionar al tenor de las dificultades de conciliación de las PDI. A mayor abundamiento, la justificación de esta elección descansa en que la carrera universitaria de este colectivo laboral exige un lento e incierto proceso de acreditación. Si bien la LOSU pretende agilizar y garantizar la carrera universitaria, flexibilizando ciertas medidas, no es menos cierto, que hasta la fecha son todo incertidumbres. Por tanto, se traza una mayor dificultad a la hora de ejercer la conciliación del PDI frente al PTGAS, tal y como está diseñada la carrera universitaria en la actualidad. Nos gustaría advertir que nos estamos centrados en las dificultades que tienen las mujeres partiendo de que las estadísticas reflejan que esas labores domésticas y de cuidados siguen recayendo sobre ellas.

Por tanto, y a pesar de que el PDI goza de una relativa libertad de horario o autogestión de su tiempo (eso, si en estricto cumplimiento de sus clases, tutorías, revisiones, etc., en definitiva de las horas y días de docencia que determina el departamento y el centro), se trata de una flexibilidad que se desdibuja cuando se conoce la carga mental y burocrática que soporta, desde el momento en el que la jornada no se limita a dar las clases ni a corregir, ni siquiera a la preparación de las clases, sino que se amplía con unas tareas de investigación, de gestión, y de transferencia del conocimiento.

En cambio, y en el caso del tiempo de trabajo, la jornada laboral del PTGAS la determina cada administración, que oscila entre las 35 y las 37.5 horas semanales. En Andalucía son 35 horas semanales, menos para quienes tienen jornada reducida o las universidades que tienen reducción de jornada a mayores de 60 años, que existen reducciones. En la Relación de Puestos de Trabajo de las Universidades se incluyen unas tablas en la que figuran para cada uno de los puestos y para los puestos de jefatura que están en función de cada puesto de trabajo y que pueden contar con el complemento de dirección con disponibilidad horaria distinta a la habitual.

Como se aprecia con estas pinceladas, el PTGAS tiene una jornada de trabajo, generalmente limitada, que no excede en las universidades andaluzas de las 37.5 horas semanales, y con diversos permisos y licencias que no invaden su derecho a la promoción. Si bien, los derechos de conciliación del PTGAS entroncan con la posibilidad de elegir los turnos de trabajo cuando se tienen responsabilidades familiares y los conflictos que plantea para las personas que ya están adscritas a esos turnos de trabajo. Un tema pendiente en muchas universidades, que requiere de un estudio sosegado. Lo más común es que se prevean derechos, por ejemplo, de reducciones de jornadas por guarda legal, supuestos de flexibilidad horaria por familiares por el ejercicio de la conciliación, por deberes relacionados con la conciliación, como el acompañamiento al médico de un menor, condicionándolo a las necesidades o la cobertura del servicio, o siempre que no pueda realizarse fuera de la jornada laboral⁴.

Toda vez, recordamos que en este trabajo se centra en las dificultades e incertidumbres en el tiempo del trabajo del PDI. Una incertidumbre que se acrecienta con la entrada en vigor Real Decreto 678/2023, de 18 de julio, por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a plazas de dichos cuerpos (Real Decreto 678/2023). La incertidumbre viene dada de los cambios que plantea una norma que ha entrado en vigor de forma muy reciente y ha alterado muchos de los planteamientos de la Universidad.

La incertidumbre y el desasosiego es un compañero de batalla en la carrera académica en la que resulta compleja conciliar el tiempo dedicado a las labores docentes, investigadoras, de gestión y de transferencia con la vida personal y familiar. En efeto, si comparamos la vida docente universitaria con otros tipos de docencia, no solo se cuenta con menos vacaciones oficiales, sino que las vacaciones que se tienen, se ocupan de forma muy generalizada a la faceta investigadora, generando un gran estrés laboral y emocional. Un ejemplo muy significativo lo constituyen los meses de julio y de septiembre ante las dificultades de compatibilizarlos con el ejercicio no la docencia, sino de la cantidad de obligaciones que han ido imponiendo de forma muy particular con la tutorización y la participación en las comisiones de evaluación y defensa de los trabajos fin de grado y fin de master en aras de lograr una mejora de la calidad del estudiantado.

A estas actividades habría que sumar la elaboración y preparación de las guías docentes, de memorias y nuevos proyectos de innovación docente, y de participación en otros proyectos y grupos de investigación. Se trata de una multiplicación de la carga de trabajo de los docentes y que resta la posibilidad de dedicar su tiempo (laboral) a una investigación de calidad, mermando nuevamente las posibilidades de estabilidad y de promoción en la carrera universitaria. No cabe duda que se trata de un endurecimiento de las condiciones de trabajo tal es así que la doctrina explica que se tendría que haber considerado una modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada en el artículo 41 del ET. Además, se plantea que existen diferencias de trato injustificadas e injustificables entre los docentes en España, que tendrán mayor periodo vacacional de forma exponencialmente inversa al nivel de enseñanza en el que impartan las clases. Es más, y nuevamente, la obligación de tutorizaciones de trabajos fin de grado y fin de master y la participación en tribunales complican las posibilidades de conciliación. Como se ha reseñado, estas son solo algunas de las actividades a las que se dedicada el profesorado universitario, sin contar la actividad de gestión y de transferencia que la ANECA también premia y obliga a ejercer. Si nos ponemos a sumar Es un conjunto

⁴ Un ejemplo es la Universidad de Cádiz en la Guía elaborada por Bermúdez Figueroa, E. Y Pastor Yuste, R., Guía de Conciliación Responsable, Universidad de Cádiz, Instituto Andaluz de la Mujer/ 2022.

Se puede consultar en <https://igualdad.uca.es/wp-content/uploads/2022/10/UCA-GUIA-DE-CONCILIACION-WEB.pdf?u>

de obligaciones laborales que superarían con creces la jornada máxima legal permitida y que resta la posibilidad de tener una vida dedicada al cuidado familiar y al ocio o al descanso. Además, de suponer un fuerte componente de estrés que complica no solo tener una investigación de calidad que redunde en la sociedad, sino también una docencia de calidad que se vierta en las futuras personas trabajadoras⁵.

En cualquier caso, y a pesar de la incertidumbre que reina, la LOSU contiene algunas particularidades respecto al principio de igualdad, que abordaremos a largo de las siguientes líneas. Antes daremos unas breves pinceladas de las estadísticas que reflejan que las labores de cuidado y domésticas, el trabajo doméstico, sigue teniendo nombre de mujer, un hecho que merma el trabajo productivo.

2. LA CONCILIACIÓN Y LA CORRESPONSABILIDAD EN LA UNIVERSIDAD

Las estadísticas y los diagnósticos de situación que conforman parte del contenido mínimo de los planes de igualdad (obligatorios en las universidades públicas) demuestran que la función de los cuidados en hogar sigue recayendo de forma generalizada en las mujeres.

Si acudimos a las estadísticas, y en una visual al Instituto Nacional de Estadística se refleja que los hombres dedican 14 horas a la semana al trabajo no remunerado independientemente de que tengan una jornada completa o parcial. Mientras tanto ellas incrementan el tiempo dedicado al hogar 30 horas a la semana cuando tienen un trabajo a tiempo parcial. En la misma encuesta, se refleja que el 33,9% de mujeres trabajadoras dedican cuatro horas diarias al cuidado y educación de hijos o nietos. Mientras que el 36,7% de hombres que trabajan dedican dos horas diarias a esta actividad. Con respecto a la frecuencia con que se realizan actividades de trabajo no remunerado, entre las mujeres y los hombres que trabajan, un 47,4% y un 31,5%, respectivamente, realizan todos los días actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos. Mientras que el 34,4% de las mujeres y un 39,4% de los hombres no realizan nunca esta actividad. Pero es que la variable diaria es más destacable aún, pues mientras ellas realizan todos los días actividades de cocinar y tareas domésticas en 77,5% de las mujeres, tan solo la realizan un 32,9% de los hombres trabajadores. Frente a un 2,3% y a un 15,4%, respectivamente, que no lo hacen nunca.

Por lo demás, los hombres sin hijos con pareja que trabaja dedican 8,7 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado, mientras que las mujeres en la misma situación dedican 16,4 horas a estas actividades. Por último, los hombres con hijos con pareja que trabaja dedican 20,8 horas a la semana a realizar actividades de trabajo no remunerado, frente a las 37,5 horas que dedican las mujeres. Son cifras que nos deben hacer reflexionar cómo y en los tiempos que corren, las actividades domésticas y de cuidado sigue teniendo nombre de mujer, pues como se aprecia, ellas siguen asumiendo las tareas del hogar y del cuidado de las personas dependientes⁶.

Habiendo explicado la prolongación de la jornada para el profesorado, la especialidad y las particularidades de la vida académica y desde la asunción del rol tradicional de la función de cuidado por parte de la mujer, exige repensar si las medidas de conciliación

⁵ Selma Penalva, A., "La conciliación en la Universidad, ¿un asunto solo de mujeres?", *Revista de educación y derecho = Education and law review*, 20/2019.

⁶ https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472488&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=125992482288

arbitradas por el legislador laboral resultan eficaces en el ámbito universitario, o si, por el contrario, es necesaria una visión específica y particularizada.

Partiremos de la idea esbozada de considerar la idiosincrasia de la actividad del PDI para diseñar programas que permitan favorecer una conciliación de la vida laboral con la vida familiar y también con la vida personal. El análisis de las medidas que ha ido previendo el legislador ha permitido distinguir a la doctrina entre los derechos de ausencia y los derechos de presencia. Entre los primeros, la suspensión de la relación laboral por maternidad o paternidad (actualmente, prestación por nacimiento y cuidado de menor) y también estaría la posibilidad de solicitar una excedencia por cuidado de hijos o familiares.

Dentro de los segundos, estarían la reducción de la jornada, el derecho a la adaptación y la distribución de la misma o el disfrute de determinados permisos retribuidos y licencias. A pesar de la amplia batería de medidas dispuestas a la conciliación, lo cierto es que el análisis de las mismas no encaja con la especialidad y la singularidad de la vida académica, nuevamente del PDI. La respuesta es la vida académica precisa de no alejarse por periodos largos de tiempo de la carrera profesional pues merman el reciclaje continuo, sobre todo cuanto pesa tanto la competencia que exige cuestiones como los sexenios, los quinquenios u otros complementos como los autonómicos o los de transferencia. Este tipo de exigencias precisa de una continuidad que resulta inherente a la carrera académica del PDI. Por tanto, si se solicita una excedencia y durante su ejercicio deja de publicar y de dar clases, como es obvio, no le coadyuvaría a favorecer el desarrollo de la carrera profesional de la mujer académica, causando un efecto negativo. Los intereses que reclama la actividad académica resultarían más coherentes con los derechos de presencia, como son la reducción de jornada, la adaptación de jornada, los permisos retribuidos o las nuevas formas de organización del trabajo, como el teletrabajo o la movilidad desde casa. Como se ha expuesto, se trata de un problema que ha sido ya plantado desde hace muchos años, existiendo iniciativas a destacar como la posibilidad de compatibilizar el cuidado de menores con la producción científica, permitiendo a las personas que se incorporan de un permiso de maternidad solicitar voluntariamente una reducción de la jornada durante los tres años siguientes a su reincorporación, 90 horas de encargo docente, 50 o 30 en el primer, segundo y tercer año respectivamente, asumiendo el compromiso anual de producción científica investigadora o transferencia. En efecto, como mantiene la doctrina, que si la promoción (e inclusive la estabilidad laboral) dependen de los resultados de la investigación por encima de los docentes, e adecuado aplicar medidas de conciliación que respondan a este fin, facilitar dicha investigación, de modo que se permitan reducciones de jornada destinadas a tal fin⁷.

Efectivamente, se debe esbozar si las nuevas tecnologías, con las posibilidades del teletrabajo, de las tutorías y reuniones y eventos académicos virtuales favorecen el derecho de conciliación, sin llegar a considerar que sean en sí mismos una forma de conciliación per se. Es más, se debe subrayar el recorrido que plantean ya la internacionalización desde casa. Realmente, en un mundo interconectado y globalizado, se debe afrontar nuevos enfoques para diseñar e implementar programas de intercambio virtual que permitan la movilidad internacional en línea o desde casa.

La implementación de programas y multilingües permiten mejorar y desarrollar currículos internacionalizados, multidisciplinares y multilingües. Por ejemplo, el Proyecto COIL que es un intercambio virtual que conecta a estudiantes y profesores

⁷ Se trata de una medida que acometió la Universidad de Córdoba. Sobre estos apuntes Jóver Ramírez, C., *Congreso Ciencia, Género y Conocimiento*, Universidad de Cádiz, 10 y 11 de noviembre de 2016.

de diversas culturas para aprender, discutir y cooperar entre ellos fomentado el trabajo colaborativo entorno a una actividad programada, con equipos virtuales y multiculturales⁸.

Ante la situación narrada, y ante la preocupación del problema que plantea la conciliación, se bosquejan medidas dirigidas para mujeres y hombres, toda vez, para que la corresponsabilidad sea una realidad o un objetivo a lograr. Ahora bien, son muchas las dudas sobre el modo de concienciar y educar sobre la corresponsabilidad para lograr avanzar y conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. La cuestión es cómo aplicar la corresponsabilidad en el ámbito familiar y educativo.

A nivel andaluz, y de forma muy reciente, se ha acordado el Pacto Andaluz por la conciliación y la corresponsabilidad, firmado simbólicamente el día de la inauguración del curso a nivel andaluz, el 12 de septiembre de 2024, y al que se han adherido las universidades andaluzas. Un Pacto que se limita a recoger las políticas públicas de conciliación de un modo generalista y sin mayor concreción ni ambición para aplicar las medidas que se pudieran tomar, que precisan de un componente de financiación.

Podría ser más ambiciosa en su contenido, y como ejemplo estaría, la I Estrategia de Conciliación en Andalucía 2022-2026. La cuestión es como encajar estos instrumentos en la especialidad y singularidad de la carrera universitaria. En lo que se refiere a la Estrategia, se invita a las Universidades a ser un agente externo en la involucración para dar una respuesta a este problema social, que sigue siendo un reto y una necesidad en la sociedad. De hecho, el Eje 6 anuncia poner en valor el compromiso institucional promoviendo el pale de las universidades.

En otro orden de cosas, desde hace décadas, con la promulgación de la LOIEMH se diseñan Guías de Corresponsabilidad que vienen a reproducir los esquemas tratando de combatir los estereotipos de género y concibiendo los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como una forma de lograr la asunción equilibrada⁹.

Estas Guías de conciliación proliferan como una forma de actuar para potenciar que la sociedad sea un espacio más equitativo e integrador, sin distinción de género, en el que se desatieren los prejuicios culturales más tradicionales que mantienen los ámbitos de responsabilidad separados. Una política de cuidados que se ejerce no solo frente a los hijos, sino que también ante las personas mayores, pues la población es cada vez mayor exigiendo una mayor atención. Unas tareas que siguen siendo desplegadas por las mujeres, reteniéndolas como agente cuidador que hace una doble jornada, realizando auténticos malabares de los tiempos, y erigiendo barreras sociales y económicas que limitan su progreso. A su vez, la estructura tradicional, los roles y los estereotipos de género impiden al hombre ejercer con plenitud de ejercer como padre e hijo, como un ser que se responsabiliza no solo del trabajo productivo, sino también del trabajo doméstico y de cuidado, en suma, del trabajo reproductivo¹⁰. Nuevamente, y como ocurre con los derechos de conciliación recogidos en la normativa vigente, estas guías precisan de ser articuladas y adaptadas a la vida académica del profesorado.

Ahora sí, centrándonos en el postulado de la LOSU, acudimos a su Preámbulo donde advierte que los órganos colegiados y las comisiones de evaluación y selección de

⁸ <https://internacional.uca.es/internacionalizacion-en-casa/>

⁹ Exactamente, el artículo 44 de la LOIEMH enuncia los derechos de conciliación con el espíritu de fomentar la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. De tal forma que, para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad.

¹⁰ Se pueden consultar estas guías en las siguientes direcciones <https://www.igualdad.gob.es/prioridades/plancorresponsables/>

<https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/familias/conciliacion/index.htm>

universidades garantizarán la composición equilibrada de mujeres y hombres, tomando medidas de acción positiva en los concursos y a favor de la conciliación y el fomento de la corresponsabilidad en los cuidados.

Por su parte, el artículo 13 de la LOSU prevé que la composición de las comisiones de evaluación y selección de todas estas convocatorias y proyectos se ajustará al principio de composición equilibrada entre hombres y mujeres, y se incluirán mecanismos para evitar los sesgos de género. A su vez, se incentivará la promoción de proyectos científicos con perspectiva de género, la paridad de género en los equipos de investigación y los mecanismos que faciliten la promoción de un mayor número de mujeres investigadoras principales.

De especial atractivo es el artículo 65 de la LOSU que expone que los procedimientos de acreditación del profesorado deberán incorporar criterios que garanticen que la igualdad y la conciliación resultan efectivas. Del mismo modo, este precepto indica que los concursos del acceso a las plazas de PDI podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones de idoneidad. Igualmente, el artículo 4 señala que las universidades deberán contar con instrumentos para corregir la brecha salarial entre mujeres y hombres, y para favorecer la corresponsabilidad de los cuidados y el ejercicio efectivo de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Con respecto al tiempo de trabajo, el artículo 75 de la LOSU dispone que el profesorado funcionario en régimen de dedicación a tiempo completo tendrá asignada a la actividad docente un máximo de 240 y un mínimo de 120 horas lectivas por curso académico dentro de su jornada laboral anual. La universidad podrá modificar esta horquilla para Corregir las desigualdades entre mujeres y hombres derivadas de las responsabilidades de cuidado de personas dependientes.

Otra medida que toma la LOSU en su artículo 89. 6 es que las universidades deberán asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, sin distinción entre laboral y funcionario. A tal fin, adoptarán las medidas necesarias para, de conformidad con el principio de transparencia retributiva, asegurar la igualdad efectiva en la aplicación del régimen de dedicación, así como en la participación en los planes y programas de formación y movilidad.

En resumen, la LOSU prevé medidas de acción positiva para fomentar la composición equilibrada de mujeres y hombres en la carrera universitaria. Además, promueve la promoción de la equidad entre el PDI fomentando que las Universidades en el ámbito de sus respectivas competencias favorezcan la corresponsabilidad en los cuidados y aseguren el ejercicio efectivo de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Con este fin deberán aplicar criterios que aseguren la igualdad efectiva de todas las personas en la aplicación del régimen de dedicación y el acceso a los programas de movilidad que sean de su competencia. Por tanto, la LOSU, eso sí, invita que se analicen y corrijan las desigualdades de género en los usos del tiempo académico en los espacios universitarios. Volvamos al enunciado promulgado en el artículo 65.

En primer lugar, prevé que los procedimientos de acreditación del profesorado funcionario y laboral incorporen criterios que garanticen que la igualdad y la conciliación sean efectivas. Las posibilidades podrían ser compensar la mayor dificultad de las mujeres cuidadoras a partir del nacimiento de un hijo para reducir la carga docente, pensando en las trabajadoras que tienen una mayor carga docente, claro está. Se trataría de una medida que podría crear el entorno propicio para que las trabajadoras no vean entorpecidas en exceso sus carreras, de forma que la reducción le permitiera dedicar más tiempo a

la carrera investigadora y con ella a la estabilidad y a la promoción, compensando así las dificultades que plantea la maternidad. Ahora bien, para que se pueda ejecutar esta minoración habría que considerar las disponibilidades financieras de cada entidad y la posibilidad de que lo financie el gobierno. Los estudios reflejan que podría ser de al menos un 5% de la carga docente para las profesoras con hijos menores de tres años¹¹.

En cuanto al régimen de dedicación del PDI, el artículo 75 enuncia que la universidad podrá modificar la horquilla impuesta para corregir las desigualdades entre mujeres y hombres derivadas de las responsabilidades de cuidados de personas dependientes. Por tanto, si una Universidad permite una reducción de la carga lectiva, en este sentido, se plantean interrogantes, como si tal reducción sería solo de la parte docente, de las direcciones de prácticas y de trabajos tutelados, pero que en ningún caso se traduciría en la reducción de la actividad investigadora, que nada tiene que ver con la reducción de la jornada. Por lo demás, adviértase de la problemática que subyace para las universidades en el orden financiero y de las dificultades para las direcciones de los departamentos que significarían, por ejemplo, con previsiones de contrataciones ante posibles reducciones de crédito por docentes que deben de cuidar de sus personas dependientes, que no solo son hijos menores de 12 años, sino que pueden ser padres y madres, e inclusive, personas convivientes.

A pesar de las dificultades y de los conflictos que puedan entrañar el acometimiento de estas medidas, nos parecen que ambas son celebrables, a la vez que muy mejorables. Por un lado, cierto es que consideran la especialidad y la particularidad de la carrera académica del PDI que ya hemos advertido.

En cualquier caso, es imperioso debatir sobre la necesidad de contar con programas y medidas de conciliación corresponsable, y también, de conciliación de la vida personal y laboral, y todo ciñéndose a como trazar el problema de unos derechos de conciliación y de tiempo de trabajo que se complican en una carrera universitaria donde la actividad docente necesita ser completada con un tiempo dedicado a otras labores que consumen muchas horas de trabajo dedicadas al estudio, a la investigación, a la gestión y a la transferencia de los resultados a la sociedad en su conjunto.

3. PROGRAMAS Y MEDIDAS DE CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE PARA LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA

Desde nuestro planteamiento, el fomento de los cuidados y de la conciliación se deben proyectar a nivel nacional con medidas que permitan a las personas promocionar y estabilizarse en sus carreras sin que el ejercicio de esos cuidados merme esta posibilidad. Este diseño debe quedar muy patente en los procesos de evaluación de las agencias de acreditación. Claro que la complicación en el diseño de estas medidas deviene de las diferentes obligaciones laborales que son tenidas en cuenta en el proceso de acreditación del profesorado.

Por ejemplo, lo más habitual es que las personas inicien su carrera docente en la universidad con una beca, y también es muy habitual (más que habitual) que la inicien entrando como sustitutos o en otras universidades como asociados. En cualquiera de los casos, lo normal es que posteriormente, las personas prosigan su carrera con un contrato de ayudante doctor. Ahora que todas estas figuras tienen en común la temporalidad (excepto la de asociado con los problemas que plantea la LOSU, sin que nos podamos detener en

¹¹ Selma Penalva, A., "La conciliación en la Universidad, ¿un asunto solo de mujeres?" ..., op. cit.

este asunto). Nos explicamos, es muy común que después del transcurso del tiempo del que están limitadas, supondría la extinción del vínculo entre el PDI y la universidad.

Por ende, es muy importante que, dada la limitación de los contratos temporales del profesorado laboral temporal limitados en el tiempo se interrumpan ante el ejercicio de los derechos de conciliación por parte del profesorado.

Para estos casos, el artículo 78 de la LOSU prevé una duración máxima de 6 años para la el contrato de ayudante doctor, con un gran elemento formativo que debe ser evaluable. Pues se prevé que este computo (y su evaluación) se interrumpan en las situaciones de incapacidad temporal y en los periodos de tiempo dedicados al disfrute de permisos, licencias, flexibilidades horarias y excedencias por gestación, embarazo, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, lactancia, riesgo durante la gestación, embarazo o lactancia, violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, así como por razones de conciliación o cuidado de familiares o personas dependientes. Téngase presente que se incluye en esta interrupción la evaluación orientativa del desempeño que se exige ahora a los ayudantes doctores ante las vicisitudes relacionadas con la conciliación.

Po su lado, el artículo 80 de la LOSU endurece el tiempo máximo en el que un docente puede estar unido a la universidad como sustituto, limitándolo a la normativa general aplicable al supuesto. La duda se cierne con respecto a la duración máxima del contrato que ahora no aparece acotada legalmente a los tres años, a diferencia del límite de 3 años que contemplaba el proyecto¹².

En este tenor, la doctrina analiza el derecho a la interrupción del contrato de trabajo ante determinadas vicisitudes relacionadas con la conciliación, y concluye que la LOSU ha incorporado un elenco de causas de interrupción del contrato de ayudante doctor equiparable al que trata la Ley 1/2022 para el caso del contrato de acceso a personal investigador doctor, que ya sitió a estos contratos en la vanguardia de la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Consecuentemente, ya se mejoraba la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, ahora con la LOSU se equipara el régimen de causas de interrupción con una técnica más legislativa, más precisa y menos farragosa que la que utilizaba la Ley 1/2022¹³.

Por lo demás, la LOSU realiza un claro mandato a la equidad de género, planteando una conflictiva llamada a la conciliación, con importantes novedades reguladoras que son positivas, pero que abren importantes desafíos y conflictos, tanto de organización como de gestión del personal. Nuevamente, y esta vez, de forma crítica, la doctrina sostiene que la promoción de la equidad entre el PDI enunciada en el artículo 65 de la LOSU no es correcta técnicamente, tampoco es completa ni coherente, dado que adolece de un exceso de naturaleza programática, contemplada de forma potestativa. Tomando las palabras del profesor “hace referencia a una multiplicidad de cuestiones que, reguladas en leyes y sectores bien diferentes, requieren de políticas estratégicas en el seno de las universidades que desbordan, con mucho, lo actualmente realizado en el marco de los

¹² Sobre ello léase a Gimeno Díaz De Atauri, P., “Número extraordinario Tormenta de reformas”, *Labos*, 4, /2023, pp. 143-160; Moreno I Gené, J., “La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las universidades públicas?” *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 165, 2022, p. 72.

¹³ Nos parece imprescindible la lectura crítica esgrimida por Molina Navarrete, C., Ballester Laguna, F. (autores/directores), Caro Muñoz, A. (directora) y AA.VV. 2024. *Nuevas reglas de contratación laboral para las universidades: personal de investigación y docente e investigador*. Universidad de Jaén. UJA Editorial, 2024, p. 43.

planes de igualdad, y sin duda de la cuestión relativa a la composición equilibrada de las comisiones relativas a los procesos selectivos¹⁴.

Al hijo de lo expuesto, de los derechos que enuncia la LOSU, entendemos practicable el derecho de adaptación razonable del puesto de trabajo a las necesidades de conciliación. Un derecho que será más sencillo de practicar entre el PTGAS que entre el PDI laboral, a pesar de que ambos casos existirán fricciones, desencuentros y conflictos de intereses entre las partes, persona que tiene derecho a la conciliación y persona que no, pero que ya goza de una estabilidad laboral y derechos de elegir el turno desde hace años. La falta de concreción de la LOSU y el anuncio potestativo de los derechos de conciliación se debilitan cuando dependen del presupuesto para que se favorezca la corresponsabilidad en el trabajo de cuidados.

Volviendo a la realidad del PDI, otro elemento importante es la acreditación de estancias de investigación de una duración larga que son exigibles en la carrera universitaria. Así el artículo 4.2 del Real Decreto 678/2023 exige que será requisito para obtener la acreditación la realización de actividades de investigación o docencia, y en su caso de transferencia e intercambio del conocimiento, por un periodo acumulado de, como mínimo, nueve meses, en universidades o centros de investigación distintos de aquella institución en la que se presentó la tesis doctoral, quedando expresamente excluida la mera participación en proyectos de investigación conjuntos.

No obstante, se aplaude que ANECA pueda dispensar de este requisito a quiénes acrediten situaciones prolongadas en el tiempo que hayan impedido el cumplimiento de las actividades, por razón de discapacidad, enfermedad, conciliación o cuidado de menores, familiares o personas dependientes, y excedencias por cuidado de hijo o hija, de familiar o por violencia de género, mediante resolución motivada. Se trata de un elemento que se debe tener en cuenta valorando por parte de ANECA otros méritos de investigación por parte del candidato que realiza la labor de cuidado y de atención a las personas dependientes. Se está pendiente a esa futura regulación de la ANECA en la que se exima de este requisito a las personas que ante determinadas situaciones de conciliación les haya impedido la realización de estas estancias.

Es más, ya es hora de cerrar un antiguo debate en el que se valore la realización de estancias tan largas en el tiempo, la necesidad académica de las mismas y su valor en el proceso de investigación o docente. Esto es, si verdaderamente la dedicación de este tiempo mejora el perfil investigador o docente y luego se revierte en la universidad de origen y en la sociedad.

La exigencia de estancias de investigación sin excepción para todas las categorías de profesorado y todas las disciplinas sigue estando presente en los criterios de la ANECA, a pesar de que en determinadas disciplinas no son en absoluto tangibles ni imprescindibles, habida cuenta de la existencia de recursos electrónicos que se pueden disponer entre universidades facilitando la consulta online, el intercambio de estancias cortas en las que se pueda acceder a los recursos bibliográficos existentes o conocer las buenas prácticas entre docentes son una realidad en disciplinas como el Derecho. Es más, como es sabido, no solo en esta disciplina, sino que en la mayoría de las disciplinas el desplazamiento físico no es tan valioso como forma de acreditar la especialización académica de la solicitante. A mayor abundamiento, la exigencia de estancias conlleva una inestabilidad emocional y familiar, un perjuicio económico dado el desembolso económico que implica, y un estrés laboral dibujándose una grave irregularidad laboral y una situación impuesta que habría que denunciar por abusiva y por ilegal. Esta aseveración ha sido manifestada dado el

¹⁴ Ibidem.

incumplimiento de normativa nacional e internacional. Así la doctrina mantiene que se vulnera el artículo 1.4 del ET ante la ausencia de cualquier previsión al respecto. Dada la obligatoriedad de las estancias, esta doctrina contempla que se debería de completar con el régimen de derechos y obligaciones laborales enunciados en los artículos 4 y 5 del ET, pues lo único que puede elegir el docente es el lugar de destino, la duración (siempre que cumpla la duración mínima) y el tema de investigación. Por tanto, las estancias como un supuesto de movilidad de trabajadores deber quedar amparada por los derechos que el ordenamiento contempla como mínimos e irrenunciables. Por tanto, se parecía como ilegal y abusiva las licencias por investigación que estén retribuidas parcialmente y serían aplicables las garantías que precisa el artículo 40 del ET, especialmente, días de permiso, la compensación de gastos de desplazamiento y de estancia durante tal periodo. La solución planteada por la doctrina es eliminar este tipo de méritos superfluos, revalorizar la concepción interna de las universidades nacionales, reducir la necesidad de realizar desplazamientos continuos, acortar la duración mínima de las estancias que tendrían que ser evaluables, es decir, no valorar tanto la duración de las estancias, sino la realización de las mismas en provecho o en el revertir de la institución y de la sociedad. Además, la revisión de esta obligación debe ir acompañada del reconocimiento de los derechos laborales como trabajadores desplazados. En sustitución a la realización de estancias se deben premiar otros méritos profesionales que indican la solvencia investigadora de la solicitante y que no implican una movilidad geográfica impuesta¹⁵.

Como se ha puesto de manifiesto, y compartimos plenamente, tendría que ser suficiente estancias cortas de investigación (y de docencia) financiadas en su totalidad en la que se aproveche en plena Era Digital, los recursos bibliográficos online, el trabajo en red entre universidades, etc.

Se realiza un llamamiento para ordenar una igualdad real, más allá del plano formal, en el régimen de dedicación y de acceso a los programas de movilidad atendiendo a la clara sobrecarga de trabajo de cuidados, que como se ha repetido, recae sobre las mujeres, como una fórmula para corregir las desigualdades de facto por razón de sexo género, y arbitrándose en los procesos de acreditación. El paso dado se debe traducir a dotar de una mayor congruencia normativa desde el plano más fáctico. Las crecientes exigencias académicas del profesorado especialmente con la evaluación continua en forma de sexenios y de estancias largas en universidades extranjeras dificultan la conciliación, y se deben de dar pasos más contundentes en esta dirección¹⁶.

Si bien el ya derogado Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios no recogía previsiones concretas respecto a estas circunstancias. En cambio, el Real Decreto 678/2023 prevé la necesidad de incorporar medidas como la posibilidad de dispensar del requisito de las estancias largas del artículo 4 a quienes acrediten situaciones prolongadas en el tiempo que hayan impedido el cumplimiento de tales actividades mediante resolución motivada. En esta línea establece la inclusión de disposiciones específicas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación, así como el derecho a la conciliación de la vida familiar en los procedimientos y en los criterios de evaluación. Deben ser medidas que tendrán que ser incorporadas en el proceso de evaluación de las agencias. Por tanto, debe ser en estos presupuestos de acreditación que se imponen a nivel nacional donde se incorporen medidas para que se tenga en cuenta que la menor capacidad investigadora, de asistencia a congresos y realización de estancias obedece

¹⁵ En este sentido léase la posición asumida por Selma Penalva, A. “La discriminación por maternidad y conciliación en el ámbito universitario”, *Femeris*, vol. 4, núm. 2/2019, p. 152.

¹⁶ Molina Navarrete, C., Ballester Laguna, F. (autores/directores), Caro Muñoz, Ana (directora)... op.cit.

al derecho de conciliación. Por tanto, se deben considerar otras variables o etapas en la trayectoria investigadora del solicitante.

En tal sentido, es importante que desde el plano nacional se ordene en la misma dirección que la Resolución de la ANECA para garantizar la igualdad, la conciliación y la inclusión en los procesos de evaluación del profesorado¹⁷. Las disposiciones complementan los criterios de evaluación y requisitos mínimos de referencia de los méritos y competencias requeridos para obtener la acreditación a Profesora o Profesor Titular y a Catedrática o Catedrático de Universidad. La filosofía de la ANECA es apostar por la diversidad de situaciones personales y familiares, sin merma de la necesaria calidad del sistema universitario.

En la Resolución de ANECA, se contemplan medidas específicas para la acreditación del profesorado en 4 bloques: el primero para la evaluación de méritos de actividad docente y actividad investigadora (incluida la transferencia y el intercambio de conocimiento); la segunda para la dispensa del requisito de movilidad para la acreditación a titular; la tercera para que en las comisiones de la ACADEMIA exista una persona experta en la integración del análisis de género; y por último, y las causas de renuncia a formar parte de dichas comisiones.

En otro apartado se prevén reglas específicas respecto de la evaluación de sexenios. Concretamente, se mantienen las dos medidas ya previstas en la Resolución de 1 diciembre de 2020 para facilitar la obtención y el disfrute del sexenio a las personas solicitantes que se encuentren en situaciones especiales derivadas de permisos, excedencias o bajas, y se añade como alternativa a la prórroga del sexenio la posibilidad de presentar cuatro aportaciones, en lugar de las cinco exigidas, y obtener el nuevo sexenio con 24 puntos, en lugar de 30.

En relación con la evaluación de méritos, se mantiene la disminución de exigencias en la valoración de la actividad docente en proporción a la duración de los permisos de maternidad o paternidad, las excedencias por cuidado, violencia de género o terrorista, así como la ampliación, en su caso y en la misma proporción, de los periodos de evaluación de la actividad investigadora y de transferencia. En este sentido, se añaden tres medidas nuevas que pueden tener un gran impacto, ocupándonos solo aquí de la relacionada con la igualdad de género, que sería que las personas que acrediten situaciones prolongadas en el tiempo impeditivas de la realización de estancias físicas de investigación, por razón de excedencias o conciliación o cuidado de personas dependientes, podrán aportar, en su lugar, la colaboración sostenida en el tiempo con grupos y redes de investigación internacionales, que se valorará con indicios de calidad semejantes a aquellas.

En relación con la dispensa del requisito de movilidad exigido para la acreditación a titular, cuando se justifique una situación prolongada en el tiempo que haya impedido la realización de actividad docente, investigadora o de transferencia en un centro distinto al que se leyó la tesis doctoral, se recoge el régimen desarrollado en el Procedimiento de acreditación publicado en enero de 2024. Se concreta la situación prolongada en el

¹⁷ Se recomienda la lectura detenida de la Resolución de la directora de la agencia nacional de Evaluación de la calidad y acreditación por la que se hacen Públicos los criterios para garantizar que la igualdad, la Conciliación y la inclusión sean efectivas en las evaluaciones Del profesorado universitario y del personal investigador. Esta resolución sustituye a la Resolución de 1 de diciembre de 2020, manteniendo criterios ya establecidos, pero avanzando decididamente en el camino de garantizar que la igualdad, la conciliación y la inclusión sean efectivas en las evaluaciones del profesorado universitario y del personal investigador (programas de acreditación y sexenios de investigación o transferencia), en la línea de recientes reformas del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado Público. Se puede consultar en <https://www.aneca.es/-/aneca-publica-una-resoluci%C3%B3n-para-garantizar-la-igualdad-la-conciliaci%C3%B3n-y-la-inclusi%C3%B3n-efectivas-en-la-evaluaci%C3%B3n>

tiempo, que ha de ser como mínimo de 2 años (no continuados) en los 6 anteriores a la solicitud.

En relación con la persona experta en la integración del análisis de género en las comisiones ACADEMIA, se concretan los criterios de selección y las funciones que desempeñará, en particular la identificación de los sesgos implícitos de género de quienes integran las comisiones, a los efectos de erradicarlos o, al menos, reducirlos.

Por último, para facilitar la conciliación de la vida académica y familiar en supuestos especialmente problemáticos se contemplan dos causas específicas de renuncia a formar parte de las comisiones de acreditación, no recogidas en el artículo 11 del Real Decreto 678/2023, de 18 de julio: la monoparentalidad con uno o más menores de edad en custodia y el cuidado de familiares de primer grado con discapacidad grave o muy grave. También se añade como causa de renuncia tener una discapacidad reconocida superior al 33%.

Otra complicación referida a la conciliación la entraña la asistencia a centros y universidades fuera de la residencia del profesor, valorándose de forma positiva si los eventos académicos se celebran en el extranjero con las dificultades que ello entraña. Por tanto, es preciso que en el establecimiento de la acreditación en el acceso a los cuerpos docentes universitarios se tenga en cuenta y se module estas circunstancias.

Conectados a la investigación, estaría también la valoración en la duración de los proyectos de investigación I+D+i concedidos al amparo de convocatorias públicas. En estos proyectos, además de utilizar el lenguaje inclusivo, se deben contemplar la incidencia que para los miembros del grupo tienen las situaciones de conciliación. Por tanto, la justificación científica técnica de los proyectos debe prever la ampliación del periodo ordinario habilitado por los ejercicios de conciliación, así como que una persona que está de baja por maternidad o por paternidad pueda ser IP a fecha de fin del plazo de presentación de solicitudes¹⁸.

Un paso importante en ellos proyectos de investigación debe ser no limitarse a utilizar un lenguaje inclusivo, sino incluir la incidencia que para los miembros del grupo de investigación pueden tener las situaciones por motivos vinculados al embarazo o el parto (IT, riesgo en el embarazo o lactancia, maternidad y paternidad). En este sentido, “la omisión perjudica de forma más intensa a personas de sexo femenino, respecto a las que el desarrollo de un proyecto de investigación haya coincidido en el tiempo con el embarazo y la maternidad, pues pueden ver reducido de forma sustancial el tiempo material de dedicación al proyecto, sin que exista otra solución que la solicitud motivada de prórroga realizada con la suficiente antelación por el IP del proyecto, de tramitación y justificación compleja: sin duda, constituye éste otro tema sobre el que sería oportuno reflexionar si verdaderamente se pretenden eliminar los obstáculos de género en el ámbito universitario”¹⁹.

Una cuestión distinta es la previsión de la carga lectiva cuando se disfruta de la baja por el cuidado de hijos cuando ello se traduce en dos aspectos. Una práctica universitaria

¹⁸ Un ejemplo tímido podría ser la Convocatoria 2022 “Proyectos de generación de conocimiento” instrucciones de ejecución y justificación de proyectos Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia En situaciones muy excepcionales que impidan la presentación del informe científico-técnico en el periodo ordinario habilitado (baja por maternidad/paternidad, riesgo durante el embarazo o enfermedad prolongada del/ de la IP), el/la IP podrá solicitar la ampliación por un periodo que en ningún caso podrá superar la mitad del periodo inicialmente habilitado. La solicitud debidamente fundamentada deberá ser acompañada de la pertinente documentación justificativa (informe médico). Esta convocatoria permite, como es lógico, que estas situaciones permitan a la solicitante ser investigador principal dado que no implica una pérdida de vinculación con la entidad.

¹⁹ Nuevamente resaltar los argumentos expuestos por Selma Penalva, A. “La discriminación por maternidad y conciliación en el ámbito universitario”, op. cit. p. 152.

en que se ha acumulado la docencia de la profesora justo después de incorporarse de su baja maternal de forma que se traduce en una acumulación excesiva de su creditaje y un impedimento claro a su proyección profesional y a la posibilidad de conciliar. Por tanto, amén de ser una práctica ilícita que niega un derecho de la mujer al descanso y al disfrute del menor. Otro motivo de desigualdad es la necesidad de acumular horas de docencia para la acreditación a una categoría profesional superior. Se trata de un elemento que ralentiza nuevamente la consecución de los méritos académicos que son necesarios para la estabilidad y la promoción en la carrera académica. El hecho de que estadísticamente ellas ejerzan los derechos de conciliación afecta de forma desproporcionada en comparación con los profesores varones, dando lugar a una discriminación indirecta. Este problema se acentúa cuando la baja va precedida de una incapacidad temporal por problemas de salud derivados del desarrollo del embarazo o acompañada de una suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o lactancia. Téngase presente que las mujeres, y sobre todo en la universidad, retrasan la edad de la maternidad lo que supone que el embarazo a partir de los 35 años deba considerarse de riesgo, o la prestación laboral que se desarrolla en un laboratorio utilizando sustancias potencialmente tóxicas para la salud de la madre o del feto. Con ello, es imprescindible que se reconozca el referido tiempo de baja como tiempo de trabajo efectivamente trabajado. De esta manera la trabajadora no vería perjudicado el reconocimiento de su actividad docente en el proceso de acreditación, que se traduciría igualmente en el acceso a las figuras de promoción en la carrera universitaria. Se trata de una medida sin ningún vicio de conflictividad con otros grupos que vierte toda una corriente de igualdad en la carrera universitaria. Se debe considerar que las mujeres precisan de esta baja por cuestiones de salud estrictamente biológicas viéndose obligadas a interrumpir su actividad. Ante esta realidad, si el número de créditos impartidos se convierte en un requisito obligatorio para las acreditaciones y si la maternidad obliga a estas trabajadoras a estar hasta un año sin docencia se ralentiza claramente su promoción profesional, con gravosas consecuencias económicas y trazando una brecha promocional más evidente entre las categorías universitarias²⁰.

Un tema que se debe estudiar con sosiego y esmero es si la previsión de estas medidas se debe proyectar por igual para hombres y mujeres, teniendo en consideración que las cargas familiares inciden de forma especial o con mayor intensidad en las mujeres. Las universidades están en un proceso de adaptación a las nuevas direcciones que encomienda la LOSU y la ANECA, por lo que es un tema a debatir y sobre el que merece la pena reflexionar en orden al diseño de medidas que sirvan precisamente para derribar los prejuicios de género que merman la carrera universitaria.

4. CONCLUSIONES

El debate sobre la conciliación y la corresponsabilidad en los espacios universitarios está presente desde hace muchos años, habiéndose dado algunos pasos en esta dirección y siendo un problema que está presente en el ideario del legislador. La LOSU y los nuevos procesos de acreditación abren posibilidades de arbitrar medidas de acción positiva que tengan en cuenta las situaciones de conciliación en la vida académica.

Como se ha reseñado, las labores de cuidados, tanto domésticas como de personas dependientes, siguen recayendo en las mujeres. Una carga de trabajo que dificulta la estabilidad y la promoción en la carrera universitaria de las PDI, pues se han ido trazando

²⁰ Vid. Selma Penalva, A. "La discriminación por maternidad y conciliación en el ámbito universitario", op. cit. p. 152.

nuevas y diversas exigencias que hacen incompatible o muy difícil ejercer los derechos de conciliación con la proyección de una carrera exitosa.

La ANECA ha arbitrado un conjunto de medidas para compensar los tiempos de ausencia cuando la persona trabajadora está de baja por maternidad o por paternidad o bien ha solicitado una excedencia; y también para compensar los tiempos de presencia cuando se solicita una reducción de jornada para el cuidado de personas dependientes. Una compensación absolutamente imprescindible que si está bien diseñada se traduciría en ir dando pasos para lograr que la equidad y la igualdad conformen parte de la vida universitaria, en el logro de que la conciliación esté presente en los espacios universitarios.

Uno de los aspectos claves es que los derechos de ausencia por paternidad y maternidad junto con las solicitudes de excedencia no mermen la carrera universitaria, sobre todo en aspectos transparentes como es la evaluación del componente de la docencia. Es evidente que el tiempo de trabajo en la docencia es un dato absolutamente objetivo, claro y evidente. Por ejemplo, una persona ayudante doctora con un contrato a tiempo completo que está a 240 horas y que solicita una reducción de jornada a 120 horas. Se puede demostrar de forma objetiva que la persona que ha solicitado una reducción de jornada para el cuidado de los familiares no ha impartido el creditaje total por hacer uso de un derecho de conciliación como es una situación de cuidados. Una solicitud que tendría que ser compensada en los procesos de acreditación y de acceso a las plazas de permanente laboral, de titular o de cátedra. En esta posición, tenemos en cuenta que es posible, y de forma transparente y objetiva, demostrar que la persona no cumple con los méritos obligatorios atinentes a las horas de docencia impartidas por haber realizado un uso legal de un derecho de conciliación. Es más, si esta reducción se traduce en un tiempo que la persona solicitante lo dedica a la actividad investigadora, como hizo la Universidad de Córdoba, le permite de alguna manera no parar en la carrera universitaria, no quedarse atrás.

Nos parece que la compensación de este requisito en los procesos de evaluación y de acceso a las plazas es idóneo y ajustado a unas necesidades reales de conciliación de la vida laboral y familiar. Además, se trataría de una compensación que tiene una base o analogía legal ya en la carrera de los seguros de cotización que permiten a una persona solicitar una excedencia y/o una reducción por cuidado de hijos menores de 12 años o por cuidado de familiares distintos a los del punto anterior, o reducciones de jornada por los mismos motivos. Ante estas vicisitudes se le reconoce el derecho a computar a los efectos de cotización como si fuera a tiempo completo, atendiendo a lo estipulado en el Capítulo XV de protección a la familia (artículos 235 a 237 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).

Por el lado de la investigación, resulta idóneo que desde la ANECA se prevean compensaciones para entender y dispensar del requisito de la movilidad, toda vez, porque en muchas áreas del conocimiento no resultan imprescindibles, sobre todo estancias largas de movilidad como las que se exigen en la actualidad, teniendo cada vez más peso académico. Una realidad que exige ser repensada para todas las personas que desean hacer carrera académica. Desde esta línea se comparte las amplias posibilidades de contactos y de tejer redes de investigación y académicas que supone la realización de estancias, tanto de docencia, como de investigación, pero éstas no deben ser forzosamente de larga duración.

En cuanto al primer tipo de estancias se debe matizar que fueran valorables estancias de corta duración e incluso las posibilidades que ofrece hoy día la internacionalización en

casa que ya se ha reseñado, en un mundo interconectado. Con respecto a la realización de estancias de investigación, siendo muy positivas para todas las personas, no tiene sentido que se exijan estancias largas, cuando en áreas y disciplinas sería suficiente con pocas semanas en las que se acuda a los registros bibliográficos que no están en los recursos electrónicos que ofrecen las universidades.

En la misma línea, la ANECA resuelve por compensar la participación en proyectos de investigación cuando concurren estas y otras vicisitudes o situaciones, que se tendrían que ir naturalizando en los espacios universitarios, también con las otras facetas que exige la carrera universitaria, como son la gestión y la transferencia del conocimiento.

Por lo demás, otro de los elementos sobre el que nos gustaría reflexionar es el derecho de adaptación y de distribución de la jornada laboral para el PDI. En las universidades lo más común es que las competencias en la distribución de los horarios estén encomendada a los departamentos, que suelen recoger criterios de antigüedad y categoría en la prioridad en la elección de las asignaturas.

Una cuestión que nos resulta muy controvertida que exigiría incluir medidas para ceder este derecho de elección ante determinadas obligaciones de conciliación que deben atenderse, que fueran especiales y que impidieran a la persona solicitante dar una determinada asignatura y en un horario concreto. Con ello se conjugarían criterios académicos combinados con criterios personales, que estuvieran justificados con necesidades de conciliación específicas, como una excepción al criterio general y académico ante una situación de especial atención.

Por último, el disfrute de determinados permisos retribuidos, licencias y otras medidas cuando coinciden con el ejercicio de la docencia. Serían permisos como matrimonio o pareja de hecho, por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar, como el sometimiento a las técnicas de fecundación asistida, exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, sesiones informativas en caso de adopción o guardia de un menor, la protección a la maternidad ante riesgo durante el embarazo o lactancia con un cambio de clases, la hospitalización por hijos prematuros, enfermos, entre otros. Es muy común que las Universidades diseñen guías de conciliación o prevean medidas en sus Planes de Igualdad para la concreción y el disfrute de tales derechos. Nuevamente, la dificultad entraña en su ejercicio para el PDI en el momento en el que coincide con sus días de docencia o de defensa de trabajos fin de grado, de master o tutorías.

La complejidad estriba en coordinar el ejercicio de estas licencias o permisos con ese tiempo de docencia, en suma, con las clases que ha determinado el departamento, y con los días que ha determinado el centro o facultad. En principio, ante este tipo de situaciones, lo más común es que se supla a la mayor inmediatez con un compañero del departamento, con las dificultades que ello pudiera suponer cuando no exista esta posibilidad por tener todos los miembros del área excesos de carga docente. Por ende, no está de más que exista en los departamentos ciertas holguras en el creditaje para atender este tipo de situaciones y no tener que recurrir a la bolsa de profesores sustitutos cuando ello suponga que se dilate en el tiempo la cobertura de la docencia. Téngase presente que el profesorado sustituto, y ahora más con la LOSU, no está diseñado para ser una vía de entrada en la universidad, al no serle reconocida la faceta investigadora, y que se contrata para sustituir al PDI con derecho a reserva del puesto de trabajo que se suspenda temporalmente por aplicación del régimen de permisos, licencias, bajas médicas de larga duración, etc. El manejo de todas y otras realidades supone una auténtica gestión de recursos humanos por parte de las direcciones de los departamentos que deben estar alertas y preparados para una correcta atención a las necesidades de licencias y de permisos relacionados con la conciliación.

En línea con los ejercicios de conciliación, y en conexión con las nuevas tecnologías y la proliferación de estudios de enseñanza híbrida, pueden ser una oportunidad para compatibilizar el ejercicio de la docencia con los derechos de conciliación. Es posible que se concedan venia docenti para que las personas puedan cuidar de los dependientes en titulaciones o asignaturas híbridas.

Sin duda, los planes de igualdad de las universidades también están llamados a ser un instrumento que prevea las particularidades y especificidades de la profesión universitaria recogiendo y acordando medidas de conciliación de los tiempos de trabajo. Es oportuno que los planes de igualdad, en coordinación con el vicerrectorado de profesorado, diseñen un Plan de elección de la docencia en el que incluyan criterios de elección de asignaturas ante las situaciones que ya hemos descrito, previendo ese carácter excepcional y justificado ante determinadas situaciones de conciliación. Es un modo de priorizar los intereses conciliatorios respetando los criterios académicos, pero entendiendo que éstos deben ceder ante determinadas y justificadas situaciones de cuidado y de conciliación, que impiden a la persona el ejercicio de su docencia.

Otra baza importante la juegan los centros y las facultades en cuanto elaboran los horarios de clase en tanto diseñan horarios compatibles con los derechos de conciliación. Otros aspectos de interés se conectan con medidas relacionadas con las Escuelas de verano, centros infantiles propios de la universidad, ludotecas o las salas de lactancia en los centros y facultades, habida cuenta de la prolongación de los tiempos de trabajo del profesorado que se han visto forzosamente ampliados en los últimos tiempos, con las defensas de trabajos fin de grado, fin de master, tutorización de trabajos y de prácticas, tanto académicas como curriculares. Un esfuerzo que riñe constantemente con los derechos de conciliación en los espacios universitarios.

En una universidad envejecida que se enfrentan a un proceso acelerado de privatización es imprescindible e imperioso realizar un llamamiento para que las personas más jóvenes continúen la senda de una universidad pública y de calidad, como docentes, investigadores y gestores. Una excelencia que está reñida cuando esos tiempos dedicados a la docencia, a la investigación, la gestión y la transferencia no dejan margen de vida para el derecho a la desconexión, al disfrute, al ocio y a la familia.

Por tanto, desde la ANECA y las agencias autonómicas, desde el buen gobierno de las CCAA, desde la autonomía universitaria y desde las propias direcciones de los departamentos y facultades se debe trabajar para reconocer y detectar necesidades, diseñar, prever y articular medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral para fomentar un entorno universitario sostenible, igualitario y saludable, teniendo en cuenta la diversidad de las personas, de elecciones y de las historias de vida. Es más, se debe hacer apostando por la sociedad del conocimiento, que debe ser de calidad ajustada en una docencia variada en asignaturas diferentes en grados y másteres, a una buena gestión de la academia, y a una investigación diversa que repercuta y se transfiera en la sociedad.

Unos retos que siguen pendientes y que son deseables, sobre todo cuando desde estas líneas, se advierte que la Universidad es un estilo de vida que, fuera de nuestro ámbito, pocas personas comprenden, y, sobre todo, cuando sabes y lo peor, hasta a veces entiendes y compartes, que si paras te quedas fuera del sistema.

5. BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez Figueroa, Eva. Y Pastor Yuste, Raquel., *Guía de Conciliación Responsable*, Universidad de Cádiz, Instituto Andaluz de la Mujer/ 2022.

Gimeno Díaz De Atauri, Pablo, “Número extraordinario Tormenta de reformas”, *Labos*, 4, /2023, pp. 143-160.

Jóver Ramírez, Carmen, *Congreso Ciencia, Género y Conocimiento*, Universidad de Cádiz, 10 y 11 de noviembre de 2016, Universidad de Cádiz.

Molina Navarrete, Cristobal, Ballester Laguna, Fernando (autores/directores), Caro Muñoz, Ana (directora) y AA. VV *Nuevas reglas de contratación laboral para las universidades: personal de investigación y docente e investigador*. Universidad de Jaén. UJA Editorial, 2024.

Moreno I Gené, Josep, “La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las universidades públicas?” *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 165, 2022, pp. 47-85.

Selma Penalva, A. “La discriminación por maternidad y conciliación en el ámbito universitario”, *Femeris*, vol. 4, núm. 2/2019, pp. 132- 153.

Selma Penalva, Alejandra, “La conciliación en la Universidad, ¿un asunto solo de mujeres?”, *Revista de educación y derecho = Education and law review*, 20/2019.

CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE Y FÓRMULAS DE TRABAJO FLEXIBLE, NUEVO HORIZONTE PARA LOS PLANES DE IGUALDAD*

AMPARO ESTEBAN GÓMEZ
*Profesora Permanente Laboral de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla
aestegomez@us.es
ORCID 0000-0002-6580-3168

SUMARIO:

1. LOS PLANES DE IGUALDAD Y SU GENERALIZACIÓN EN LAS EMPRESAS
2. LA CONCILIACIÓN COMO TEMA DE OBLIGADO TRATAMIENTO EN LOS PLANES DE IGUALDAD
3. LAS ADAPTACIONES DE JORNADA VÍA ART. 34.8 ET TRAS EL RDL 5/2023
4. MEDIDAS A CONTEMPLAR EN LOS PLANES DE IGUALDAD EN PRO DE IMPLEMENTAR LA ADAPTACIÓN DE JORNADA VÍA ART. 34.8 ET
5. RESUMEN CONCLUSIVO

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Proyectos de Generación de Conocimiento 2021, sobre “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial”, Universidad de Sevilla (PID2021-122537NB-I00).

EXTRACTO

Los planes de igualdad, en la actualidad, se han generalizado en muchas empresas y confluyen con el importante instrumento jurídico de conciliación de las adaptaciones de jornada, vía art. 34.8 ET, que ha sido fortalecido con una reciente reforma en 2023, fruto de la transposición de la Directiva 2019/1158 en lo concerniente al derecho a solicitar, por razones de conciliación, fórmulas de trabajo flexible, así como las normas concordantes.

En materia de conciliación, junto a otras, con carácter preliminar a elaborar un plan de igualdad es preceptivo realizar un diagnóstico fidedigno de la situación en la empresa que deslinde, de interés para nuestro estudio, quiénes y cómo concilian las personas trabajadoras y, en consecuencia, trazar los concretos objetivos de igualdad a alcanzar; diseñar las estrategias y prácticas para el logro de estos; así como disponer de los correspondientes sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

Es en este marco en el que estimamos que las adaptaciones de jornada cobran especial significado, siendo una herramienta neutra desde el punto de vista de género, que debe constituirse en instrumento esencial de las medidas tocantes a la conciliación de todo plan de igualdad a fin de alcanzar en la empresa un ejercicio corresponsable de la conciliación por parte de todas las personas trabajadoras, mujeres y hombres, contribuyendo así a una sociedad más justa y equitativa.

El presente trabajo culmina con las medidas a implementar en los planes de igualdad que contribuyan a impulsar las adaptaciones de jornada como la principal medida de conciliación, favorecedora de la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación y transgresora de la perpetuación de roles en la asunción de responsabilidades de cuidado, fomentando así la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

1. LOS PLANES DE IGUALDAD Y SU GENERALIZACIÓN EN LAS EMPRESAS

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹ (en adelante, LOI), en el art. 45.1, establece con carácter general un principio básico, aplicable a todas las empresas sin distinción, según el cual estas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de las personas trabajadoras en la forma que se determine en la legislación laboral. En esta misma línea, el art. 85.1, párrafo 2.º 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 Trabajadores² (en adelante, ET) prevé que sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Instituyen, pues, este principio como rector de todo el derecho colectivo laboral.

Las medidas de igualdad anteriormente aludidas, en ocasiones, deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

¹ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

² BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

Los planes de igualdad vienen definidos en el art. 46.1, párrafo primero de la LOI como el conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de la situación. Seguidamente les atribuye un objetivo, cual es, alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, así como eliminar la discriminación por razón de sexo.

Igualmente, la citada norma alude al contenido de los planes de igualdad. Así, deben: 1) Deslindar los concretos objetivos de igualdad a alcanzar; 2) Diseñar las estrategias y prácticas para el logro de estos; y 3) Disponer de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados³.

Seguidamente, la redacción primigenia de la LOI delimitó el alcance subjetivo de la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad, así como los términos de este.

Así, según el primitivo texto, las obligadas a elaborar y aplicar un plan de igualdad son:

- a) Las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, con el alcance y contenido establecidos en la propia LOI, que deberá ser objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral⁴.
- b) Las restantes empresas cuando así lo establezca el convenio colectivo aplicable, en los términos que señale este⁵.
- c) Las empresas a las que la autoridad laboral les hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, previa negociación o consulta, en su caso, con representación legal de las personas trabajadoras y en los términos que se fijen en el mencionado acuerdo⁶.

Como cláusula de cierre, se recoge expresamente, despejando así cualquier tipo de duda, que para las demás empresas la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria, previa consulta a la representación legal de las personas trabajadoras⁷.

Más de una década después, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁸ (en adelante, RDL 6/2019) modifica el umbral a partir del cual las empresas están obligadas ex lege a elaborar y aplicar un plan de igualdad, rebajando y cifrando el mismo en aquellas empresas que cuenten con cincuenta o más trabajadores. Seguidamente, el propio RDL 6/2019⁹ contiene una aplicación paulatina de esta modificación -junto a la nueva redacción del apartado 2 y nuevos apartados 4, 5 y 6, todos ellos, del art. 46 LOI-, con el siguiente tenor literal:

“Las empresas de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras contarán con un periodo de un año para la aprobación de los planes de igualdad.

Las empresas de más de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de dos años para la aprobación de los planes de igualdad.

³ Contenido explícito al que alude el art. 46.1, párrafo segundo LOI.

⁴ Preveía en su redacción original el art. 45.2 LOI.

⁵ Contempla el art. 45.3 LOI.

⁶ Dispone el art. 45.4 LOI.

⁷ Aclara, de forma expresa, el art. 45.5 LOI.

⁸ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

⁹ Mediante la introducción de una nueva disposición transitoria decimosegunda a la LOI.

Las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras dispondrán de un periodo de tres años para la aprobación de los planes de igualdad.

Estos periodos de transitoriedad se computarán desde la publicación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el «Boletín Oficial del Estado»¹⁰.

Esto es, a partir del 7 de marzo de 2022, fecha a la que alude implícitamente el último párrafo de la aplicación gradual, las empresas de cincuenta o más trabajadores deben contar por imperativo legal con un plan de igualdad¹⁰, permaneciendo inalterados los restantes supuestos ya contemplados, desde el inicio, por la LOI.

Dicho en otras palabras, desde la citada fecha el paraguas de empresas que deben contar, so pena de sanción, con un plan de igualdad se amplía considerablemente. Así, si acudimos al número de empresas inscritas en la Seguridad Social según tamaño de la empresa, a 31 de diciembre de 2023, el número de empresas con 250 o más trabajadores era de 552011, a las que se suma las 26.547 empresas que cuentan de 50 a 249 trabajadores, lo que se traduce en que el número total de empresas que están obligadas ex lege a contar con un plan de igualdad ha pasado a ser 32.067, esto es, se ha más allá que quintuplicado¹². Es más, a las anteriores, so pena igualmente de la correspondiente sanción, se pueden añadir otras, vía obligatoriedad impuesta por el convenio colectivo aplicable, o aquella otra derivada de acuerdo emitido en el seno de un procedimiento sancionador¹³.

Como colofón, insistir en que, por exclusión, las restantes empresas -al igual que al inicio- no están compelidas a contar con un plan de igualdad, pero tampoco les está vedado, siendo a nuestro juicio recomendable en aras de alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, así como eliminar la discriminación por razón de sexo, máxime teniendo en cuenta nuestro tejido empresarial que, según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), a 1 de enero de 2023, de los 3.207.580 de empresas existente en España, solo el 0,2% son grandes empresas y, por ende, la práctica totalidad del tejido empresarial español (el 99,8%) está constituido por pequeñas

¹⁰ Cabeza Pereiro, J., “Los planes de igualdad: balance y cambios normativos”, en AA.VV., Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres, *Revista Derecho Social y Empresa*, 12/2020 afirma, lo que compartimos, que este salto cuantitativo pone de relieve que el legislador “*valora este instrumento colectivo como una herramienta valiosa en pro de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras*”, p. 13.

¹¹ En concreto, 2.975 empresas de 250 a 499 trabajadores y 2.545 empresas de más de 499 trabajadores.

¹² Los datos se pueden consultar, en el apartado relativo a Empresas Inscritas a la Seguridad Social, en el siguiente enlace del Ministerio de Trabajo y Economía Social <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2023/index.htm#>

¹³ El art. 8.17 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE núm. 189, de 8 de agosto; en adelante LISOS) típica como infracción administrativa muy grave el no elaborar o no aplicar el plan de igualdad o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos en el acuerdo emitido por la autoridad laboral en el seno de un procedimiento sancionador, que lleva aparejada una multa que oscila entre 7501 a 225018 euros [art. 40.1.c) LISOS] y ello sin perjuicio de que la autoridad laboral, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, deje sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias -contempladas en el art. 46 bis.1 LISOS- que se aplicarán de la forma que detalla el art. 46 bis.2, párrafo 2.º LISOS.

Además, con carácter general, el art. 7.13 LISOS, considera infracción grave “*No cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación*”, sancionable con multa que oscila entre 751 a 7500 euros [art. 40.1.b) LISOS].

A mayor abundamiento, la existencia del plan de igualdad se establece como requisito para obtener los incentivos a la contratación en materia laboral [art. 8.e) del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas; BOE núm. 9, de 11 de enero], así como para participar en los concursos de adjudicación de contratos públicos [art. 71.1.d) *in fine* de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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; BOE núm. 272, de 9 de noviembre].

y medianas empresas (pymes)¹⁴. De ahí, pues, que estimemos acertada la promoción de iniciativas empresariales tendentes a elaborar planes de igualdad, impulsadas por los poderes públicos con competencia en la materia, como a título ilustrativo, ocurre en la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁵ y cuyo eje vertebrador es “posibilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, contribuyendo a remover los obstáculos que sobre el empleo pueden producir las responsabilidades derivadas del ámbito familiar o doméstico, y promover la elaboración de planes de igualdad en empresas con sede social en Andalucía, independientemente del sector de actividad, que cuenten con un mínimo de 10 personas trabajadoras y un máximo de 49, esto es, que no estén obligadas a contar con un plan de igualdad por la normativa vigente”¹⁶.

Como conclusión, cabe destacar que, a partir del 7 de marzo de 2022, con la reforma operada a través del RDL 6/2019 -reforzada, en ocasiones, con iniciativas de los poderes públicos competentes- ha crecido de manera notable el número de empresas constreñidas a contar con un plan de igualdad y, por ende, el colectivo de personas trabajadoras beneficiarias de estos. En suma, se ha expandido el instrumento jurídico cuyo objetivo atribuido por la LOI, recuérdese, no es otro que el de alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, así como eliminar la discriminación por razón de sexo.

2. LA CONCILIACIÓN COMO TEMA DE OBLIGADO TRATAMIENTO EN LOS PLANES DE IGUALDAD

La conciliación, en el marco de los planes de igualdad, es un tema que ya era evocado en la primigenia redacción de la LOI. Así, el art. 46.2 LOI disponía que “Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”. Del texto transcrito, interesa hacer hincapié en que la redacción original de la LOI no hace otra cosa que imbricar “la conciliación laboral, personal y familiar” con la “ordenación del tiempo de trabajo” que la propicie, en un necesario escenario, cual es, “en términos de igualdad entre mujeres y hombres”, elementos todos ellos presentes en las adaptaciones de jornada, vía art. 34.8 ET y, de ahí que estimemos se deban erigir -abundando en esta idea en el presente trabajo- en eje vertebrador de los objetivos y medidas tocantes a la conciliación que hayan de contener,

¹⁴ Se puede acceder al estudio sobre la “Estructura y Dinámica Empresarial en España” (datos a 1 de enero de 2023), publicado en abril de 2024 por la Dirección General de Estrategia Industrial y de la Pequeña y Mediana Empresa, dentro de la Secretaría de Estado de Industria, adscrita al Ministerio de Industria y Turismo, en el siguiente enlace https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/Estadisticas_Territoriales/Estructura-Dinamica-Empresarial-2023.pdf

¹⁵ Un ejemplo de estos incentivos lo constituyen las subvenciones para la elaboración de planes de igualdad a empresas con sede social en Andalucía de entre 10 y 49 personas trabajadoras, en los términos exigidos para los planes legalmente obligatorios y que sean inscritos en el registro de planes de igualdad de las empresas, según la regulación contenida en el RD 901/2020, al amparo de la Resolución de 6 de mayo de 2024, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se convocan para el año 2024 subvenciones correspondientes a las líneas 7 y 8 reguladas en la Orden de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía (BOJA núm. 90, de 10 de mayo de 2024). Se puede acceder a la información de esta medida pública en el siguiente enlace <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/servicios/procedimientos/detalle/23225.html>

¹⁶ Se configuran como objetivos de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, según invoca el párrafo 5.º del Preámbulo de la Resolución de 6 de mayo de 2024 referenciada.

con carácter general, todo plan de igualdad a fin de alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, así como eliminar la discriminación por razón de sexo.

La materia que nos ocupa fue objeto de una reforma de calado a través del RDL 6/2019 en dos aspectos de interés: 1) Fijando un contenido a los planes de igualdad, así como atribuyéndole una finalidad; 2) Estableciendo un previo y obligatorio diagnóstico y dotando al mismo de un contenido mínimo.

Así, en relación con el primer aspecto, se prevé, tras la reforma operada por el RDL 6/2019, que los planes de igualdad contendrán un conjunto ordenado de medidas que, necesariamente, deben ser evaluables. A las citadas medidas les confiere una finalidad: la de remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombre¹⁷.

Asimismo, con carácter preceptivo y previo se ha de elaborar un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras. Seguidamente se le dota de un contenido mínimo, ya que la nueva norma alude a que “contendrá al menos las siguientes materias: a) Proceso de selección y contratación. b) Clasificación profesional. c) Formación. d) Promoción profesional. e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres. f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral. g) Infrarrepresentación femenina. h) Retribuciones. i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo”¹⁸. Nótese que dentro de las materias de obligado diagnóstico a realizar en las empresas se encuentra, en la redacción actual y de interés para nuestro estudio, el “Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral”.

A continuación, la nueva redacción del art. 46.2 LOI fija dónde se ha de elaborar el diagnóstico, así como los instrumentos con los que se va a contar para ese cometido¹⁹. Así, prevé que la elaboración del diagnóstico se ha de realizar “en el seno de la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad”, y mandata que a ese fin, la dirección de la empresa debe facilitar los datos e información necesaria en relación con las materias listadas anteriormente, así como los datos del registro regulados en el art. 28.2 ET20.

Finalmente, el RDL 6/2019 prevé la creación de un registro de planes de igualdad de las empresas y la correspondiente obligación de estas a inscribirlos²¹, para a continuación, remitir a desarrollo reglamentario “el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso”²². Pues bien, el aludido desarrollo reglamentario ha tenido lugar a través del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos

¹⁷ Mandata todos los extremos expresados el reformado art. 46.2, párrafo primero LOI.

¹⁸ Preceptúa y lista el reformado art. 46.2, párrafo primero *in fine* LOI.

¹⁹ Contenidos, ambos extremos, en el reformado art. 46.2, párrafo 2.º LOI.

²⁰ Según el cual “*El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor*”. Respecto al acceso al mismo, puntualiza que “*Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa*”. En esta materia es de interés tener en cuenta el desarrollo reglamentario del registro retributivo llevado a cabo por el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE núm. 272, de 14 de octubre; en adelante RD 902/2020).

²¹ Previsiones, ambas, de los nuevos apartados 4 y 5 incorporados por el RDL 6/2019 al art. 46 LOI.

²² Contempla el nuevo apartado 6 del art. 46 LOI tras su incorporación por el RDL 6/2019.

colectivos de trabaj^o23 (en adelante, RD 901/2020). Ello hace que, a continuación, consideremos de interés detenernos en la citada regulación reglamentaria, en particular, en aquella que incide en la conciliación, centrándonos en este apartado, en el diagnóstico.

Con carácter previo, y al objeto de enmarcar la propia norma reglamentaria, es relevante destacar cómo justifica el Preámbulo de la misma su adecuación a los principios, entre otros, de eficacia y proporcionalidad²⁴. Así, argumenta de que regula los aspectos imprescindibles para que se pueda cumplir lo previsto en la misma, al tiempo que su desarrollo sirve de instrumento para impulsar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres conforme a lo dispuesto en los arts. 9.2 y 14 de la Constitución Española²⁵ (en adelante, CE) y el art. 14 de la LOI²⁶, “dado que los planes y medidas de igualdad en las empresas son un instrumento eficaz para combatir las posibles formas de discriminación existentes en el ámbito de las organizaciones y para promover cambios culturales que eviten sesgos y estereotipos de género que siguen frenando la igualdad real entre mujeres y hombres”. Finaliza, apostillando que “Además, los planes de igualdad también se articulan como un instrumento de mejora de las organizaciones en cuanto a su imagen, clima laboral y rentabilidad”²⁷. También es de interés el encuadre del RD 901/2020 en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que plantea 17 Objetivos²⁸. Pues bien, la norma reglamentaria acentúa que con la misma se avanza en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, principalmente en el 5, de “igualdad género” y en el 8, de “trabajo decente y crecimiento económico”, y en concreto, en el cumplimiento de una serie de metas²⁹, siendo de especial relevancia para este estudio, la meta 5.4 relativa a reconocer la importancia de los cuidados y fomentar la corresponsabilidad³⁰.

Entrando en el contenido de la norma reglamentaria, la misma comprende tres prescripciones que refuerzan el efecto expansivo de los planes de igualdad que antes tuvimos la oportunidad de poner de manifiesto, a modo de conclusión, en el capítulo anterior. Las mismas van referidas, la primera, a la cuantificación del número de personas trabajadoras de la empresa a los efectos de estar compelida a elaborar un plan de igualdad; la segunda, a la no afectación de las disminuciones de plantilla a permanecer la obligación de negociar, elaborar y aplicar un plan de igualdad por parte de la empresa; y, la tercera, a la extensión de las personas trabajadoras afectadas por un plan de igualdad.

²³ BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020.

²⁴ Cumpliendo así lo preceptuado en el art. 129, rotulado “Principios de buena regulación”, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre) cuando exige que “En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”.

²⁵ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

²⁶ Titulado “Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos”, entre los que recoge a los fines de la LOI, en concreto, en el apartado 8, el de “El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia”.

²⁷ Recoge el Apartado III, párrafo primero del Preámbulo del RD 901/2020.

²⁸ La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible fue adoptada el 25 de septiembre de 2015 por la Asamblea General, en el seno de la Organización de Naciones Unidas.

²⁹ A las que alude el Apartado III, párrafo segundo del Preámbulo del RD 901/2020.

³⁰ Una perspectiva completa de los objetivos de la Agenda 2030, y dentro de cada uno de ellos, de sus correspondientes metas se obtiene accediendo al enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

Los términos literales de la meta 5.4 son estos: “Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país”.

Así, el art. 3 RD 901/2020 prevé una regla de cómputo muy favorecedora si la comparamos con aquella otra contenida en el art. 72 ET aplicable a las elecciones a órganos de representación de las personas trabajadoras en las empresas y centros de trabajo. De la misma son relevantes las siguientes previsiones: 1) Computar las personas trabajadoras con contrato de duración determinada, sin distinción; esto es, sin atender a la mayor o menor duración del contrato temporal³¹; 2) Computar, igualmente, las personas trabajadoras cedidas por empresa de trabajo de temporal a las que el RD 901/2020 refiere como “personas con contratos de puesta a disposición”³²; y 3) La regla relativa a computar los contratos de duración determinada, cualquiera que sea su modalidad que, habiendo estado vigentes en la empresa durante los seis meses anteriores, se hayan extinguido en el momento de efectuar el cómputo, según la cual, cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona trabajadora más³³. De las tres reglas jurídicas, sólo la primera es tomada en consideración en las anteriormente aludidas elecciones a órganos de representación de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo -reguladas en el Título II ET-, si bien otorgando distinto cómputo en función de la duración superior o no a un año del contrato de duración determinada, tomando en consideración para los últimos, el número de días trabajados en el periodo de un año anterior a la convocatoria de la elección, de manera que cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más³⁴.

A mayor abundamiento, el fortalecimiento de los planes de igualdad también deriva de la cláusula relativa a que la obligación de negociar, elaborar y aplicar un plan de igualdad se mantendrá *ex lege* aun cuando el número de personas trabajadoras se sitúe por debajo de cincuenta, una vez constituida la comisión negociadora y hasta que concluya el periodo de vigencia del plan acordado en el mismo, o en su caso, durante cuatro años³⁵. Encontramos, nuevamente, una regulación más favorable que la contenida para acomodar, en su caso, la representación de las personas trabajadoras a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa, que se reenvía a lo que puedan prever los convenios colectivos o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras³⁶.

Finalmente, en tercer lugar, la fuerza expansiva de los planes de igualdad también deriva del carácter no restringido de los sujetos destinatarios de estos. En esta línea, la norma reglamentaria prevé que los planes de igualdad incluirán a la totalidad de las personas trabajadoras de la empresa³⁷, ello difiere del proceso de elecciones a órganos de representación de las personas trabajadoras en las empresas y centros de trabajo en el que, sin perjuicio de otras formas de representación, el personal de alta dirección no participa ni como elector ni como elegible en el mismo³⁸. Es más, las personas trabajadoras afectadas también se acrecientan al disponer el RD 901/2020 la extensión de los planes de igualdad de las empresa usuarias a las personas trabajadoras cedidas por empresas de trabajo temporal durante los periodos de prestación de servicios³⁹, sin existir una regla parangonable, ni a efectos de cómputo ni a ningún otro, en las mencionadas elecciones

³¹ Prevé el art. 3.1, párrafo primero RD 901/2020.

³² Alusión literal que contiene el anteriormente aludido art. 3.1, párrafo primero *in fine* RD 901/2020.

³³ Proclama el art. 3.1, párrafo tercero RD 901/2020.

³⁴ El citado precepto estatutario cuenta con un desarrollo reglamentario en el art. 9.4 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (BOE núm. 219, de 13 de septiembre).

³⁵ Preceptúa el art. 3.3 RD 901/2020.

³⁶ Según recoge el art. 67.1, párrafo 5 *in fine* ET.

³⁷ A tenor de lo que dispone el art. 10.1 RD 901/2020.

³⁸ Como expresamente los excluye el art. 16 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (BOE núm. 192, de 12 de agosto).

³⁹ Tal como prevé expresamente el art. 10.2 RD 901/2020.

a órganos de representación de las personas trabajadoras en las empresas y centros de trabajo.

Como apuntábamos al principio de este capítulo, tarea previa y preceptiva, a todo plan de igualdad -ya sea de carácter obligatorio o voluntario- es elaborar un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras. En lo tocante al mismo, hemos hecho hincapié en que la nueva redacción dada por el RDL 6/2019 al art. 46.2 LOI le confiere un contenido mínimo y, dentro de este, incluye en la letra f) la materia relativa al “Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral”. Es por ello que, estimamos de interés indagar en el desarrollo reglamentario que afecta a la materia aludida, objeto de análisis, en particular, en lo relativo al diagnóstico.

El art. 7 RD 901/2020⁴⁰ señala que el diagnóstico consiste en el resultado de un proceso de toma y recogida de datos y le otorga una meta, cual es, identificar y estimar la magnitud de las desigualdades, diferencias, desventajas, dificultades y obstáculos, existentes o que puedan existir en la empresa para conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para este fin debe emplear no solo indicadores cuantitativos, sino también, de especial interés, a nuestro juicio, para ofrecer una radiografía real de la situación, cualitativos. El diagnóstico permitirá, pues, obtener una información precisa, convirtiéndose así, en piedra angular del plan de igualdad en cuanto que propiciará el diseño y establecimiento de las medidas evaluables que deben adoptarse, así como la prioridad en su aplicación y, asimismo, los criterios necesarios para evaluar su cumplimiento⁴¹. Es más, el diagnóstico es tan relevante que se le confiere parte del propio plan y, así, se exige que un resumen de este análisis y de sus principales conclusiones y propuestas deberá incluirse en un informe que formará parte del plan de igualdad⁴². Confirma la importancia del diagnóstico el art. 8.4 RD 901/2020 cuando exige que “En todo caso, las medidas de igualdad contenidas en el plan de igualdad deberán responder a la situación real de la empresa individualmente considerada reflejada en el diagnóstico y deberán contribuir a alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en la empresa”. Ello nos permite extraer la siguiente conclusión: si el diagnóstico no es veraz, el plan de igualdad adolecerá de errores en cascada, quedando por ende devaluado⁴³; por el contrario, solo si es fidedigno, desencadenando medidas acordes, podrán contribuir estas al papel que tienen asignado que no es otro que el de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en la empresa.

Dispone el art. 7.3 RD 901/2020 que para la elaboración del diagnóstico deberá atenderse a los criterios específicos señalados en el anexo. Veamos cuáles son los que inciden en aras de reflejar de manera certera el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral por parte de las personas trabajadoras que conforman la plantilla de la empresa, esto es, por parte de mujeres y por parte de hombres de manera desagregada. Pues bien, si acudimos al anexo aludido en el apartado tres del mencionado art. 7 RD 901/2020, titulado “*Disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico*”, encontramos el apartado primero, rotulado “*Condiciones generales*”, todas ellas relevantes, considerando de especial calado, a los efectos que nos ocupa, la primera y quinta. Así, la primera, refiere a la exigencia ineludible de que todos los datos

⁴⁰ Titulado “*Diagnóstico de situación*”.

⁴¹ Importante papel que le otorga el art. 7.1 *in fine* RD 901/2020.

⁴² Mandata el art. 7.1, párrafo 2.º RD 901/2020 y, posteriormente, reitera como parte del contenido mínimo de los planes de igualdad el art. 8.2.c) RD 901/2020.

⁴³ Comparte esta valoración López Cumbre, L., “Planes de igualdad: una realidad jurídica con más desarrollo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 36/2020, cuando señala que “*Un buen plan no puede estar basado en un mal diagnóstico*” e introduce el matiz, al que nos adherimos, de que “*aun cuando un buen diagnóstico pueda derivar en un mal plan*”, p. 42.

e indicadores relativos a cada una de las materias que formen parte del diagnóstico -entre las que se encuentra el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral- estarán desagregados por sexo. Apostilla la quinta y última condición general que el diagnóstico debe reflejar fielmente en qué medida la igualdad entre mujeres y hombres está integrada en la gestión y estructura de la empresa, así como los ámbitos prioritarios de actuación. Seguidamente, el apartado quinto del referido anexo del RD 901/2020⁴⁴ recoge los criterios que deberá atender la elaboración del diagnóstico y referidos, en particular, al ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral. Comienza reiterando que la información contenida en este apartado deberá estar desagregada por sexo, conforme a lo establecido en el apartado 1 del anexo. Seguidamente, exige que el diagnóstico contenga inexorablemente información relativa a cuatro extremos:

- a) Medidas implantadas por la empresa para facilitar la conciliación personal, familiar y laboral y promover el ejercicio corresponsable de dichos derechos.
- b) Criterios y canales de información y comunicación utilizados para informar a trabajadores y trabajadoras sobre los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- c) Permisos y excedencias del último año y motivos, desagregados por edad, sexo, tipo de vinculación con la empresa, antigüedad, departamento, nivel jerárquico, grupos profesionales, puestos de trabajo, responsabilidades familiares y nivel de formación.
- d) Análisis del modo en que las prerrogativas empresariales afectan particularmente a las personas con responsabilidades de cuidado (por ejemplo, cambios de funciones, distribución irregular de la jornada, cambios de centro sin cambio de residencia, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, traslados, desplazamientos...).

Conocidos los extremos listados, el fin último perseguido con su concurrencia es que contribuyan a reportar, de manera palmaria y con datos desagregados por sexo, quiénes y cómo concilian las personas trabajadoras en la empresa.

En este marco, las estadísticas proporcionadas por fuentes oficiales señalan que son mayoritariamente mujeres las que acuden a la excedencia por cuidado de hijos, así como a la de por cuidado de familiares, vía art. 46.3 ET. Igualmente, reflejan que son ellas las que acuden de manera recurrente, como medida de conciliación, a la reducción de jornada, con la correspondiente disminución de salario, vía art. 37.6 ET. A mayor abundamiento, aportan que son las mujeres las que copan las mayores cifras de contratos a tiempo parcial, alegando un elevado porcentaje de ellas razones de cuidado como motivo de la parcialidad. Junto a lo anterior, asimismo, arrojan que la brecha salarial sigue siendo una realidad, sin duda, a erradicar. Se hace eco de esta situación de la mujer en el mercado de trabajo la web oficial de la Unión Europea que parte de que, aunque las tasas de empleo de las mujeres han aumentado, siguen rezagadas con respecto a las de los hombres. Más aún, recoge que las mujeres trabajan más a tiempo parcial, se les paga menos y, a menudo, siguen desempeñando la mayor parte de las responsabilidades domésticas y de cuidado privadas⁴⁵. Pues bien, la concurrencia de todos estos factores propiciará, con alta probabilidad, la emisión de diagnósticos previos y preceptivos a elaborar un plan de

⁴⁴ Apartado que tiene la siguiente rúbrica: “Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral”.

⁴⁵ La situación de la mujer en el mercado de trabajo con detalle de participación en el mercado laboral; brecha salarial de género; equilibrio entre vida profesional y vida privada; las responsabilidades asistenciales y la estrategia asistencial; segregación de género en el mercado laboral; y estereotipos está alojada en <https://commission.europa.eu/>

igualdad reflejos de una realidad necesitada, con carácter general, de la fijación de unos objetivos de igualdad en materia de conciliación a alcanzar, así como el diseño de unas estrategias y medidas para su consecución.

Con carácter previo a abordar la anunciada materia, relativa a las medidas en torno a la conciliación, vamos a centrarnos en el siguiente capítulo de este trabajo en una de las medidas de conciliación que ofrece nuestro ordenamiento jurídico laboral, que ha sido objeto de una reforma en el año 2023 quedando, adelantamos, muy fortalecida.

3. LAS ADAPTACIONES DE JORNADA VÍA ART. 34.8 ET TRAS EL RDL 5/2023

El párrafo 8 fue añadido al art. 34 ET⁴⁶ por la LOI y ha sido objeto de distintas reformas: una menor en el año 2012; otra de mayor calado en el año 2019; y, la última, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea⁴⁷ (en adelante, RDL 5/2023). Mediante el citado RDL 5/2023, en lo tocante al apartado 8 del art. 34 ET, se transpone el art. 9, rotulado “*Fórmulas de trabajo flexible*” de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo⁴⁸ (en adelante, Directiva 2019/1158)⁴⁹.

Es relevante destacar que pese a la redacción primitiva dada por la LOI al 34.8 ET⁵⁰, según la cual, “*El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla*”, en puridad, era un derecho que quedaba vacío de contenido en aquellos casos en los que la negociación colectiva guardaba silencio al respecto -supuesto este nada infrecuente- y

strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/women-labour-market-work-life-balance/womens-situation-labour-market_en?prefLang=es&etrans=es

⁴⁶ Que lleva por título “*Jornada*”.

⁴⁷ BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023.

⁴⁸ DOUE núm. 188, de 12 de julio de 2019.

⁴⁹ Llevan a cabo un análisis de la Directiva 2019/1158 Fernández Prieto, M., “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, en AA.VV., Reformas en materia de igualdad entre hombres y mujeres, *Revista Derecho Social y Empresa*, 12/2020, pp. 1-30; Rodríguez Escanciano, S., “La Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su transposición al ordenamiento jurídico español”, *Anuario Coruñaés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. XIV/2022, pp. 249-301; y López Álvarez, M. J., “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español”, pp. 64-88 disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/6943/5418>

Realizan un estudio detallado de la transposición de la Directiva 2019/1158 al ordenamiento jurídico laboral español por el RDL 5/2023 De La Flor Fernández, M. L., “La Directiva sobre conciliación y su transposición en España”, *Temas Laborales* 168/2023, pp. 37-66 y Nieto Rojas, P., “La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD-Ley 5/2023”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7/2023, pp. 75-102.

⁵⁰ Apartado 8 que fue añadido al art. 34 ET por la disposición adicional décimo primera.Tres LOI.

tenía lugar la inacción de la empresa ante el pretendido ejercicio del derecho por parte del trabajador.

Nada nuevo a este panorama, a nuestro juicio, poco acertado, añade la reforma de 2012 que se limita a recoger, a título ilustrativo, distintas formas de organizar el tiempo de trabajo y el de los descansos “*que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas*”⁵¹.

En cambio, es en el año 2019, a través del RDL 6/2019 cuando el art. 34.8 ET es objeto de una reforma sustancial⁵², adelantándose, en parte, al contenido de la Directiva 2019/1158, que fue aprobada meses después -recuérdese, el RDL 6/2019 es de 1 de marzo y la Directiva 2019/1158, de 20 de junio-.

La nueva regulación del art. 34.8 ET, dada por el RDL 5/2023, transpone como ya anunciamos, el art. 9 de la tan aludida Directiva, rotulado “*Fórmulas de trabajo flexible*” que podrán solicitar personas trabajadoras que son progenitoras o cuidadoras. Para una aproximación a las mismas, acudimos al art. 3, apartado 1, letra f) de la Directiva 2019/1158 que define las fórmulas de trabajo flexible 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*”. Pues bien, muchas de las reglas incorporadas por el RDL 6/2019 se mantienen con la reforma operada a través del RDL 5/2023; de ahí que nos centremos, seguidamente, en describir el marco legal actual, si bien resaltando las diferencias, en su caso, con la redacción anterior llevada a cabo por el RDL 6/2019, así como destacando las mejoras que ofrece, en la materia que nos ocupa, la transposición de la Directiva 2019/1158.

Las líneas que enmarcan el actual régimen jurídico contenido en el art. 34.8 ET son las que siguen.

Estipula, al igual que introdujo el RDL 6/2019 y en los mismos términos, un derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, y ello con una finalidad, cual es, hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral de la persona trabajadora solicitante. Nótese que la norma no supedita el derecho a desplegar la solicitud a contar con una determinada antigüedad en la empresa, mejorando así la previsión contenida en el art. 9.4 de la Directiva 2019/1158 que establece la posibilidad de que los Estados miembros supediten “*el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible a periodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses*”.

Requisito *sine qua nom*, ahora y antes, es que dichas adaptaciones sean razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

⁵¹ Preveía el art. 34.8, párrafo 2 que fue incorporado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 162, de 7 de julio). Comenzaba el citado nuevo 2.º párrafo señalando “*A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible...*”.

⁵² Un estudio completo de las reformas incorporadas en materia de tiempo de trabajo y conciliación por el RDL 6/2019 contiene la obra de Gorelli Hernández, J., “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal: el RD-Ley 6/2019”, en AA.VV., *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Santiago González Ortega, Coord.), Monografías de Temas Laborales 62, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2020, pp. 125-160.

Igualmente, realiza un análisis pormenorizado del nuevo régimen jurídico del art. 34.8 ET tras el RDL 6/2019, con referencias puntuales a la recién aprobada Directiva 2019/1158, Igartua Miró, M. T., “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53/2019, pp. 66-98.

Precisa quiénes pueden ejercer la mencionada solicitud, ciñéndola a las personas trabajadoras que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años -hasta esa edad, pueden llevar a cabo la solicitud de adaptación sin más, manteniendo los términos de la redacción anterior y mejorando lo establecido en la Directiva, según la cual, “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años...*”⁵³. Asimismo, les asiste el derecho a solicitar a aquellas otras personas trabajadoras que tengan necesidades de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

Alude, a que en la negociación colectiva “*se podrán establecer*” los términos de su ejercicio, y ello a diferencia de la regulación anterior que señalaba que en la negociación colectiva “*se pactarán*” los mismos. Ahora bien, en ambas redacciones se exige que “*los términos de su ejercicio*” deben acomodarse a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. No obstante, interesa resaltar que ni una ni otra regulación llevan aparejadas la consideración de esta materia como parte del contenido mínimo de un convenio colectivo ni su vinculación a un plan de igualdad.

Prevé el actual régimen jurídico, al igual que ocurría a raíz del RDL 6/2019, un procedimiento alternativo a falta de otro previsto en la negociación colectiva. El mismo compele a la empresa a abrir un proceso de negociación con la persona trabajadora que ahora se exige que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, en un plazo máximo de quince días -justo la mitad del anterior proceso que estaba cifrado en 30 días-. Es más, se refuerza la medida, añadiendo, como novedad, que se presume su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Permanece, igualmente, las tres opciones, a expresar por escrito, que tiene la empresa cuando finalice el proceso de negociación aludido, cuales son: a) comunicar la aceptación de la petición; b) plantear una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora; o c) manifestar la negativa a su ejercicio. La novedad radica en que la empresa debe motivar las razones objetivas que sustentan su decisión no solo cuando deniegue la petición, sino también, ahora, cuando plantee una propuesta alternativa.

Reconoce que la persona trabajadora tiene derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación en dos supuestos: a) una vez concluido el periodo acordado o previsto; o b) cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud -previsión esta novedosa-. En cambio, con la redacción anterior, la persona trabajadora tenía derecho, no a regresar, sino a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado.

Finalmente, y también referido al retorno a la situación original, se prevé en la actualidad que, en el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la persona trabajadora debe, al igual que con la anterior regulación, solicitar el regreso y, se especifica, como novedad expresa, que la empresa sólo podrá denegar la solicitud cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

⁵³ Dispone en el art. 9.1.

Mantiene el nuevo art. 34.8 ET que lo dispuesto en el mismo se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el art. 37 ET e, incluye, como novedad, el nuevo art. 48 bis ET, incorporado por el propio RDL 5/2023, por el que se transpone, no exento de importantes críticas doctrinales, el permiso parental recogido en el art. 5 Directiva 2019/1158.

Asimismo, por último, reserva el precepto derivar las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora a la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139⁵⁴ de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social⁵⁵ (en adelante, LRJS). Un procedimiento que abunda en el reforzamiento de la medida de conciliación que estamos tratando al estar caracterizado por ser urgente y de tramitación preferente. Además, contra la sentencia no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia⁵⁶.

Junto a las modificaciones operadas en el art. 34.8 ET, cuyos rasgos han sido expuestos, el propio RDL 5/2023, impulsado por la transposición de la Directiva 2019/1158, incorpora novedades en otros preceptos del ET que tienen un impacto directo en la medida de conciliación que estamos tratando.

Así, modifica la letra c) del art. 4.2 ET referido a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, para especificar que *“el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”* será constitutivo de discriminación por razón de sexo. Acoge, así, la doctrina mantenida en esta materia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁷ y por el Tribunal Constitucional⁵⁸ en las que se ha establecido, *“sobre la base de una mayor afectación femenina, que la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo”*⁵⁹. De este modo, se va más allá del mero cumplimiento de lo dispuesto en el art. 11 de la Directiva 2019/1158 que, pese a su rótulo *“Discriminación”*, establece la obligación a los Estados miembros de configurar mecanismos que prohíban *“un trato menos favorable”* a las personas que ejerzan sus derechos de conciliación.

De otro lado, modifica los arts. 53.4.b)⁶⁰ y 55.5.b)⁶¹ ET para asegurar el ajuste de nuestro ordenamiento jurídico al art. 12 de la Directiva 2019/1158, en lo relativo a la protección contra el despido derivado del disfrute de permisos de conciliación, recogiendo el disfrute de todos los derechos de conciliación, incluyendo los nuevos, entre las causas de nulidad y, en particular, en el caso del art. 34.8 ET, contemplando que será nulo el despido de las personas trabajadoras *“que hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de*

⁵⁴ Artículo que conforma la Sección 5.^a, titulada *“Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”* dentro del Capítulo V, rotulado *“Vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”*.

⁵⁵ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

⁵⁶ Prevé el art. 139.1.b) LRJS.

Téngase en cuenta que según el art. 191.2.g) LRJS no procederá recurso de suplicación en las reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros; luego, *a sensu contrario*, si cabe interponer el mencionado recurso en reclamaciones por importe de 3.001 euros en adelante.

⁵⁷ STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair, ECLI:EU:C:2019:379.

⁵⁸ STC, Pleno, 79/2020, de 2 de julio, rec. de amparo 500/2019, ECLI:ES:TC:2020:79 (BOE núm. 207, de 31 de julio).

⁵⁹ Recoge expresamente la Exposición de Motivos del RDL 5/2023, en el Apartado III, párrafo 45 *in fine*.

⁶⁰ Referido al despido por causas objetivas.

⁶¹ Tocante al despido disciplinario.

*jornada previstas en el artículo 34.8*⁶². En coherencia con las modificaciones llevadas a cabo en los aludidos preceptos estatutarios, el RDL 5/2023 modifica, asimismo, los arts. 108.2 y 122.2, ambos, de la LRJS.

Respecto a las modificaciones introducidas por el RDL 5/2023 en los arts. 53.4.b) y 55.5.b) ET hay que poner de manifiesto que han quedado sin efecto por la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres⁶³ (en adelante, LO 2/2024) que ha entrado en vigor el pasado 22 de agosto⁶⁴ a raíz de haber tenido lugar, según ha reconocido la titular del Ministerio de Igualdad, “*un error técnico desafortunado*” del que ha anunciado que “*habrá una subsanación tan pronto como sea posible*”. El error ha acaecido al introducir la citada LO 2/2024, como nueva causa de nulidad automática, el despido -tanto disciplinario como por causas objetivas- de las personas trabajadoras víctimas de violencia sexual partiendo para ese cometido no de la redacción dada por el RDL 5/2023 a los arts. 53.4.b) y 55.5.b), sino del texto que precede a la citada reforma. Pues bien, asumiendo que es un error que más pronto que tarde debe ser -como se ha anunciado- corregido, ello no obsta a que manifestemos nuestra repulsa a técnicas jurídicas como la acaecida⁶⁵ por las importantes consecuencias jurídicas que derivan de ella. Así, resultado del error, el despido de las personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el art. 34.8 ET durante el periodo comprendido entre el 22 de agosto⁶⁶ hasta que tenga lugar la anunciada subsanación, no cuenta con la garantía de nulidad objetiva del mismo con única alternativa de procedencia, quedando abierta, por el contrario, la eventual calificación de su improcedencia. Ahora bien, pese a lo anterior, siempre cabrá solicitar la nulidad del despido bajo la cobertura de la tutela general de los derechos fundamentales -con apoyo, por otro lado, en el ya citado art. 12 de la Directiva 2019/1158- solución esta que, aun pudiendo conducir a la nulidad del despido⁶⁷, adolece de dos problemas: por un lado, los relativos a la prueba que debe practicar la persona trabajadora y, por otro lado, dentro de la casuística planteada, los derivados de la inseguridad jurídica de quedar la calificación de nulidad del despido al albur de los distintos criterios aplicados por los tribunales laborales.

⁶² Respecto al despido por causas objetivas, es de interés resaltar la previsión legal señalada en el propio art. 53.4 ET, en concreto, en su antepenúltimo párrafo cuando indica que “*Lo establecido en las letras anteriores -entre las que se incluye la b)- será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida*”.

Igualmente, hay que tomar en consideración, en el caso de despido disciplinario, lo dispuesto en el último párrafo del propio art. 55.5 ET cuando indica que “*Lo establecido en las letras anteriores -entre las que se incluye la b)- será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados*”.

⁶³ BOE núm. 186, de 2 de agosto de 2024.

⁶⁴ En virtud de su disposición final decimoquinta, según la cual “*La presente ley orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»*”.

⁶⁵ Ratifica esta idea señalando que el error detectado “*constituye otro magnífico ejemplo de la banalidad que viene caracterizando la creación normativa en los últimos tiempos*” Goerlich Peset, J. M., “Un anómalo efecto colateral del regreso al Estatuto de los Trabajadores de los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual”, p. 2 disponible en https://www.elforodelabos.es/2024/09/un-anomalo-efecto-colateral-del-regreso-al-estatuto-de-los-trabajadores-de-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_source_platform=mailpoet&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5

⁶⁶ Téngase en cuenta que según el art. 43.4 LRJS los días del mes de agosto son inhábiles, salvo, entre otras modalidades procesales, aquellas que giran en torno a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del art. 139 del mismo cuerpo legal.

⁶⁷ Hace hincapié en la misma cobertura para converger en la nulidad del despido Goerlich Peset, J. M., “Un anómalo efecto colateral del regreso al Estatuto...”, op. cit., p. 2.

Una vez esbozado el actual régimen jurídico comprendido en el art. 34.8 ET, así como el contenido en otras normas concordantes, podemos subrayar que el mismo permite a las personas trabajadoras que ostentan la condición de ser progenitoras o cuidadoras, con independencia de que sean mujeres u hombres, encontrar un equilibrio entre la vida profesional y familiar, reportándoles permanecer en el mercado de trabajo, sin menoscabo, por ende, de salario, con carácter general, ni de formación y promoción profesionales, y todo ello, al contrario de otras medidas de conciliación como las excedencias por cuidado de hijos o de familiares -vía art. 46.3 ET- o, reduciendo los efectos de aquella otra que se materializa en la reducción de jornada, con la correspondiente disminución del salario -vía art. 37.6 ET- que, a la postre, no solo son las medidas de conciliación recurrentemente empleadas, sino que, además, son ejercidas mayoritariamente por mujeres. Por todo, a nuestro juicio, es una medida de conciliación que debe ocupar un papel esencial en todo plan de igualdad por ser favorecedora de la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación y transgresora de la perpetuación de roles en la asunción de responsabilidades de cuidado. Pues bien, en aras de contribuir a que el objetivo expresado sea una realidad, en el siguiente capítulo, tratamos las medidas que a tal fin debe contener todo plan de igualdad que parta de un diagnóstico del que deriva la concreción de unos objetivos de igualdad en materia de conciliación.

4. MEDIDAS A CONTEMPLAR EN LOS PLANES DE IGUALDAD EN PRO DE IMPLEMENTAR LA ADAPTACIÓN DE JORNADA VÍA ART. 34.8 ET

En línea con la definición de los planes de igualdad que ofrece el art. 46.1, párrafo primero de la LOI, el art. 8.1 RD 901/2020 recoge que los planes de igualdad -precisando, ya sean de carácter obligatorio o voluntario- constituyen un conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Seguidamente, el párrafo segundo del citado art. 46.1 LOI alude -como indicamos en el capítulo primero de este estudio- al contenido de los planes de igualdad. Así, deben: 1) Deslindar los concretos objetivos de igualdad a alcanzar; 2) Diseñar las estrategias y prácticas para el logro de estos; y 3) Disponer de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

En congruencia al contenido explícito recogido en la LOI, el mismo art. 8 RD 901/2020, ahora, en el párrafo segundo, traza una estructura que debe ser reproducida, con el contenido mínimo requerido, en todo plan de igualdad. Del aludido contenido mínimo, del que forma parte el informe del diagnóstico de situación de la empresa⁶⁸ -al margen de las menciones formales⁶⁹ y los resultados de la auditoría retributiva, así como su vigencia y periodicidad en los términos establecidos en el RD 902/2020⁷⁰-, interesa hacer hincapié, a los efectos que nos ocupa, que el plan de igualdad debe contener: 1) Una definición de los objetivos, tanto cualitativos como cuantitativos, del plan⁷¹. 2) Una descripción de

⁶⁸ Art. 8.2.c) RD 901/2020 que puntualiza que en el supuesto a que se refiere el art. 2.6 de la norma reglamentaria, se acompañará un informe de diagnóstico de cada una de las empresas del grupo.

⁶⁹ Bien de configuración del plan o bien de procedimiento de aplicación de este. Dentro de las primeras, incluimos: “a) *Determinación de las partes que los conciertan*. b) *Ámbito personal, territorial y temporal*” y, dentro de las segundas, relativas al procedimiento de aplicación del plan, encuadramos: “g) *Identificación de los medios y recursos, tanto materiales como humanos, necesarios para la implantación, seguimiento y evaluación de cada una de las medidas y objetivos (...)* j) *Composición y funcionamiento de la comisión u órgano paritario encargado del seguimiento, evaluación y revisión periódica de los planes de igualdad*”.

⁷⁰ A los que alude el art. 8.2.d) RD 901/2020.

⁷¹ Art. 8.2.e) RD 901/2020.

las medidas concretas; y no solo eso, además, plazo de ejecución y priorización de las mismas, así como diseño de indicadores que permitan determinar la evolución de cada medida⁷². 3) Calendario de actuaciones para la implantación, seguimiento y evaluación de las medidas del plan de igualdad⁷³. 4) Sistema de seguimiento, evaluación y revisión periódica⁷⁴. 5) Procedimiento de modificación, incluido el procedimiento para solventar las posibles discrepancias que pudieran surgir en la aplicación, seguimiento, evaluación o revisión, en tanto que la normativa legal o convencional no obligue a su adecuación⁷⁵. Un contenido mínimo exhaustivo⁷⁶, pues, el requerido en todo plan de igualdad que va más allá del mero trazo de objetivos y diseño de medidas para comprender, asimismo, prescripciones relativas a la propia implantación del plan a fin de que este cumpla los objetivos propuestos⁷⁷.

Centrándonos en las medidas a incorporar en todo plan de igualdad, estas no serán cualesquiera, sino aquellas que resulten precisas en función de los resultados arrojados por el diagnóstico. Es más, no solo deben ser medidas relativas a las materias que comprende aquel, sino que puede incorporar otras concernientes a materias distintas, enumerando el art. 8.3 RD 901/2020, a título ejemplificativo, la “*violencia de género, lenguaje y comunicación no sexista u otras*”. Asimismo, se exige que el plan de igualdad identifique todos los objetivos y las medidas evaluables por cada objetivo fijado para eliminar posibles desigualdades y cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en el ámbito de la empresa⁷⁸. Por último, igualmente tocante a las medidas contenidas en el plan de igualdad, el art. 8.4 RD 901/2020 les compele doblemente a: 1) Responder a la situación real de la empresa individualmente considerada reflejada en el diagnóstico; y 2) Contribuir a alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en la empresa. Con ello, a nuestro juicio, se pretende descartar la elaboración de planes de igualdad prototipos, a través de los cuales cubrir una obligación legal desde un punto de vista formal, siendo ello una conducta rechazable y, caso de existir, a erradicar⁷⁹. Es más, la propia norma reglamentaria en aras de que el plan sea una herramienta dinámica, adaptada a las nuevas realidades sobrevenidas en la empresa, prevé: 1) Un plazo máximo de vigencia del plan de cuatro años; 2) Una comisión u órgano de seguimiento y evaluación del plan; y 3) La revisión, en su caso, del propio plan⁸⁰.

Nos detenemos, seguidamente, en la documentación, a efectos estadísticos, que ha de acompañar toda inscripción en el registro de un plan de igualdad. En esta materia, el

⁷² Art. 8.2.f) RD 901/2020.

⁷³ Art. 8.2.h) RD 901/2020.

⁷⁴ Art. 8.2.i) RD 901/2020.

⁷⁵ Art. 8.2.k) RD 901/2020.

⁷⁶ Igual calificativo le da López Cumbre, L., “Planes de igualdad: una realidad jurídica...”, op. cit., p. 43.

⁷⁷ En esta línea, Molero Marañón, M. L., “Planes de igualdad, un año después”, *Briefs AEDTSS* núm. 32, 2023 resalta la importancia de que el articulado del plan contemple la fase de implementación, siendo esta crucial para que el plan “*asuma la función de agente de cambio y transformación que le dota de sentido, sin que pueda quedar en unas meras declaraciones de intenciones o buenos propósitos*”, p. 155.

⁷⁸ Concluye el art. 8.3 *in fine* RD 901/2020.

⁷⁹ Pese a lo querido por el legislador, manifiesta Ballester Pastor, M. A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol” disponible en Vista de El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol (uc3m.es) que “*Sucedo, sin embargo, que los planes de igualdad son, en demasiadas ocasiones, textos no adaptados a la situación concreta de cada empresa. Lamentablemente son demasiado frecuentes los planes de igualdad estandarizados, demasiado parecidos unos a otros*”, p. 20. Comparte esta reflexión Cabeza Pereiro, J., “Los planes de igualdad: balance...”, op. cit., p. 20. No obstante, la valoración vertida por ambos autores está contenida en sendas publicaciones que son anteriores a la promulgación del RD 901/2020 que supone, en nuestra opinión, un avance muy importante en la adopción de planes de igualdad eficaces que redunden en el respeto de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral.

⁸⁰ Todo ello, en los términos del art. 9 RD 901/2020.

apartado once de la disposición final primera del RD 901/2020, titulada “*Modificación del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo*” añade después del anexo 2.IV un nuevo anexo 2.V, rotulado “*Hoja estadística del Plan de Igualdad*”.

Respecto al diagnóstico, es de interés el párrafo 4, rubricado “*Datos relativos al diagnóstico de situación*”; en concreto, lo exigido en el 4.4 en relación con la necesidad de indicar, de un listado abierto de materias -entre las que figuran las que conforman el contenido mínimo del diagnóstico-, cuáles han sido objeto de negociación en base al resultado del diagnóstico realizado, así como en relación con cuáles de ellas se han adoptado medidas en el plan. Dentro de las materias referidas está, de interés para nuestro trabajo: de un lado, “*Tiempo de trabajo / Medidas de conciliación*” y, de otro lado, “*Ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”. Por todo, la información que nos proporciona la cumplimentación del cuadro queda circunscrita a conocer sí/no ha habido consenso en las concretas materias con base en la realidad arrojada por el diagnóstico y, en su caso, conocer asimismo respecto a qué determinadas materias el plan contiene medidas a fin de soslayar la realidad diagnosticada.

A renglón seguido, dentro del párrafo 5, rotulado “*Contenido del plan de igualdad*”, el propio RD 901/2020 recoge las medidas, enmarcadas en el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, sobre las que hay que indicar si están recogidas o no en el plan de igualdad a registrar⁸¹.

Del listado abierto de medidas, podemos extraer una conclusión: todas, salvo la enumerada en quinto lugar -relativa a si se mejora la regulación de los permisos retribuidos respecto a la normativa vigente para facilitar la conciliación- tienen predicamento en la medida de conciliación relativa a la adaptación de jornada, vía art. 34.8 ET. Más aún, el listado insta si se prevé en el plan la implantación de puestos de trabajo que se desarrollen a distancia o existen ya en la empresa esta modalidad y, en caso afirmativo, asimismo, solicita si en relación con la mencionada modalidad de prestación laboral se ha contemplado en el plan alguna medida que tenga por objetivo evitar la perpetuación de roles o fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres⁸². Medidas las aludidas que, de estar implantadas en el plan de igualdad tienen un impacto directo en la medida de conciliación prevista en el art. 34.8 ET, según la cual, recuérdese, las personas trabajadoras, a fin de hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, tienen derecho a solicitar “*las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia*”.

Igualmente, aborda la cuestión relativa a si en el plan se han acogido medidas para garantizar el derecho a la desconexión digital⁸³, derecho este que asiste a todas las personas trabajadoras, con independencia de que presten servicios de manera presencial, a distancia o de forma híbrida, y al margen de que estén acogidas a una medida de conciliación basada, en parte, en los derechos de ausencia del trabajo -como ocurre, de manera parcial, en la reducción de jornada con la correspondiente disminución de salario, vía art. 37.6 ET⁸⁴- o, por el contrario, en una medida de conciliación sustentada

⁸¹ Están contenidas en el 5.5 “*Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral*”, dentro del aludido párrafo 5 concerniente el “*Contenido del plan de igualdad*”.

⁸² Apartado 5.5.1, dentro del párrafo 5, rotulado “*Contenido del plan de igualdad*”, que forma parte del Anexo 2.V añadido por el RD 901/2020 al Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE núm. 143, de 12 de junio; en adelante RD 713/2010).

⁸³ Apartado 5.5.2, dentro del párrafo 5, rotulado “*Contenido del plan de igualdad*”, que forma parte del Anexo 2.V añadido por el RD 901/2020 al RD 713/2010.

⁸⁴ Y de manera total en las excedencias, vía art. 46.3 ET.

en los derechos de presencia en el trabajo -como, con carácter general, tiene lugar en las adaptaciones de jornada, vía art. 34.8 ET-. No obstante ser cierto lo anterior, también lo es que el derecho a la desconexión digital debe ser garante de un disfrute pleno de toda medida de conciliación, sin el cual, al margen de otras consecuencias, queda la misma distorsionada y, además, es un derecho que presenta aspectos singulares en el trabajo desarrollado a distancia, que no olvidemos está expresamente recogido en el art. 34.8 ET como medida a solicitar por la persona trabajadora para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

A mayor abundamiento, exige señalar si el plan de igualdad contiene o no medidas relativas a la flexibilidad horaria en la entrada, salida o durante el tiempo de comida, que faciliten la conciliación, así como el establecimiento de una bolsa horaria o de días personales de libre disposición⁸⁵; medidas todas ellas que, de ser contempladas, las primeras, o estar establecidas, las segundas, tienen un impacto directo en la implementación de las fórmulas de trabajo flexible que refiere el art. 34.8 ET poder solicitar las personas trabajadoras que ostentan la condición de ser progenitoras o cuidadoras.

Por último, asimismo hay que indicar si el plan de igualdad incorpora o no medidas que fomenten la corresponsabilidad de los trabajadores varones y, en caso afirmativo, describir la medida concreta⁸⁶. Es aquí donde, a nuestro juicio, el plan de igualdad no solo puede, sino que debe, constituyendo un doble objetivo, potenciar e impulsar el acceso a las fórmulas de trabajo flexible por parte de todas las personas trabajadoras que son progenitoras o cuidadoras, en general, y de los hombres, en particular, incorporando en su caso medidas de acción positiva.

A continuación, finalizamos este capítulo descendiendo a la práctica. La misma nos conduce a concluir que son numerosos los planes de igualdad que carecen de referencia alguna a la adaptación de jornada, vía art. 34.8 ET⁸⁷. No obstante, como ejemplo de praxis que va en línea con lo sostenido en este trabajo, podemos citar el Plan de Igualdad de la empresa Mercadona SA, con vigencia desde el día 11 de abril de 2024 hasta el 10 de abril de 2028⁸⁸.

Del mismo, interesa destacar que, dentro del apartado que denomina “*Definiciones*” señala, con incidencia en la materia que estamos tratando, en primer lugar, que el “*Principio de igualdad de trato entre mujeres y hombre*” supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas, entre otros factores⁸⁹, de la asunción de obligaciones familiares; y en segundo lugar, respecto a los “*Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, hace expresa

⁸⁵ Apartados 5.5.3 y 5.5.4, dentro del párrafo 5, rotulado “*Contenido del plan de igualdad*”, que forma parte del Anexo 2.V añadido por el RD 901/2020 al RD 713/2010.

⁸⁶ Apartado 5.5.6, dentro del párrafo 5, rotulado “*Contenido del plan de igualdad*”, que forma parte del Anexo 2.V añadido por el RD 901/2020 al RD 713/2010.

⁸⁷ Por ejemplo, entre otros, el III Plan de Igualdad de la empresa El Corte Inglés, SA [código 90100622112015 en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad (REGCON) y vigencia desde el 06/06/2022 hasta el 05/06/2026] que, en cambio, mejora de tres a cuatro y de dos a tres los periodos máximos legales de las excedencias por cuidados de menores y familiares en situaciones de dependencia, respectivamente y el Plan de Igualdad de la empresa Nokia Spain, SA (código 90118612112022 en REGCON y vigencia desde el 01/07/2022 hasta el 30/06/2026) que, en cambio, hace una insistente mención a la reducción de jornada, tratando aspectos tales como vigilar y velar que durante las mismas se reduzca proporcionalmente la carga de trabajo y los objetivos. También es relevante que, en la hoja estadística del Plan, respecto al contenido de este y en relación con las preguntas concernientes al ejercicio corresponsable de la conciliación se recoja expresamente que las respuestas son negativas “*porque estas medidas sí se han tomado, pero en el convenio colectivo vigente en la empresa, no en el plan de igualdad*” –XXVI convenio colectivo de Nokia Spain, SA, publicado en el BOE núm. 210, de 30 de agosto de 2024, que no contiene alusión expresa a la medida de conciliación del art. 34.8 ET-.

⁸⁸ Con código 90140392112024 en REGCON.

⁸⁹ Entre los que figuran la maternidad y el estado civil.

mención que estos se reconocerán a las personas trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

El informe diagnóstico recogido en el plan de igualdad de Mercadona, SA arroja, en el capítulo relativo al *“Ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”*, que *“Toda la plantilla dispone de diferentes permisos y licencias para garantizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; acompañados de medidas que fomentan la corresponsabilidad entre mujeres y hombres”*. Y concluye, *“No obstante, las mujeres siguen acogándose en mayor proporción a las medidas de conciliación existentes (tanto de ausencia, como de reducción de jornada), tendencia que caracteriza de igual manera a la Sociedad”*.

Partiendo del diagnóstico, el plan de igualdad de Mercadona SA contempla, dentro de los Objetivos Generales, el de *“Facilitar el ejercicio de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas que integran la plantilla y fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres”*⁹⁰ y, como Objetivos Específicos, tocante al *“Ejercicio Corresponsable de los Derechos de Conciliación”*, traza dos: 1) Mejorar las medidas legales para facilitar la conciliación. 2) Seguir garantizando el ejercicio de los derechos de conciliación, fomentando la corresponsabilidad entre mujeres y hombres.

A fin de lograr la consecución de tales objetivos, diseña las siguientes medidas. Tres medidas respecto al primer objetivo -recuérdese, mejorar las medidas legales para facilitar la conciliación-, cuales son: 1) Garantizar el reconocimiento de derechos negociados con la representación legal de las personas trabajadoras, que mejoran la ley, establecidos, entre otros artículos del convenio colectivo de la empresa⁹¹, en el 17 -que hace expresa mención a la adaptación de jornada vía art. 34.8 ET⁹²-. 2) Se dará preferencia en la movilidad geográfica por motivo de cuidados de menores y familiares hasta segundo grado de consanguinidad dependientes. 3) Se dará preferencia en las adaptaciones de jornada a las personas trabajadoras que tengan personas con discapacidad a cargo. Finalmente, perfila dos medidas para el logro del segundo objetivo -recuérdese, seguir garantizando el ejercicio de los derechos de conciliación, fomentando la corresponsabilidad entre mujeres y hombres-, a saber: 1) Dar publicidad el convenio colectivo, plan de igualdad y medidas legales donde se recogen las diferentes medidas de conciliación disponibles. En dicha publicidad se fomentará el uso corresponsable de las medidas. 2) Hacer seguimiento mediante indicador del disfrute de los diferentes permisos, suspensiones de contrato y excedencias concedidas, informando a la comisión de seguimiento del plan de igualdad⁹³.

⁹⁰ Al que corresponde el objetivo número tres, dentro de los cuatro generales que contiene.

⁹¹ BOE núm. 52, de 28 de febrero de 2024.

⁹² Art. 17 que, aunque lleva por título *“Reducción de jornada”* -dentro del Capítulo IV, dedicado a *“Tiempo de trabajo y descanso”*-, en el último párrafo señala que *“El procedimiento anteriormente referido será también el utilizado en el caso de solicitud de adaptación de jornada por parte de la persona trabajadora regulado en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores”*.

El citado precepto contempla, en su párrafo 2.º, letra d), como alternativa a la imposibilidad acreditada por ambas partes de acordar lo solicitado, de convenir el desplazamiento temporal a otro centro de trabajo, o mediante un cambio de puesto de trabajo. Los términos son los siguientes: *“... ambas partes podrán acordar el desplazamiento temporal a otro centro de trabajo lo más cercano posible y que no diste más de 15 Km del centro de trabajo habitual o domicilio de la persona trabajadora siempre que haya vacante, o mediante un cambio de puesto de trabajo, respetando el grupo profesional de la persona trabajadora y garantizando la formación para el desarrollo del nuevo puesto. Solamente se podrá ampliar a 25 Km cuando no haya un centro de trabajo en la distancia anteriormente referida”*. Asimismo, resulta de interés los criterios de preferencia previstos en el aludido convenio colectivo de Mercadona, SA. Según el primero, *“tendrán preferencia en la elección las personas trabajadoras que se encuentren o tengan circunstancias especiales (familias monoparentales, personas dependientes a cargo, etc.)”*. Igualmente, tendrá preferencia en la concesión de lo solicitado *“aquella persona trabajadora que pertenezca al género menos representado en las solicitudes que sobre esta materia tenga la Empresa”* -previstos, ambos criterios de preferencia, en el párrafo 2.º del art. 17, letra e)-.

⁹³ Con sorprendente omisión a las adaptaciones de jornada.

5. RESUMEN CONCLUSIVO

Los planes y medidas de igualdad en las empresas son un instrumento eficaz para combatir las posibles formas de discriminación existentes en el ámbito de las organizaciones y para promover cambios culturales que eviten sesgos y estereotipos de género que siguen frenando la igualdad real entre mujeres y hombres. Es más, los planes de igualdad también se articulan como un instrumento de mejora de las organizaciones en cuanto a su imagen, clima laboral y rentabilidad.

A partir del 7 de marzo de 2022, con la reforma operada a través del RDL 6/2019 -reforzada, en ocasiones, con iniciativas de los poderes públicos competentes- ha crecido de manera notable el número de empresas constreñidas a contar con un plan de igualdad y, por ende, el colectivo de personas trabajadoras beneficiarias de estos. En suma, se ha expandido el instrumento jurídico cuyo objetivo atribuido por la LOI es alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, así como eliminar la discriminación por razón de sexo.

El RD 901/2020 comprende tres prescripciones que refuerzan el efecto expansivo de los planes de igualdad. Referidas, la primera, a la cuantificación del número de personas trabajadoras de la empresa a los efectos de estar compelida a elaborar un plan de igualdad; la segunda, a la no afectación de las disminuciones de plantilla a permanecer la obligación de negociar, elaborar y aplicar un plan de igualdad por parte de la empresa; y, la tercera, a la extensión de las personas trabajadoras afectadas por un plan de igualdad.

Tarea previa y preceptiva a todo plan de igualdad -ya sea de carácter obligatorio o voluntario- es elaborar un diagnóstico, negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras. El fin último perseguido por la concurrencia de los extremos, desagregados por sexo, que inexorablemente deben figurar en todo diagnóstico y referidos, en particular, al ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, es contribuir a reportar, de manera palmaria, quiénes y cómo concilian las personas trabajadoras en la empresa, aportando datos relativos a mujeres y hombres y, a su vez, ilustrando a qué medidas se acogen unas y otros.

Si el diagnóstico no es veraz, el plan de igualdad adolecerá de errores en cascada, quedando por ende devaluado; por el contrario, solo si es fidedigno, desencadenando medidas acordes, podrán contribuir estas al papel que tienen asignado que no es otro que el de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres en la empresa.

Las estadísticas proporcionadas por fuentes oficiales señalan que son mayoritariamente mujeres las que acuden a la excedencia por cuidado de hijos, así como a la de por cuidado de familiares; reflejan que son ellas las que acuden de manera recurrente, como medida de conciliación, a la reducción de jornada, con la correspondiente disminución de salario; aportan que son las mujeres las que copan las mayores cifras de contratos a tiempo parcial, alegando un elevado porcentaje de ellas razones de cuidado como motivo de la parcialidad; y arrojan que la brecha salarial sigue siendo una realidad, sin duda, a erradicar. La concurrencia de todos estos factores propiciará, con alta probabilidad, la emisión de diagnósticos previos y preceptivos a elaborar un plan de igualdad reflejos de una realidad necesitada, con carácter general, de la fijación de unos objetivos de igualdad en materia de conciliación a alcanzar, que requerirán el diseño de unas estrategias y medidas para su consecución.

Tocante a las medidas contenidas en todo plan de igualdad, el RD 901/2020 les compele doblemente a: 1) Responder a la situación real de la empresa individualmente considerada reflejada en el diagnóstico; y 2) Contribuir a alcanzar la igualdad real entre

mujeres y hombres en la empresa. Con ello, a nuestro juicio, se pretende descartar la elaboración de planes de igualdad prototipos, a través de los cuales cubrir una obligación legal desde un punto de vista formal, siendo ello una conducta rechazable y, caso de existir, a excluir. Es más, la propia norma reglamentaria en aras de que el plan sea una herramienta dinámica, adaptada a las nuevas realidades sobrevenidas en la empresa, prevé: 1) Un plazo máximo de vigencia del plan de cuatro años; 2) Una comisión u órgano de seguimiento y evaluación del plan; y 3) La revisión, en su caso, del propio plan.

El actual régimen jurídico comprendido en el art. 34.8 ET, así como el contenido en otras normas concordantes, permite a las personas trabajadoras que ostentan la condición de ser progenitoras o cuidadoras, con independencia de que sean mujeres u hombres, encontrar un equilibrio entre la vida profesional y familiar, reportándoles permanecer en el mercado de trabajo, sin menoscabo, por ende, de salario, con carácter general, ni de formación y promoción profesionales, y todo ello, al contrario de otras medidas de conciliación como las excedencias por cuidado de hijos o de familiares o, reduciendo los efectos de aquella otra que se materializa en la reducción de jornada, con la correspondiente disminución de salario que, a la postre, no solo son las medidas de conciliación recurrentemente empleadas, sino que, además, son ejercidas mayoritariamente por mujeres. Por lo expresado, a nuestro juicio, la medida de conciliación recogida en el art. 34.8 ET debe ocupar un papel esencial en todo plan de igualdad por ser favorecedora de la corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación y transgresora de la perpetuación de roles en la asunción de responsabilidades de cuidado.

Pese a la afirmación anterior, son mayoritarios los planes de igualdad que, en la práctica, carecen de referencia alguna a la que estimamos eficaz medida de conciliación prevista en el art. 34.8 ET y potencian, por el contrario, las excedencias por cuidado de hijos o de familiares -mejorando los periodos máximos legales- y/o las reducciones de jornada con la correspondiente disminución de salario -tratando aspectos tales como vigilar y velar que durante las mismas se reduzca proporcionalmente la carga de trabajo y los objetivos-. Los hay, asimismo que, en la hoja estadística del Plan, respecto al contenido de este y en relación con las preguntas concernientes al ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral se limitan a expresar que las medidas expresadas sobre las que hay que pronunciarse si están contempladas o no en el plan de igualdad, están adoptadas en el convenio colectivo vigente en la empresa, no en el plan de igualdad.

Este es, pues, el presente, abriendo las fórmulas de trabajo flexible un nuevo horizonte para los planes de igualdad en materia de ejercicio corresponsable de la conciliación, que los convierta en impulsores de aquellas en pro de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, acompañados por los convenios colectivos, sin que ello suponga su sustitución por estos con menoscabo del importante papel que el ordenamiento jurídico laboral les tiene atribuido.

TIEMPO DE TRABAJO, DESCONEXIÓN DIGITAL Y BUENA FE: SU INFLUENCIA EN LA SALUD DEL TRABAJADOR PERO ¿Y LA DIGNIDAD?*

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

alberto.ayala@uca.es

<https://orcid.org/0000-0003-4380-1441>

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN

2. MARCO NORMATIVO

3. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO

4. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

5. LA BUENA FE EN LAS RELACIONES LABORALES

6. TIEMPO DE TRABAJO, DESCONEXIÓN DIGITAL Y BUENA FE: SU INFLUENCIA EN LA SALUD LABORAL, ¡SÍ!, PERO, ¿Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA?

7. REFLEXIONES FINALES

8. BIBLIOGRAFÍA

* Este artículo es parte del proyecto PID2022-123456XX-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/UE.

EXTRACTO

En líneas generales, la ordenación del tiempo es sin duda relevante en la vida del ser humano (*tempus fugit*). De este modo, en la trayectoria vital de toda persona se puede distinguir, por un lado, el tiempo que este invierte en su desarrollo personal y familiar y, por otro, el tiempo que esa misma persona emplea en el desenvolvimiento de su actividad laboral. Desde los inicios del Derecho del Trabajo ha sido una preocupación constante la limitación del tiempo de trabajo, como forma de proteger la salud del trabajador y la seguridad no sólo de éste sino la de todos los compañeros que desempeñan su actividad laboral en ese centro de trabajo estableciéndose, con esta finalidad desde hace decenios, los descansos (semanales, anuales, etc.) y las jornadas máximas.

Pero el tiempo de trabajo si en principio parece que estaba fácilmente acotado no sólo a través del Estatuto de los Trabajadores, del Real Decreto de jornadas especiales y de los convenios colectivos aplicables en cada caso, esa acotación se diluye con el uso de las nuevas tecnologías que nos hacen estar conectados más allá de la jornada convencionalmente pactada.

Pues bien, a través de este artículo se propone llamar la atención del difícil equilibrio, una vez más, que supone establecer límites al tiempo de trabajo. Será crucial para ello, interpretar los derechos y obligaciones de los trabajadores y empresarios, pero siempre desde la perspectiva de la buena fe en el ejercicio de los mismos con la finalidad de proteger la salud y la seguridad del entorno organizativo. Pero, la limitación del tiempo de trabajo no solo afecta a la prevención de riesgos laborales, sino también incide en un bien jurídico mucho más amplio: la dignidad de la persona trabajadora.

1. INTRODUCCIÓN

Como se verá a continuación la presente aportación se estructura desarrollando de manera somera tres pilares o temas que, si bien su tratamiento parece hacerse de forma autónoma y sin aparente conexión, el objetivo final será que cada uno de esos temas fundamentales nos lleven a la meta final que aquí se aborda: la dignidad de la persona-trabajadora.

Teniendo presente ese objetivo final se va a debatir: primero, sobre el tiempo de trabajo y, segundo, sobre el derecho a la desconexión digital. Ambos temas están condicionados por la omnipresencia de las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante Tics). Estas van a afectar de manera favorable al desarrollo y ejecución de la prestación comprometida dentro del tiempo de trabajo efectivo, pero al mismo tiempo, también las Tics van a facilitar que la prestación de trabajo se pueda realizar fuera del lugar y del tiempo de trabajo, previo requerimiento del empleador.

Ante estos últimos casos, es decir, cuando se producen peticiones (órdenes) del empleador para que se ejecuten tareas, más o menos importantes, fuera del horario laboral es cuando entra en liza el tercer pilar de la exposición, a saber, la buena fe contractual. La buena fe, como concepto jurídico indeterminado, necesariamente debe de servir como matiz ponderativo respecto de las posibles exigencias del empleador fuera de la jornada laboral. Los derechos y obligaciones que derivan del contrato de trabajo deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, por lo que la persona trabajadora podrá ejercer su derecho a la desconexión digital para hacer real y efectivo su derecho al descanso. Tiempo de descanso que deberá estar libre de toda injerencia empresarial, pues de lo contrario, la persona trabajadora perdería su capacidad de autodeterminación y, por ende, su dignidad.

2. MARCO NORMATIVO

Al hacer referencia a las fuentes normativas necesariamente se ha de distinguir, aunque sea de manera somera, al marco legal básico de cada uno de los principales temas que se han de tratar en esta breve aportación, a saber: tiempo de trabajo, desconexión digital y salud laboral. Aquí, por el momento, se prescinde de hacer referencia al marco normativo de la buena fe en cuanto que está suficientemente desarrollado en el correspondiente epígrafe.

En cuanto al tiempo de trabajo desde la óptica supranacional se puede referenciar la normativa procedente de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), que desde sus inicios se ocupó y preocupó que el trabajador desarrollase su prestación laboral en condiciones de equidad, seguridad y dignidad, o expresado con otros términos, que la actividad laboral sea un trabajo decente. A estos efectos son emblemáticos, por un lado, el Convenio núm. 1 de 1919, sobre las horas de trabajo en la industria y, por otro, el Convenio núm. 30 de 1930, sobre las horas de trabajo en comercios y oficinas, ambos referidos a la jornada ordinaria con pretensión de universalidad a todos los trabajadores asalariados; los citados Convenios fueron ratificados en su momento por España. A título ilustrativo también nombrar la Recomendación núm. 116 de 1962 sobre la reducción progresiva de la duración normal del trabajo¹, asunto de plena actualidad y finalmente, el Convenio 132 de 1970 relativo a las vacaciones anuales.

Desde la Unión Europea el tiempo de trabajo está reconocido en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo directamente relacionados con los períodos de descanso diarios, descanso semanal y vacaciones anuales. También hay que nombrar la Directiva 94/33/CE, en este supuesto del Consejo, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo². Cabe también hacer reseña de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE, 30 de marzo de 2010), la cual hace mención del derecho a la efectividad del descanso (art. 31.2).

En el ámbito de la normativa nacional hay que referirse en primer lugar a la Constitución que en su art. 40.2 hace mención al mandato que hace a los poderes públicos para velar por la seguridad e higiene en el trabajo y, al mismo tiempo, garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada y el establecimiento de vacaciones periódicas retribuidas. Sin perjuicio de estos reconocimientos, estos se han de implementar teniendo presente otros principios constitucionales como son: la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la búsqueda permanente del pleno empleo (art. 40.1 CE); también, desde la óptica constitucional, no se puede olvidar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Estas previsiones constitucionales se han visto plasmadas básicamente en el Estatuto de los Trabajadores (art. 35.2 CE), y de manera más específica, en los arts. 34 a 38 del citado Cuerpo Normativo Laboral. Si en el ET se regula el grueso del tiempo de trabajo en términos genéricos, para el estudio de las jornadas especiales habrá que acudir al Real Decreto 1561/1995³. Toda esta normativa puede tener

¹ Basterra Hernández, M., «El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español», en *Documentación Laboral* 116/2020-Vol. I, pp. 72-75.

² A título de ejemplo y de manera más particularizada atendiendo al sector productivo, se puede hacer referencia a: la Directiva 1999/63, que regula el tiempo de trabajo de la gente del mar o la Directiva 2002/15/CE que ordena el tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

³ Señalada la normativa imprescindible para el desarrollo de esta exposición, sin embargo, se puede consultar la normativa tanto europea como española sobre el tiempo de trabajo con mayor profusión en Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia europea y española*, Ediciones Cincua, Madrid, 2024.

una incidencia, directa o indirecta, en la desconexión digital y también repercusión en todo lo que es la salud laboral, por lo que a continuación no se repetirá al tratar de manera concreta las fuentes normativas tanto de una como de otra.

Directamente relacionado con el tiempo de trabajo está la desconexión digital que en el entorno laboral encuentra su reconocimiento la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD), de manera concreta en su art. 88 junto al Reglamento de la Unión Europea (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD). Este elenco normativo ha quedado plasmado en el ET, concretamente, en el art. 20 bis titulado Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión y también en el art. 18 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD).

Por último, se ha de nombrar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL)⁴, que tiene su reflejo en el ET fundamentalmente en el art. 4.2 d) y de forma más específica, en el art. 19 intitulado Seguridad y salud en el trabajo, todo ello con independencia de la profusa normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo.

3. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO

No por evidente se ha de dejar de repetir la siguiente reflexión dada su relevancia en el devenir de la existencia humana: el tiempo de trabajo es tiempo de vida en la persona del trabajador con su indudable repercusión en el desarrollo de su personalidad y en todos los órdenes de su trayectoria vital⁵ (*tempus fugit*)⁶. El ser humano se hace ser social y también se hace a sí mismo como persona a través del trabajo y del tiempo que invierte en él⁷. El trabajo condicionará «su vida “fuera del trabajo”»⁸.

Desde que comienza a gestarse el Derecho del Trabajo⁹ hay una importante conciencia de que el tiempo de trabajo (aquí equiparado a jornada de trabajo), esté limitado como forma de salvaguardar la salud de la persona trabajadora¹⁰ y, sobre todo, como se dice desde los albores de la disciplina jurídica laboral, no solo se trata de evitar jornadas

⁴ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

⁵ Mercader Uguina, J. R. (Dir.), De la Puebla Pinilla, A. y Gómez Abelleira, F. J., *Lecciones del Derecho del Trabajo*, 16.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 457.

⁶ Pasa el tiempo y el hombre no se da cuenta (Dante Alighieri).

⁷ Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.^a ed., revisada, renovada y ampliada al cuidado de M.^a Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 76.

⁸ Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J. (Coordinadores), et. al., *Tiempo de trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, p. 7.

⁹ El Derecho del Trabajo «no es sólo un escudo detrás del que se protegen los trabajadores amaneados por la arbitrariedad patronal, sino también un instrumento de conquista destinado a favorecer su promoción social, gracias a una nueva revisión de la concepción tradicional de las relaciones entre capital y trabajo», véase Depax, M., *Le Droit du Travail*, 2.^a ed., Presses universitaires de France, París, 1970, p. 18, en Montoya Melgar, A., *Derecho y Trabajo*, op. cit., p. 42.

¹⁰ Como ejemplo de lo que se acaba de decir se puede nombrar: la Ley de 13 de marzo de 1900, de condiciones de trabajo de las mujeres y niños y su Reglamento de 13 de noviembre de ese mismo año; Real Decreto de 16 de junio de 1902, sobre jornada de trabajo de mujeres y niños; Real Orden de 11 de marzo de 1902, sobre la jornada de trabajo en los establecimientos de la Hacienda Pública; Real Decreto de 29 de febrero de 1912: Reglamento provisional de la ley de 27 de diciembre de 1910, sobre jornada máxima en las minas; Real Decreto de 3 de abril de 1919, sobre jornada máxima en todos los trabajos, etc. No se puede olvidar que la legislación española fue pionera en materias que limitaban el tiempo de trabajo, tales como, el descanso dominical y las vacaciones anuales retribuidas. Véase en Martín Valverde, A., «Estudio preliminar. La formación del Derecho del Trabajo en España», en Martín Valverde, A. et. al., *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. CXIV.

extenuantes¹¹, sino también como manera de diferenciar y proscribir la esclavitud o la servidumbre que de suyo implican esa absoluta e ilimitada disposición del tiempo de trabajo a favor del dueño o señor¹².

Esta preocupación por el tiempo de trabajo acaece, asimismo, debido a las especiales particularidades que tiene el contrato de trabajo como negocio jurídico calificado de ejecución continuada o, también, catalogado de tracto sucesivo. Así, el tiempo ha de influir necesariamente en los módulos de prestación que habrá de llevar a término el trabajador (diarios, semanales, mensuales o anuales) estableciéndose los oportunos límites, generalmente, dando lugar a los denominados periodos de descanso entre jornada y jornada, descansos semanales y anuales (tiempos de no-trabajo)¹³.

Si se parte de un plano extrajurídico, el llamado tiempo de trabajo se suele equiparar a la jornada de trabajo, sin embargo, no es del todo cierto, pues desde el mundo del Derecho se han de hacer variadas matizaciones debido una multiplicidad de factores que pueden presentarse en el desarrollo y ejecución del negocio jurídico laboral (guardias localizadas, desplazamiento de la persona trabajadora que no tiene un centro de trabajo de referencia, etc.), lo que motiva una variada casuística que impide ofrecer unas reglas claras y precisas. Pero, lo aquí interesa examinar es cómo ese tiempo de trabajo o de descanso se puede ver afectado por la hiperconectividad a la que se ve impelido el trabajador, en no pocas ocasiones, incluso contra su voluntad con evidente transgresión de la buena fe contractual por parte de la organización empresarial.

El fenómeno relativamente reciente de la conectividad digital, en su versión positiva (conexión digital-tiempo de trabajo) y en su versión negativa (la desconexión digital-tiempo de descanso), tendrá que ponerse en relación con una variada terminología como, por ejemplo: jornada, jornada de trabajo, tiempo de trabajo, tiempo de trabajo efectivo, tiempo de presencia, tiempo de descanso, etc. Todos ellos conceptos jurídicos-laborales que con frecuencia no están del todo perfilados debido a las divergencias conceptuales que sobre los mismos hace la legislación comunitaria y la española y, por ende, la disparidad interpretativa y aplicativa que llevan a cabo los órdenes jurisdiccionales respectivos (nacional y europeo). Si todo esto no fuera poco, la situación se puede ver complicada aún más, atendiendo a cómo han sido regulados los tiempos de trabajo y de descanso por la negociación colectiva [art. 37 CE; art. 3.1.b) ET].

A pesar de todo lo anterior, en principio, sólo hay dos categorías que son excluyentes. Por un lado, está el denominado tiempo de trabajo y, por otro, el llamado tiempo o período de descanso¹⁴ o como se decía más arriba tiempo de no-trabajo¹⁵, expresión que no genera duda alguna interpretativa. Si la persona trabajadora dispone sin ningún tipo de limitación de su libertad ambulatoria y de la capacidad de ordenar su vida extralaboral conforme a criterios propios, se encuentra en tiempo de no trabajo o de descanso. En cambio, el término tiempo de trabajo es mucho más poliédrico, no está tan bien acotado, dado que se pueden presentar figuras que no son propiamente periodos de descanso, pero sí son considerados como tiempo de trabajo, aunque no sean tiempos de trabajo efectivo (v.gr.: formación obligatoria¹⁶). En términos generales, no se puede obviar que por virtud de

¹¹ Ejemplo de ello será la Ley Benot de 24 de julio de 1873, sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros; véase en Martín Rodríguez, M. O., *Reducción y limitaciones del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 25.

¹² Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 118-122.

¹³ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 44.ª ed., Tecnos, Madrid, 2023, pp. 361-362.

¹⁴ Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia europea y española*, op. cit., p. 29

¹⁵ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 362.

¹⁶ STS de 23 de junio de 2023, rec. núm. 124/2002.

contrato de trabajo la persona trabajadora tiene un débito de tiempo de trabajo y un trabajo ejecutado o por ejecutar y no un mero presentismo en el centro de trabajo de un número de horas al día, a la semana, al mes o al año¹⁷. En definitiva, la persona de trabajadora debe al empresario una actividad profesional conforme a los parámetros del art. 1.1 del ET, que tendrá que ejecutar en un determinado lapso temporal.

Por esta razón se ha de comenzar por definir, desde la legislación europea, qué se entiende por tiempo de trabajo en contraposición de qué se interpreta o se concibe por período de descanso o de no trabajo. Para este cometido es punto obligado de partida la Directiva 2003/88/CE. En su art. 2 se ocupa de ofrecer distintas definiciones normativas entre las que se encuentran tiempo de trabajo y período de descanso¹⁸. Conforme a este tenor, se considera tiempo de trabajo: «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». En el citado precepto, pero en sentido opuesto se entiende por período de descanso: «todo período que no sea tiempo de trabajo».

Como se puede colegir el legislador europeo tiene una concepción, en principio, dicotómica del tiempo en relación con el trabajo, esto es, o la persona está trabajando o, en caso inverso, está disfrutando del descanso¹⁹. A pesar de esta concepción binaria del tiempo de trabajo que propugna la Directiva 2003/88/CE y que, por ende, no permite terceras categorías²⁰, es lo cierto y verdad que la variedad de supuestos por los que transita un contrato de trabajo hacen aflorar situaciones que se encuentran en las denominadas zonas grises²¹; es más, en España junto con los tiempos de descanso y trabajo, se han reconocido los denominados tiempos de presencia, de espera y a disposición de la empresa en los que no se materializa taxativamente la ocupación efectiva por parte del trabajador²², dando lugar a no fáciles operaciones exegéticas para encajarlas como tiempo de trabajo o tiempo de descanso. Estos procedimientos interpretativos van en detrimento de la deseada seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Sin perder de vista la distinta concepción inicial del tiempo de trabajo, binaria (europea) y tripartita (española)²³, el ET indica en su art. 34.5 que «el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo». Del citado precepto se deriva un dato relevante: es esencial la nota espacial o de la presencialidad en el puesto de trabajo; pero, además, ese tiempo de trabajo debe de estar acotado por la denominada jornada de trabajo que será la

¹⁷ García Ninet, J. I., Ballester Pastor, I. y García Viña, J. (Dir.) et. al., *Manual básico de Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Atelier, Barcelona, 2022, p. 300.

¹⁸ Todo ello sin perjuicio de determinadas precisiones o excepciones relacionadas con determinados sectores o actividades (v.gr.: trabajadores de aviación civil, del mar, etc.).

¹⁹ Ferradans Caramés, C., «La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo», en *Temas Laborales* 86/2006, p. 121. Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia europea y española*, op. cit., p.119.

²⁰ STS de 11 de enero de 2024, rec. núm. 3148/2021. En el mismo sentido, ATJUE, de 4 de marzo de 2011, asunto C-258/10, Grigore.

²¹ Como los denominados períodos de inactividad. Véase, Ferradans Caramés, C., «La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo», op. cit., pp. 123-125.

²² Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.ª E., *Derecho del Trabajo*, 19.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 278-277. En el mismo sentido, véase: Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia europea y española*, op. cit., p. 60. Este mismo autor en la misma obra, concretamente, en la nota 22 p. 61, advera esa tercera categoría como tiempo de presencia o tiempo de disposición con base en el art. 8 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

²³ El Tribunal Supremo compartió la visión tripartita del tiempo de trabajo en su STS 21 de noviembre de 2016, rec. núm. 90/2015, concerniente a la actividad de transporte de enfermos y accidentados en ambulancias, en el sentido de que estaban incluidos en el R.D. 1561/1995. Posteriormente en STS de 17 de febrero de 2022, rec. 123/2020, adapta su doctrina a la doctrina europea, esto es, o se está en tiempo de trabajo, o se está en tiempo de descanso.

establecida en convenio colectivo o en los contratos de trabajo, sabiendo que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (art. 34.1 ET), por tanto, el otro dato importante será la delimitación temporal en los términos descritos.

En definitiva, de manera resumida la legislación nacional a efectos de tiempo de trabajo tiene presente dos puntos de referencia: uno, la nota espacial y, dos, la nota temporal. Nada se dice de que el trabajador esté o no desarrollando su prestación laboral. Sólo implícitamente se puede deducir que, si ha de estar en su puesto de trabajo, lo normal es que esté desarrollando la actividad laboral a la que se haya comprometido. Sin embargo, este hecho no ocurre siempre como sucede en los tiempos de espera. O, que ocurre en todos aquellos supuestos, por ejemplo, en los que la presencia física en el centro de trabajo no es determinante y, al mismo tiempo, no hay una verdadera prestación efectiva de trabajo, aunque tenga que estar a disposición del empleador en un determinado lapso temporal especialmente breve.

Como se puede observar no es fácil trazar un círculo e incluir en él los supuestos que cabría de calificar como de tiempo de trabajo; entre otros motivos está la disparidad de situaciones que se pueden dar atendiendo a los diferentes sectores de actividad, lo que conlleva una gran variedad de regulaciones. Sin embargo, de la conjugación de ambas normativas (europea y nacional), pero sobre todo teniendo como norte la Directiva 2003/88/CE y la interpretación y aplicación que el TJUE hace de esta última²⁴, se pueden extraer una serie de elementos que permitirán identificar cuándo se está en tiempo de trabajo (efectivo) o en tiempo de descanso o no trabajo²⁵.

El tiempo de trabajo efectivo reúne tres elementos esenciales e indiciarios: primero, el locativo o espacial determinado por la presencia de la persona trabajadora en el lugar de la prestación o en el centro de trabajo; segundo, el elemento denominado de subordinación u organicista en cuanto que el trabajador está sometido al poder de dirección del empleador (órdenes e instrucciones); y el último elemento es el calificado como profesional, en el sentido de que el trabajador está desarrollando o está en disposición de ejecutar la prestación laboral a la que se comprometió y que toma su origen en el contrato de trabajo. Ello no impide que se puedan encontrar zonas grises en las que es difícil decantarse e identificar si realmente la situación concreta conforma tiempo de trabajo efectivo o tiempo de descanso, como son los supuestos de guardia.

A título de ejemplo de estos últimos supuestos de difícil encaje se puede nombrar, los casos en los que el médico o el personal de enfermería estaba físicamente en su puesto de trabajo en los períodos denominados de inactividad o tiempos de espera, finalmente se consideró a esos intervalos temporales como tiempo de trabajo. También será considerado tiempo de trabajo el tiempo que el médico esté en el centro de trabajo durante el servicio de atención continuado, aunque esté sin realizar ninguna actuación profesional. A la misma conclusión se ha de llegar cuando el trabajador ha de acudir en un breve plazo de tiempo (8 o 20 minutos) aunque esté en su domicilio²⁶. Todos estos supuestos referenciados implican que el trabajador debe estar conectado para poder efectuar la respuesta al llamamiento en tan breve espacio de tiempo. Si la persona trabajadora efectuara una desconexión sin duda nos encontraríamos en un supuesto de transgresión de la buena fe contractual con las

²⁴ STJUE, de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, la Ville de Nivelles (municipio de Nivelles, Bélgica) y Rudy Matzak; STJUE, de 9 de septiembre de 2021, asunto C-107/19, Dopravní Podnik HL. M.

²⁵ Con todo, también ha señalado el TJUE que los conceptos sobre tiempo de trabajo y de descanso no pueden ser determinados de forma unilateral por las legislaciones de los Estados miembros. Véase la STJUE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19, Radiotelevizija Slovenija.

²⁶ Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia europea y española*, op. cit., pp. 66-67.

repercusiones de naturaleza disciplinaria que puede conllevar. De igual manera ocurriría cuando el empleador exige que la persona trabajadora esté conectada en tiempo calificado como de descanso. En este último supuesto también se estaría conculcando la buena fe contractual, ahora bien, con consecuencias bastante livianas para el empresario.

4. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

4.1. Introducción

Directamente relacionado con la ordenación del tiempo de trabajo, sea calificado como tiempo de trabajo efectivo o como tiempo de descanso, se encuentra el denominado y reconocido derecho a la desconexión digital de la persona trabajadora (art. 20 bis ET). Hoy en día el trabajador en su quehacer diario (personal y laboral) está influido y supeditado a las Tics. Sin duda las Tics en la mayoría de las ocasiones van a facilitar las condiciones del desempeño de la actividad laboral, es más, con las Tics ha emergido una inédita manera de gestionar las empresas y de la forma de trabajar de las personas inmersas en un negocio jurídico laboral (art. 1.1. ET), pero también y al mismo tiempo, a consecuencia de ellas pueden verse afectados determinados derechos laborales (v.gr.: difuminar los límites de las jornadas de trabajo; derecho a la intimidad del trabajador, salud del trabajador, etc.)²⁷. De este modo, el Derecho del siglo XXI tiene el gran reto de buscar un equilibrio adecuado entre los derechos de los trabajadores y el poder de dirección de la empresa en todo lo que concierne a la implementación de las Tics en la gestión de la organización empresarial.

El derecho de la desconexión digital es sólo una especie dentro del género de los derechos de protección de datos personales y de las garantías de los derechos digitales; materia que en nuestro ordenamiento interno quedó regulada, como ya sabemos, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD). De forma particular esta LOPDGDD plasma en su art. 88 [junto al Reglamento de la Unión Europea (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD)], el derecho específico de la desconexión digital en el ámbito laboral. Así, por virtud del anterior precepto y de la disposición final decimotercera queda reconocido nominalmente el derecho a la desconexión digital en el art. 20 bis del ET.

4.2. Naturaleza jurídica y su efectiva aplicación

Tras la lectura del art. 20 bis del ET y del art. 88 de la LOPDGDD se observa como el legislador ha optado por no definir el derecho a la desconexión digital, circunstancia que desde los inicios puso de manifiesto la doctrina más autorizada al comentar este nuevo derecho relacionado con las nuevas tecnologías y con particular incidencia en la ordenación del tiempo de trabajo²⁸. Esto ha supuesto numerosas críticas, llegándose a calificar al derecho a la desconexión digital: primero, como un derecho inconcreto ante

²⁷ Trujillo Pons, F., *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 13-16.

²⁸ Cardona Rubert, M.ª B., «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», en *Revista de Derecho Social* 90/2020, p. 113. Molina Navarrete, C., «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso», en *Temas Laborales* 138/2017, p. 272. González Labrada, M., «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance», en *Revista de Derecho Social* 87/2019, p. 96. Terradillos Ormaetxea, E., «Comentarios a las disposiciones finales decimotercera y decimocuarta de la LOPDGDD», en Troncoso Reigada, A. (Director), et. al., *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 4096.

su falta de delimitación y definición; segundo, como un derecho condicionado al estar supeditado en lo concerniente a las modalidades de su ejercicio a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores²⁹; y, por último, se le ha tildado como un derecho incompleto al no incorporar sanción alguna en caso de incumplimiento³⁰.

Pero, por si no fueran pocas todas esas tachas con las que se adorna al derecho a la desconexión laboral, además, se discute si puede tener naturaleza de derecho fundamental dada su directa o indirecta relación con el art. 18.1.4 CE. En donde si hay cierto grado de unanimidad doctrinal es en considerarlo como un derecho instrumental³¹ o como un derecho facilitador o de apoyo dado que en buena medida sirve para hacer efectivos otros derechos (v.gr.: vacaciones, permisos, descansos diarios, seguridad y salud). Conforme a estas apreciaciones el derecho a la desconexión digital no es un derecho autónomo³², pues en unos casos, garantizará el derecho a la intimidad como derecho fundamental inespecífico³³ y, en otros, para hacer realidad el derecho al descanso o, por ejemplo, la posibilidad de conciliar la vida laboral o familiar.

En definitiva, el derecho a la desconexión digital es un derecho básico en el sentido de que es el sustrato o la base que facilitará el ejercicio de otros derechos laborales que giran en torno a la seguridad y a la salud (entendida en su más amplio sentido) de las personas trabajadoras. Evidentemente a pesar de que se le califique como un derecho básico del trabajador no está incluido en el art. 4 del ET, artículo que relaciona los derechos básicos que atesora toda persona trabajadora. No obstante, el legislador consciente de la relevancia de este nuevo derecho ha querido incardinarlo sistemáticamente dentro de la sección 2.^a rubricada con el nombre de «Derechos y deberes derivados del contrato», dentro del capítulo II (Contenido del contrato de trabajo), Título I (De la relación individual de trabajo). Aunque no hubiera estado de más que el derecho a la desconexión digital se hubiera incorporado expresamente en el art. 4 con la finalidad de evitar especulaciones interpretativas, no es menos cierto, que tiene cabida de forma implícita a través del art. 4.2.h) del ET³⁴ e, igualmente y del mismo modo, es un derecho que deriva del contrato de trabajo *ope legis*.

Si se parte de la premisa de que el derecho a la desconexión digital es un derecho básico dentro de relación jurídica laboral, cabe todavía plantearse, como se apuntaba algo más arriba, si adquiere o no el rango de derecho fundamental. La respuesta no es nada fácil y requiere una reflexión que excede al propósito de esta breve aportación; no por ello se esbozarán las líneas más relevantes al respecto. A ello hay que añadir, como censura, la mejorable técnica legislativa utilizada por la LOPDGDD, pues en su disposición final primera (Naturaleza de la presente ley) excluye del carácter de orgánico

²⁹ Esta regulación en cascada finaliza con la obligación de que tiene «3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores [...], en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas» (art. 88.3 LOPDGDD).

³⁰ Molina Navarrete, C., «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso», en *Temas Laborales* 138/2017, pp. 272-273.

³¹ González Labrada, M., «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance», en *Revista de Derecho Social* 87/2019, p. 95.

³² González Labrada, M., «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance», en *Revista de Derecho Social* 87/2019, p. 104. Molina Navarrete, C., «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso», en *Temas Laborales* 138/2017, p. 279.

³³ González Labrada, M., «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance», en *Revista de Derecho Social* 87/2019, p. 95.

³⁴ Art. 4.2.h) del ET: «A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo».

al art. 88 (Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral), cuando en el preámbulo de la citada LO vincula este derecho «al mandato establecido en la Constitución»³⁵ en el marco del derecho fundamental a la intimidad.

Sobre si la desconexión digital es o no un derecho fundamental al estar directamente relacionado con el derecho a la intimidad, la posición menos arriesgada es calificarlo como un derecho ordinario. Para ello basta con argüir motivos normativos-formales³⁶. A este respecto la propia LODPGDD en su disposición final primera declara que tanto el art. 88 como la disposición final decimotercera, que introduce el art. 20 bis en el ET, carecen de carácter orgánico. Ahora bien se ha de hacer la siguiente precisión: las Cortes Generales no tienen la competencia para determinar o declarar definitivamente cuándo se está en presencia de un derecho fundamental; sólo el Tribunal Constitucional es el competente para confrontar, examinar y declarar cuando una norma es o no conforme con la Constitución (art. 161 CE) como interprete supremo de la misma (art. 1.1 LOTC³⁷; art. 5 LOPJ³⁸) y, en consecuencia, determinar qué preceptos tienen naturaleza de orgánica y cuáles no⁴⁰. Por lo tanto, será el Tribunal Constitucional el que dictamine de manera insoslayable y definitiva cuándo una norma tiene carácter de orgánica por afectar a un derecho fundamental (criterio material: arts. 14, 15 a 29 y 30.2 CE).

Pero además de esta argumentación basada en motivos normativos-formales, la dificultad también se centra en desentrañar qué se entiende, desde el punto de vista técnico-jurídico, por «desarrollo», dado que el art. 81.1 de la CE indica que los derechos fundamentales tienen que ser «desarrollados» por ley orgánica. A estos efectos, principalmente, caben dos respuestas. La primera, considera que toda regulación que afecte de manera indirecta, parcial o tangencial a los derechos fundamentales ha de conceptuarse como «desarrollo» y, por tanto, ha de tener naturaleza de regulación orgánica; la segunda opción más restrictiva (y mayoritaria) colige que sólo tendrán el carácter de leyes orgánicas aquellas que directamente desarrollan los derechos fundamentales y libertades (arts. 14 a 29 y 30.2 CE)⁴¹. Conforme a esta segunda línea interpretativa el desarrollo de un derecho fundamental ha de concretarse en discernir y aclarar la titularidad de ese derecho, su objeto, contenido, límites y, en definitiva, identificar cuáles son sus elementos estructurales del mismo⁴².

Nada de lo anterior parece desprenderse nítidamente tras la lectura y estudio tanto el art. 88 como la disposición final decimotercera de la LODPGDD, que introduce el art. 20 bis en ET. Centrándonos en este último precepto, esto es, el derecho a la desconexión digital estará considerado como un derecho instrumental al servicio, por un lado, del derecho del descanso del trabajador (diario, semanal, etc.) y, por otro, del derecho a la intimidad.

³⁵ Preámbulo de la LODPGDD, p. 14.

³⁶ Aquí el carácter formal no sólo significa que la ley orgánica debe aprobarse por mayoría absoluta; también hay que incluir los supuestos, como el que nos ocupa, sobre la necesidad de calificar expresamente la ley como orgánica por la Mesa del Congreso. Véase, Sala Sánchez, P., «Artículo 81», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.^a E. (Directores), et. al., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, BOE, Fundación Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, pp. 183, 201.

³⁷ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

³⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

³⁹ STC 131/2010, de 2 de diciembre. BOE núm. 4, de 5 de enero de 2011. STC 184/2012, de 17 de octubre. BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012; STC 212/2012, de 14 de noviembre. BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012.

⁴⁰ STC 5/1981, de 13 de febrero. BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981.

⁴¹ García de Enterría, E. y Fernández, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.^a ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 136.

⁴² Sala Sánchez, P., «Artículo 81», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.^a E. (Directores), et. al., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, op. cit., pp. 194-195.

La llamada que la CE hace a la ley para limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar (art. 18.4 CE) a través del reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral es un derecho instrumental y, en definitiva, con una incidencia tangencial sobre el derecho a la intimidad personal y familiar. No se estaría ante un verdadero derecho fundamental, sino ante un mandato dirigido al legislador para hacer realmente efectivo el derecho primario y fundamental a la intimidad personal y familiar.

De contrario cabe oponer que ese mandato constitucional contenido en el art. 18.4 supone una verdadera garantía del derecho fundamental a la intimidad del trabajador que se ha visto plasmado tanto en el art. 88 de la LOPDGDD como en el art. 20 bis del ET. No se puede obviar que el art. 88 de la LOPDGDD incardinado en el Título X tiene como fin, según el Preámbulo de la citada LO, garantizar el derecho a la intimidad de la persona trabajadora. Además, la redacción de este último precepto citado no deja dudas de su finalidad teleológica, este es, velar por la intimidad de la persona trabajadora y por su tiempo de descanso ante actuaciones ilegítimas de su empresario⁴³.

Sea un derecho fundamental o no, desde nuestra óptica, sí se está en presencia de un auténtico derecho subjetivo que puede hacer valer la persona trabajadora ante situaciones en las que el empresario no respete los tiempos de descanso. Esta línea argumentativa se basa no sólo en el reconocimiento expreso de este derecho, sino también en la situación sistemática que ocupa el art. 20 bis en el ET, pues como ya se comentó, la desconexión digital está incardinada dentro de los derechos y deberes derivados del contrato (Sección 2.^a del Capítulo II Contenido del contrato de trabajo). Si entre las notas del contrato de trabajo está la de ser un vínculo jurídico sinalagmático y, el propio ET señala que la desconexión digital es un derecho del trabajador, esto implica que el empresario tiene el deber y la obligación de respetar esa desconexión digital fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente pactado. En definitiva, es un derecho que el trabajador podrá hacer valer ante su empresario y, llegado el caso, ante la jurisdicción social.

5. LA BUENA FE EN LAS RELACIONES LABORALES

5.1. Una aproximación introductoria a la buena fe

El Derecho no puede ser aplicado sin más. Las normas jurídicas no se pueden interpretar y aplicar de forma descarnada, por cuanto que se ha que tener presente principios, valores, conceptos o instituciones que matizan esas normas positivas y que están presentes en el sistema jurídico de una manera más o menos explícita. Los operadores jurídicos ante los problemas ficticios o reales que se les presentan en el devenir de su práctica docente o profesional están siempre en continua búsqueda, dentro del sistema jurídico, de determinar la norma aplicable al caso concreto con la finalidad de ofrecer una solución plausible⁴⁴ o, expresado con otros términos, los juristas a través de las oportunas operaciones exegéticas han de realizar la tarea de subsunción de nuestro supuesto fáctico imaginado o real en el supuesto de hecho descrito por la norma y ver cuál es su consecuencia jurídica que, en principio, debe estar anudada al ideal de justicia⁴⁵. La

⁴³ Art. 88. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. «1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital *a fin de garantizar*, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de *su intimidad personal y familiar*». (La cursiva es nuestra).

⁴⁴ De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 440-442.

⁴⁵ García Viña, J., *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Colección Estudios, Madrid, 2001, p. 19.

nombrada labor de subsunción, sin dejar de ser una tarea cotidiana, es a la par básica y fundamental. En no pocas ocasiones puede presentarse sin especiales dificultades, pero a veces, aparece con serios contratiempos como, por ejemplo, cuando se está ante el reenvío de normas o ante normas en blanco, circunstancia que puede originar inconvenientes en la oportuna interpretación y aplicación.

Otro ejemplo en donde se manifiesta esa complicada labor de subsunción es cuando se utilizan en la descripción del supuesto normativo conceptos jurídicos indeterminados o, también, cuando verificada esa subsunción del supuesto de hecho en la norma, esta para su certera aplicación necesita del auxilio de otras categorías jurídicas que, además, son conceptos jurídicos indeterminados. Como se podrá observar, la buena fe comercial es un elemento integrador en no pocos supuestos, y, a lo que a nosotros nos interesa, nos va a permitir realizar una mejor labor hermenéutica de las categorías jurídicas tratadas someramente con anterioridad, esto es, el tiempo de trabajo y la desconexión digital y sus consecuencias en la salud de la persona trabajadora. Ahora bien, ese auxilio al que se acaba de hacer referencia, en ocasiones, no es del todo seguro debido a que la buena fe es, por antonomasia, uno de los señeros conceptos jurídicos indeterminados del ordenamiento jurídico.

En razón de ello, la principal problemática a la que se enfrenta la comunidad jurídica es clarificar qué se puede entender por buena fe y cómo podemos conectar ese concepto con las labores empresariales sobre la determinación del tiempo de trabajo y la deseada desconexión digital por parte del trabajador. En sentido contrario, el ejercicio abusivo en la concreción de los tiempos de trabajo, cuya consecuencia sería la imposibilidad por parte del trabajador de hacer efectiva la desconexión digital con repercusiones en la dignidad y en la salud de la persona trabajadora. Esta actuación empresarial conllevaría la transgresión de la buena fe contractual (art. 20.2 ET).

5.2. La buena fe como concepto transversal del sistema normativo

En sus líneas básicas, la buena fe es una categoría jurídica transversal a todo el ordenamiento jurídico, sobre todo, cuando estamos hablando de ejercer y exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones de los sujetos protagonistas de una relación jurídica. Por esta razón, sería interesante dilucidar qué se entiende por buena fe o qué concepto tienen de ella las personas ajenas al mundo del Derecho, porque tanto empresario como trabajador son miembros de la relación laboral y, de ordinario, no pertenecen a la comunidad jurídica y no son profesionales del mundo del Derecho.

Para esta primera aproximación se puede partir de nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE). Éste nos muestra tres entradas pero a través del vocablo «fe»⁴⁶. La primera de carácter general, entendiéndola como «rectitud, honradez». En cambio, las otras dos entradas del Diccionario se enmarcan dentro del denominado ámbito jurídico. Así, define la buena fe como: «criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho» y, a reglón seguido, nos presenta la tercera definición más circunscrita a la esfera obligacional, expresándose en los siguientes términos: «en las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte».

Desde un punto de vista lego, la buena fe como rectitud u honradez en el modo de actuar o comportarse una persona sin mayores disquisiciones y pretensiones, se entiende acertado y, sobre todo, claro. Sin embargo, se puede matizar o discrepar respecto de la

⁴⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE) en <https://dle.rae.es/fe>. Web visitada el día 1 de agosto de 2024.

segunda acepción. Ésta la une al comportamiento «honesto» de los sujetos intervinientes en una relación jurídica. Emplear el vocablo «honesto», a nuestro modo de entender, está más próximo a un determinado concepto de moral sexual que fue proscrito por el Estado de Derecho al modificarse el Código Penal por medio de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, sustituyendo la expresión «delitos contra la honestidad» por «delitos contra la libertad sexual»⁴⁷. Esta línea argumentativa es acorde con el concepto de buena fe que se defenderá en el mundo jurídico y, más concretamente, en el ámbito del Derecho del Trabajo. Conforme a estas precisiones, cualquier persona ajena al Derecho entenderá por buena fe: aquel comportamiento basado en la rectitud u honradez en su actuar o comportamiento apropiado y esperado por la otra parte del negocio jurídico.

Antes de examinar la buena fe en la parcela jurídica-laboral es obligado detenerse en el Derecho Privado y, de forma más concreta, en su texto normativo por antonomasia: el Código Civil (Cc), Código que en no pocas ocasiones actúa como Norma común y transversal a todo el sistema normativo. El Código Sustantivo Civil no expresa una definición precisa de lo que se pueda colegir por buena fe. Concepto que no está exento de dificultad como ya ha expresado la doctrina más autorizada con las siguientes palabras: «...pocos conceptos habrá tan necesitados de precisión en el campo del Derecho Civil como el de la buena fe, dada la profusa aplicación que de este principio hace el propio ordenamiento»⁴⁸. Con esto se está poniendo de manifiesto dos puntos importantes: el primero, estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado y, en segundo lugar, la buena fe es un principio que abarca el conjunto del ordenamiento jurídico y, por ende, es un concepto transversal a todo el sistema jurídico.

Si se hace una lectura detenida del Código civil y se examinan los distintos preceptos legales en los que se hace referencia a la *bona fides* (arts. 7.1, 1107, 1164, 1258 y 1473 Cc, entre otros), se puede extraer una doble concepción de la misma. Una, de carácter subjetivo, como honradez ligada al comportamiento de una determinada persona y, otra, la segunda de sentido objetivo, como forma de comportamiento general o regla objetiva de comportamiento en los negocios jurídicos o, con otras palabras, estándar de conducta cuyo modelo era el *bonus paterfamilias*⁴⁹, o en términos más gráficos «...modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado»⁵⁰.

Ligada a esta última concepción como estándar de comportamiento o canon ético⁵¹, se puede ver reflejada en los negocios jurídicos y, más concretamente, en los contratos cuando se dice que no sólo obligan a lo estipulado sino también a aquellas otras obligaciones que derivan de la buena fe (arts. 7 y 1258 Cc; precepto similar a éste último lo encontramos en el Código de Comercio, art. 57⁵²). A primera vista pudiera parecer que a través de la buena fe se está ampliando el conjunto de obligaciones jurídicas a las que se habría comprometido un determinado sujeto al suscribir un contrato, sin embargo, no es cierto, todo lo contrario, es una manera correcta y previsible de que el contrato se desenvuelva de

⁴⁷ BOE núm. 148, de 22 de junio.

⁴⁸ De Los Mozos, J. L., *El principio general de la buena fe*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, p. 7.

⁴⁹ García Valdecasas, G., *Parte General del Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1983, p. 185.

⁵⁰ Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción, Derecho de la persona, Autonomía Privada. Persona jurídica*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1984, pp. 442-445.

⁵¹ STS, Sala Primera, de 15 de octubre de 2015, núm. rec. 2157/2013.

⁵² En el ámbito del Derecho Mercantil, la doctrina más autorizada, señala que este precepto (art. 57) es norma fundamental para interpretar los contrato conforme a la buena fe; esto es ejemplo de la transversalidad del concepto. Véase, Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, 24.ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 2001, p. 138.

forma adecuada y conforme a un formato homogéneo. Y ello fundamentalmente, porque los sujetos que acuerdan el contrato no pueden agotar o determinar todas las obligaciones que de forma natural conlleva el mismo, o simplemente, no quieren detallar cada uno de los derechos y deberes⁵³. Cuanto se acaba de describir responde técnicamente a tomar en consideración a la buena fe como criterio de integración del contrato⁵⁴.

Al hilo de esta idea, el principio de buena fe se concibe como un límite invisible y no escrito de lo recto y honrado en las relaciones jurídicas⁵⁵, pues todo negocio jurídico surgido de la autonomía de la voluntad (art. 1255 Cc), además de respetar el principio de legalidad (art. 9.3 de la Constitución), no nos puede llevar tras realizar una interpretación rigurosa y excesivamente literal del brocardo latino *pacta sunt servanda*, a consecuencias jurídica no deseadas y, en los casos más graves, a consecuencias injustas. A este fin también coadyuvan, primero la moral, tal y como lo describe el art. 1255 del Cc y, segundo, la determinación de la causa en los contratos con el objeto de restar operatividad a los negocios abstractos y, en consecuencia, no otorgarles una inmerecida protección jurídica de conformidad con el art. 1275 del Cc⁵⁶.

A tenor de lo apuntado, la buena fe tiene una doble funcionalidad; una primera, que sirve para la correcta integración y desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y, a la par, una segunda función de límite al ejercicio de los derechos y deberes derivados del negocio jurídico concreto. Entendemos que ambas funciones son las dos caras de una misma moneda, por cuanto que no podemos entender la una sin la otra. Cuando por ejemplo nos estamos refiriendo al ejercicio de cualquier derecho (aunque más adelante nos centremos en los derechos y deberes laborales derivados del contrato de trabajo) la ley debido a su generalidad y su alto grado de abstracción no puede perfilar cada situación específica, sino que se verá individualizada, concretada y limitada por el principio de buena fe.

Por ello la buena fe más que un criterio interpretativo, que lo es, pero no para buscar la verdadera voluntad de los sujetos que participan en la constitución de la relación jurídica, sino para desentrañar y poner de manifiesto la conducta que es esperada conforme a los cánones éticos imperantes en cada momento en esa comunidad⁵⁷. Si estuviéramos persiguiendo la voluntad real de los sujetos que participan en el negocio, estaríamos llevando a cabo la denominada interpretación subjetiva, que aquí no es al caso al estar en presencia de un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, al utilizar la buena fe como canon hermenéutico estamos confeccionando una voluntad imaginaria para integrar el contrato, labor más propia de la denominada interpretación objetiva⁵⁸.

Y por último, la buena fe es un principio general del Derecho al servir como elemento integrador de todo el ordenamiento jurídico⁵⁹, en tanto que los tribunales deberán buscar aquel derecho objetivo que trasciende a las partes de la relación negocial, localizando aquello que realmente no está en el contrato pero sí se puede deducir a través del precepto

⁵³ García Rubio, M.ª P.: «Comentario al artículo 7 del Código Civil» en Domínguez Luelmo, A. (Dir.) *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 68-70.

⁵⁴ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6.ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 432.

⁵⁵ Sánchez Calero, F. J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil I, Parte general y Derecho de la persona*, 9.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 298-299.

⁵⁶ Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato*, 6.ª ed., op. cit., p. 59.

⁵⁷ De Castro y Bravo, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, Reimpresión 1991, pp. 89-90.

⁵⁸ Betti, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, pp. 263-264.

⁵⁹ Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, (traducción de Luis Díez-Picazo), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 12. De Castro y Bravo, F., *El Negocio Jurídico*, op. cit., p. 60.

normativo que es la buena fe⁶⁰. En definitiva, la buena fe permeabiliza todo el sistema normativo y, por tanto, también el Derecho del Trabajo con su institución jurídica más relevante⁶¹: el contrato de trabajo. Así, los derechos y obligaciones que se derivan del negocio jurídico laboral (v.gr.: delimitación de la jornada de trabajo, tiempo de no trabajo o desconexión digital) tendrán que ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

5.3. La buena fe como elemento configurador del tiempo de trabajo y del derecho a la desconexión digital

La buena fe a la que se hace mención en los arts. 7 y 1258 del Cc es de aplicación en el Derecho del Trabajo⁶²; y es de este modo porque, primero, el art. 7 está inserto en el Título Preliminar del citado Cuerpo Sustantivo y, segundo, el art. 1258 está en el capítulo primero (disposiciones generales) del Título II «De los contratos», normas que tienen –al menos– una aplicación supletoria a las regidas por otras leyes (art. 4.3 Cc)⁶³.

La noción de buena fe es una noción unitaria dentro de la dogmática contractual común, siendo relevante a estos efectos –como ya hemos enunciado– los arts. 7 como modelo de comportamiento ético y 1258 del Código Civil dentro de la dogmática contractual, preceptos que el legislador consciente de su importancia ha optado por adaptarlos a la disciplina laboral dada la «naturaleza» del contrato de trabajo⁶⁴, siendo expresión de ello los arts. 5 a) y 20.2 ET. De este modo, tanto del trabajador como del empresario, se espera una actitud noble, veraz, carente de comportamientos simulados y menos aún abusivos⁶⁵, si bien es cierto, que hay una mayor exigencia al trabajador que al empleador.

A lo que a nosotros nos interesa al examinar la buena fe en relación con el tiempo de trabajo y la desconexión digital es no sólo un criterio interpretativo e integrativo del ordenamiento y que a la par, además, esté considerada como principio general del Derecho⁶⁶, sino también, primero, que opere como límite de los derechos subjetivos que pueda ejercer el empleador y, en su caso, incluso el trabajador⁶⁷ y, segundo, funcione como fuente de los deberes laborales a los que está sujeto no sólo el trabajador, sino también el empleador por virtud del contrato de trabajo (art. 20.2 ET), entre cuyos caracteres está el ser un contrato bilateral y sinalagmático.

Contrato de trabajo en el que tiene especial incidencia, como decimos, la buena fe como principio general, pues al ser un contrato de los denominados de tracto sucesivo, en virtud del cual, las prestaciones de cada una de las partes no se agotan mediante el acto de su cumplimiento ni pueden estar completamente determinadas y especificadas en el momento de prestar el consentimiento, sino todo lo contrario, las prestaciones con sus respectivos derechos, obligaciones y deberes recíprocos de cada una de las partes, se prolongan en el tiempo adaptándose y revitalizándose conforme al devenir de la relación laboral teniendo como límite siempre la buena fe como «canon de ejecución de

⁶⁰ Yzquierdo Tolsada, M., «De nuevo sobre la buena fe», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, (Universidad de Extremadura), 6/1988, p. 649.

⁶¹ Montoya Melgar, A., *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, p. 30.

⁶² Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.ª E., *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 308.

⁶³ Molero Manglano, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, pp. 21-45.

⁶⁴ STEDH de 12 de septiembre de 2011, Asunto Palomo Sánchez y otros contra España (origen en seis demandas con los núms. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, 28389/06 y 28961/06).

⁶⁵ Molero Manglano, C. (Dir.), Sánchez-Cervera Valdés, J. M., López Álvarez, M.ª J., Matorras Díaz-Caneja, A., *Manual de Derecho del Trabajo*, 11.ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 444-446.

⁶⁶ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 349.

⁶⁷ STC 203/2015, de 5 de octubre de 2015.

la prestación de servicios⁶⁸, que será de particular importancia en aquellos avatares de la ejecución prestacional fuera del tiempo de no trabajo impidiendo la desconexión digital.

Pero además, encuadramos al contrato de trabajo dentro de los llamados «contratos relacionales», en donde debemos distinguir en primer lugar, un contrato-acto contractual nacido del consentimiento de las partes pero que no perfila las prestaciones de forma rigurosa y detallada y, en segundo término, lo que denomina la doctrina como contrato-relación contractual, que sí despliega una actividad de concreción de las prestaciones a las que las partes quedan obligados, cobrando aquí el principio de buena fe un papel rector a la hora de exigir y matizar esas prestaciones laborales y los derechos y deberes recíprocos en los que están incurso los sujetos de la relación de trabajo.

Todas estas tareas de concreción de las prestaciones las lleva a buen fin el empresario previo encuadramiento profesional del trabajador al desplegar el haz de sus facultades directivas, y consecuentemente, asignando al trabajador las tareas concretas que pueda desarrollar dentro de los márgenes perfilados al llevar a cabo el acto clasificatorio, siempre conforme a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 ET), es decir, las prestaciones del trabajador no están plenamente determinadas en el momento de manifestar el consentimiento contractual, sino que se irán especificando a lo largo de la vida de la relación contractual según las necesidades organizativas pero dentro de los límites del encuadramiento profesional y de las tareas que el mismo abarca, siempre en acorde con el principio de buena fe⁶⁹. Pero no solo esto, esas tareas tienen que hacerse efectivas dentro de un marco temporal que estará previamente establecido. Más allá de ese tiempo de trabajo efectivo el empresario no podrá exigir la ejecución de la actividad laboral, de lo contrario se estaría conculcando el derecho al descanso del trabajador y su derecho a la desconexión digital, contraviniendo de este modo la buena fe en la ejecución de los derechos y deberes recíprocos de los protagonistas de la relación de trabajo (art. 20.2 ET). En definitiva, la prestación de trabajo debe realizarse ateniéndose a las exigencias de la buena fe [art. 5 a) ET], precepto que es desarrollado un poco más adelante en dicho Cuerpo Normativo en su art. 20.2.

Asimismo, su funcionalidad en el contrato de trabajo es análoga al resto de los contratos, al facilitar la interpretación e integración del mismo. Ahora bien, su intervención integrativa está a nuestro modo de ver más acentuada por un doble motivo: el primero, nos encontramos ante un contrato *intuitu personae* donde la relevancia de la persona es más importante y crucial que en el resto de los contratos. La relación laboral se fundamenta en la mutua confianza de los sujetos implicados, pero más si cabe en la confianza que el empresario deposita en el trabajador, de tal forma que si ésta falta, el empleador utilizará los mecanismos pertinentes para deshacer el vínculo jurídico. Pero esa mutua confianza no está plenamente equilibrada. El empleador con base a esta puede, en los casos más groseros y no tan groseros y prescindiendo de la buena fe, impedir la desconexión digital del trabajador. Y segundo, la buena fe nos permitirá una adecuada determinación o delimitación de la prestación laboral dentro de un determinado tiempo de trabajo, de tal modo que el empresario no pueda exigir más y el trabajador no deba ofrecer menos de los estándares establecidos⁷⁰. Estos modelos evolucionan con la sociedad como ya dijo el Tribunal Constitucional señalando que la buena fe actúa como factor de «... flexibilización capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad...»⁷¹, es decir, que a través de él, el ordenamiento jurídico se ve actualizado.

⁶⁸ Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 219.

⁶⁹ Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 31.ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, pp. 527-529; 541-542; 617-618.

⁷⁰ Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 217-219.

⁷¹ STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003.

Ahora bien, ese continuo rejuvenecimiento de la norma a través de esos estándares no nos puede llevar a extensión desmesurada del principio de buena fe contrario a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y menos aún, a una aplicación del citado principio contrario a los derechos fundamentales cuyo punto de partida será de forma directa o indirecta la dignidad del trabajador como persona (art. 10.1 CE). En definitiva, la buena fe ayudará a discernir como criterio interpretativo, integrador y limitador de los derechos subjetivos, cuando se está en tiempo o no de trabajo y cuándo se puede ejercer el derecho a la desconexión digital en defensa no solo de la salud del trabajador, sino también de la dignidad de la persona trabajadora.

6. TIEMPO DE TRABAJO, DESCONEXIÓN DIGITAL Y BUENA FE: SU INFLUENCIA EN LA SALUD LABORAL, ¡SÍ!, PERO, ¿Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA?

6.1. Tiempo de trabajo, desconexión digital y buena fe: su repercusión en la salud del trabajador

Han quedado esbozados algunos de los problemas que confluyen en torno a los conceptos sobre el tiempo de trabajo y la desconexión digital. Qué duda cabe que cuando se quiere delimitar la jornada de trabajo y acotar cuándo el trabajador está disfrutando de su tiempo de descanso se está en presencia de las distintas caras de la misma realidad cuyo objetivo, entre otros, es salvaguardar la salud (en el sentido más amplio de la palabra)⁷² de la persona trabajadora. Delimitar ambos conceptos y el adecuado ejercicio práctico de los mismos requiere tener presente todo el ordenamiento jurídico y, por ende, acudir a la buena fe como principio general del Derecho y como elemento moderador de los derechos subjetivos contractuales. Este concepto jurídico indeterminado será de extremada utilidad a la hora de fijar, o al menos ponderar, esos contornos no siempre precisos de la jornada de trabajo, del tiempo de descanso y del ejercicio del derecho a la desconexión digital, todo ello con la finalidad de prevenir posibles riesgos en la salud del trabajador como consecuencia de la excesiva carga de trabajo.

La ausencia de una verdadera desconexión digital durante el tiempo de descanso produce, sin ningún género de dudas, un claro riesgo para la salud psíquica y psicosocial de la persona trabajadora, al incidir de manera directa en el insoslayable derecho de disfrutar de la vida personal y familiar (tiempo de no trabajo)⁷³. No se puede obviar que la Directiva 2003/88/CE tiene un objetivo muy claro: el tiempo de trabajo es tratado y regulado como un elemento de riesgo para el desenvolvimiento de la actividad laboral y no como una mera condición de trabajo⁷⁴. El empleador teniendo presente la anterior premisa tendrá que organizar (convencional o contractualmente) los tiempos de trabajo productivos y acatar los tiempos de no trabajo y, por tanto, respetar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores conforme a los parámetros de la buena fe contractual como estándar objetivo. Los operadores jurídicos nunca deben de olvidar que los derechos y obligaciones nacidos del vínculo laboral deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe de los sujetos involucrados, pero, sobre todo y al hilo de esta

⁷² Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la salud se concibe como: «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Ver en <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>. Web visitada el día 5 de septiembre de 2024.

⁷³ Trujillo Pons, F., *La "desconexión digital" en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 63-77.

⁷⁴ Saéz Lara, C., «Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo», en *Temas Laborales* 130/2015, p. 252.

apreciación, la dirección empresarial está especialmente obligada a observar la buena fe en el ejercicio de su poder de dirección dado ese sempiterno desequilibrio entre la parte social y empresarial.

La anterior Directiva es plenamente consciente de que el uso de las Tics en todos los órdenes de la vida y, más, en el ámbito laboral, ocasiona una carga psíquica y psicosocial de indudable relevancia que afecta al trabajador tanto en su vida profesional como personal y familiar⁷⁵. La Constitución reconoció como derecho fundamental el derecho a la vida y a la integridad física y moral de todos los ciudadanos (art. 15 CE); norma que se trasladó al ámbito del Derecho del Trabajo como derecho básico del trabajador al reconocerse específicamente el derecho a la «integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene» [art. 4.2.d) ET], precepto que se desarrolló posteriormente en el art. 19.1 del ET como derecho inherente al contrato de trabajo. Al mismo tiempo, y de manera más especializada, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha completado una importante labor positivadora del derecho de protección a la salud (art. 15 CE) reconociendo que «los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» (art. 14.1 LPRL)⁷⁶.

Todo este acervo normativo tiene un objeto patente: amparar a la persona trabajadora de las jornadas interminables, propias de otros tiempos que se decían pasados, o de jornadas poco definidas o flexibles (v.gr.: trabajo a distancia o teletrabajo) o, por último, de ciertas prácticas que se pueden calificar de informales, de escasa importancia y puntuales (v.gr.: atender una simple llamada telefónica o contestar un whatsapp), todo ello con una finalidad preventiva y de protección de la salud del trabajador. Esta manera de actuar del empleador no respetando la desconexión digital y, por ende, los tiempos de no trabajo, conlleva una situación de desasosiego continuo y permanente (tecnoestrés) en la persona trabajadora que le cercena su tiempo de descanso. Como dice algún representante de la doctrina la ausencia de un verdadero respeto por el tiempo del descanso origina «un estado de alerta en el trabajador se halla expectante»⁷⁷. Este proceder por parte de la empresa supone, a todas luces, una transgresión de la buena fe contractual, cuando no un verdadero abuso de la confianza; buena fe a la que está obligada la parte empresarial por virtud del art. 20.2 del ET. Por sabido, no se debe olvidar que el ejercicio de los derechos por parte del empresario deberá acomodarse a las reglas de buena fe y no amparar el abuso de derecho.

6.2. Tiempo de trabajo, desconexión digital y buena fe: su incidencia en la dignidad de la persona trabajadora

Pero siendo importante esa protección de la salud que obliga al empresario respetar el derecho a la desconexión digital de su trabajador durante su tiempo de no trabajo, no es menos importante el ejercicio de su propia libertad por el trabajador. Si nos quedamos solo en la faceta preventiva de estos derechos, la visión o el panorama quedaría incompleto. Es crucial no perder de vista y tener presente la capacidad de autorregulación que debe tener la persona trabajadora de su tiempo de no trabajo, ya lo utilice para su desarrollo personal como familiar o simplemente invierta ese tiempo en no hacer absolutamente nada. Centrarse exclusivamente en velar por la salud del trabajador como tal trabajador (¡qué no es poco!) es cegar la perspectiva, que deberá necesariamente ampliarse y tener

⁷⁵ Molina Navarrete, C., «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso», en *Temas Laborales* 138/2017, p. 271.

⁷⁶ Rivero Lamas, J., *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010, p. 219.

⁷⁷ Fernández Prol, F., «La “conectividad” del trabajador: análisis desde una óptica preventiva», en *Temas Laborales* 158/2021, p.151.

presente a la persona trabajadora no sólo como un factor productivo, sino sobre todo como ser humano dotado de libertad y de dignidad.

No se pueden olvidar las siguientes palabras: «el trabajo libre, [...], debe reposar [...] sobre la noción de un rendimiento cuantitativa y cualitativamente debido en virtud del cumplimiento contractual de buena fe»⁷⁸; sin esta buena fe en el oportuno ejercicio de los derechos y obligaciones laborales más allá de la jornada laboral, supone que trabajador pierde su dignidad y su libertad (arts. 10 y 17 CE), pues el pacto de autoventa de su propia libertad solo alcanza al tiempo concertado en el contrato de trabajo, lo contrario sería retrotraerse a tiempo pretéritos de esclavitud y servidumbres⁷⁹. Ha de primar, bajo nuestro actual Estado de Derecho, la concepción del trabajador-persona (no como mero factor de producción) con su esfera intacta de libertad como derecho inherente al ser humano y como valor del –todavía vigente– Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Esa libertad supone «una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual»⁸⁰, que quedaría constreñida si el empleador desconociera el derecho a la desconexión digital del trabajador durante su tiempo de no trabajo, a través de una intromisión ilegítima en la espera privada (personal y laboral) conculcando el principio de buena fe propio de las relaciones laborales como se ha expuesto algo más arriba.

Esta capacidad de autodeterminación que supone la libertad es un condicionamiento ínsito dentro de concepto de dignidad que debe poseer toda persona, también la persona inmersa en una relación jurídica laboral. Ahora bien, no es fácil definir qué es la dignidad de la persona, también trabajadora. Algún autor ha señalado que la palabra dignidad es «tan excesiva que solo el silencio estaría a su altura»⁸¹. Otro autor, en relación con los derechos digitales, pone de manifiesto cómo el legislador solo hace mención a los problemas de intimidad en los que puede verse afectado el trabajador al usar y padecer las Tics en el ámbito de trabajo y, por el contrario, omite toda referencia a la dignidad de la persona trabajadora⁸².

La determinación clara y diáfana de la jornada de trabajo con su correspondiente tiempo de no trabajo disfrutado por medio del derecho a la desconexión digital son materias que deben de quedar perfiladas normativa y convencionalmente y exigirse conforme a los requerimientos de la buena fe, pero no solo desde el punto de vista preventivo y de salud laboral, sino también desde la óptica de la dignidad de la persona entendida como: «valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»⁸³. La misma resolución llega a decir que la dignidad de la persona, dada su vital importancia en todos los órdenes de la vida, es el núcleo y germen de los derechos inherentes en cuanto tal persona. Es tanta la relevancia de la dignidad de la persona que es el «fundamento del orden político y de la paz social»⁸⁴.

⁷⁸ Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 102.

⁷⁹ Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 88.

⁸⁰ STC 137/1990, de 19 de julio y STC 120/1990, de 27 de junio. Ambas publicadas en el BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990.

⁸¹ Jiménez Campo, J., «Artículo 10.1», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.^a E. (Directores), et. al., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, BOE, Fundación Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, p. 217.

⁸² Todolí Signes, A., «Nuevos derechos digitales incorporados al Estatuto de los Trabajadores y Estatuto Básico del Empleado Público: más dudas que novedades», en Troncoso Reigada, A. (Director), et. al., *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 4115-4116.

⁸³ STC 53/1985, de 11 de abril. BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985.

⁸⁴ STC 57/1994, de 28 de febrero. BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994.

Ahondando en esta línea y siguiendo los razonamientos del Tribunal Constitucional⁸⁵, no se puede desconocer que la dignidad (art. 10.1 CE) despliega sus efectos sobre todos los derechos individuales, e implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (incluida en el seno de las relaciones laborales)⁸⁶, constituyendo, en consecuencia, un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

Por esta razón, no respetar por la dirección empresarial el derecho a la desconexión digital del trabajador conlleva desconocer el derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce. Esta intimidad personal constitucionalmente garantizada implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana⁸⁷. De este modo, el Derecho del Trabajo busca, desde sus orígenes, esa calidad de vida del trabajador no solo en el ámbito laboral, sino también de manera específica con el respeto a su vida privada reconociendo particularmente el derecho a la desconexión digital que deberá respetarse por el empleador.

Si no se observa a la persona –trabajadora– desde su dignidad con su respectiva capacidad de autodeterminación durante su tiempo de no trabajo, simplemente la estaríamos considerando como un mero instrumento⁸⁸ al servicio de los objetivos empresariales cuyo poder de dirección transgrede la buena fe. No tener presente el valor jurídico de la dignidad (art. 10.1 CE) sería patrimonializar⁸⁹ la persona del trabajador, concepto proscrito por nuestro sistema jurídico.

7. REFLEXIONES FINALES

Con esta breve aportación más que llegar a confeccionar unas conclusiones, se procede a realizar una serie de reflexiones que seguidamente comparto.

La sociedad actual y las vigentes relaciones laborales están impregnadas por la Tics. Nuevas tecnologías que son, en las mayorías de las ocasiones, imprescindibles para el desempeño de la actividad laboral de manera más favorable, en la mayoría de los casos, para el trabajador. Además, hoy en día, realizar la prestación de trabajo en el sentido más amplio posible (v.gr.: atender una simple llamada, contestar un correo electrónico, etc.) ya no es monopolio de ejecutarlo en el seno de la empresa. Se ha deslocalizado la ejecución de la prestación laboral, ya que, casi cualquier espacio es propicio para el desarrollo de los servicios profesionales pactados por cuenta ajena en el contrato de trabajo.

Esta realidad tecnológica ha supuesto indudables beneficios para la clase trabajadora en la ejecución de sus tareas, pero a la par acarrea algunas dificultades y abusos por parte de los empleadores. Uno de los mayores perjuicios que ocasiona la utilización de las Tics es que, en no pocas ocasiones, queda difuminada la frontera entre jornada de

⁸⁵ STC 57/1994, de 28 de febrero. BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994.

⁸⁶ La introducción del paréntesis y su contenido es nuestro.

⁸⁷ STC 179/1991, de 19 de septiembre. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1991 y STC 231/1988, de 2 de diciembre. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988.

⁸⁸ STC 53/1985, de 11 de abril. BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1989 y STC 181/2004, de 2 de noviembre. BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2004.

⁸⁹ STC 212/1996, de 19 de diciembre. BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997.

trabajo y tiempo de no trabajo. A pesar de que se cuenta con normativa a todos los niveles (internacional, supranacional y española) sobre la limitación de la jornada de trabajo (tiempo de trabajo efectivo y tiempo de no trabajo) y, además, se reconoce el novedoso derecho de la desconexión digital, es lo cierto y verdad que el trabajador en no pocas ocasiones se ve abocado a ejecutar su prestación laboral fuera del horario de trabajo.

Ante esta situación no está de más recordar y tener en cuenta, por un lado, el concepto jurídico indeterminado de la buena fe y, por otro, la norma específica que recoge este concepto elástico (art. 20.2 ET), todo ello para intentar poner coto a aquellas actuaciones empresariales que desconocen los límites horarios y conculcan el derecho a la desconexión digital. La buena fe no solo es un principio general del Derecho, es también un elemento interpretativo e integrativo que permite dilucidar cuándo el poder de dirección empresarial se extralimita al impartir órdenes e instrucciones que afectan al tiempo de no trabajo de la persona trabajadora. De este modo, la buena fe también actúa, no se puede olvidar, como dispositivo configurador de los poderes empresariales, por cuanto que permeabiliza y da solidez a todo el ordenamiento jurídico.

Un adecuado ejercicio de los poderes empresariales, bajo las exigencias de la buena fe contractual, en relación al tiempo de descanso y el pertinente respeto al derecho de la desconexión digital redundan en beneficio de la organización al preservar la salud física y psíquica de sus trabajadores. En caso contrario, es decir, cuando esos poderes empresariales se ejercitan de forma desproporcionada contraviniendo la buena fe contractual, no solo queda afectada la salud del trabajador, sino también –y esto es lo más relevante– la dignidad de la persona trabajadora. Si el empleador cercena la posibilidad de autodeterminarse al trabajador durante el tiempo de no trabajo, se estaría afectado de forma ilegítima su vida personal y familiar, esto es, a su dignidad.

Para finalizar, el vigente modelo de relaciones laborales no puede permitir que la persona trabajadora pierda su capacidad de determinarse y de regir su propia vida durante el tiempo de no trabajo como mejor estime, lo contrario, sería admitir, por un lado, que el trabajador no es más que otro elemento o factor de producción dentro de la empresa despojada de toda su dignidad y, por otro, el fracaso del Derecho del Trabajo.

8. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1979.

Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.^a E., *Derecho del Trabajo*, 19.^a ed., Civitas, Madrid, 2001.

Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7.^a ed., revisada, renovada y ampliada al cuidado de M.^a Emilia Casas Baamonde y Enrique Alonso García, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.

Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J. (Coordinadores), et. al., *Tiempo de trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

Basterra Hernández, M., «El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español», *Documentación Laboral* 116/2020-Vol. I, pp. 71-83.

Betti, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

Cardona Rubert, M.^a B., «Los perfiles del derecho a la desconexión digital», en *Revista de Derecho Social* 90/2020, pp. 109-126.

Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2018.

De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

De Castro y Bravo, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, Reimpresión 1991.

De Los Mozos, J. L., *El principio general de la buena fe*, Librería Bosch, Barcelona, 1963.

Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción, Derecho de la persona, Autonomía Privada. Persona jurídica*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1984.

Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato*, 6.^a ed., Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007.

Fernández Prol, F., «La “conectividad” del trabajador: análisis desde una óptica preventiva», en *Temas Laborales* 158/2021, pp. 149-165.

Ferradans Caramés, C., «La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo», en *Temas Laborales* 86/2006, pp. 97-132.

García de Enterría, E. y Fernández, T-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 12.^a ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004.

García Ninet, J. I., Ballester Pastor, I. y García Viña, J. (Dir.) et. al., *Manual básico de Derecho del Trabajo*, 2.^a ed., Atelier, Barcelona, 2022.

García Rubio, M.^a P.: «Comentario al artículo 7 del Código Civil» en Domínguez Luelmo, A. (Dir.) *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 68-70.

García Valdecasas, G., *Parte General del Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1983.

García Viña, J., *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, CES, Colección Estudios, Madrid, 2001.

González Labrada, M., «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance», en *Revista de Derecho Social* 87/2019, pp. 91-112.

Jiménez Campo, J., «Artículo 10.1», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.^a E. (Directores), et. al., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, BOE, Fundación Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, p. 212-229.

Martín Rodríguez, M. O., *Reducción y limitaciones del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Martín Valverde, A., «Estudio preliminar. La formación del Derecho del Trabajo en España», en Martín Valverde, A. et. al., *La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. XI-CXIV.

Martín Valverde, A. y García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 31.^a ed., Tecnos, Madrid, 2022.

Mercader Uguina, J. R. (Dir.), De la Puebla Pinilla, A. y Gómez Abelleira, F. J., *Lecciones del Derecho del Trabajo*, 16.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Molero Manglano, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

Molero Manglano, C (Dir.), Sánchez-Cervera Valdés, J. M., López Álvarez, M.^a J., Matorras Díaz-Caneja, A., *Manual de Derecho del Trabajo*, 11.^a ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

Molina Navarrete, C., «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso», en *Temas Laborales* 138/2017, pp. 249-283.

Montoya Melgar, A., *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997.

Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 44.^a ed., Tecnos, Madrid, 2023.

Pérez Capitán, L., *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia europea y española*, Ediciones Cinca, Madrid, 2024.

Rivero Lamas, J., *La democracia en la empresa*, Comares, Granada, 2010.

Saéz Lara, C., «Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo», en *Temas Laborales* 130/2015, pp. 243-270.

Sala Sánchez, P., «Artículo 81», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.^a E. (Directores), et. al., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, BOE, Fundación Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, pp. 181-202.

Sánchez Calero, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, 24.^a ed., Mc Graw Hill, Madrid, 2001.

Sánchez Calero, F. J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil I, Parte general y Derecho de la persona*, 9.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

Terradillos Ormaetxea, E., «Comentarios a las disposiciones finales decimotercera y decimocuarta de la LOPDGDD», en Troncoso Reigada, A. (Director), et. al., *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 4087-4105.

Todoí Signes, A., «Nuevos derechos digitales incorporados al Estatuto de los Trabajadores y Estatuto Básico del Empleado Público: más dudas que novedades», en Troncoso Reigada, A. (Director), et. al., *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Tomo II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 4107-4125.

Trujillo Pons, F., *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, (traducción de Luis Díez-Picazo), Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

Yzquierdo Tolsada, M., “De nuevo sobre la buena fe”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, (Universidad de Extremadura), 6/1988, pp. 633-681.

LA CONCILIACIÓN Y LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

DULCE MARÍA ELICHE MORAL

*Profesora Sustituta Interina del Área de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad de Cádiz

dulce.eliche@uca.es

ORCID: 0000-0002-0930-5068

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PAPEL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR EN LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR, PERSONAL Y LABORAL
3. BONIFICACIONES Y REDUCCIONES PARA LAS CONTRATACIONES EN EL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR
4. SUBVENCIONES AUTONÓMICAS PARA LA CONTRATACIÓN DE EMPLEADOS DE HOGAR
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

EXTRACTO

Hay que afirmar la gran importancia del trabajo doméstico, al constituir una de las principales fuentes de empleo ocupando a un elevado número de trabajadores, y al resultar esencial para el buen funcionamiento de la economía y de la sociedad. El envejecimiento de la población, el incremento de la esperanza de vida y la incorporación de la mujer al mercado de trabajo han conllevado un aumento de la demanda del trabajo doméstico, cubriendo en ocasiones necesidades sociales que deberían ser satisfechas por las administraciones públicas con cuidados profesionalizados.

Es evidente la gran transformación que se ha producido en el marco jurídico regulador de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar en España, tanto en el ámbito laboral como en el de Seguridad Social.

El RD-I 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar supone un nuevo paso en la equiparación de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, intentando evitar cualquier tipo de desventaja discriminatoria respecto a este colectivo de trabajadores.

Estas modificaciones normativas han supuesto un incremento de los costes que los empleados de hogar suponen para sus empleadores, que no son empresarios que obtienen un beneficio económico, por lo que resulta necesario implementar beneficios en la cotización y subvenciones para fomentar la contratación de empleados de hogar, intentando evitar o reducir la economía sumergida existente en este sector de actividad.

La disposición adicional primera del RD-I 16/2022 prevé los beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, considerando las condiciones de renta y patrimonio y las necesidades de cuidado de las familias.

También existen ayudas y subvenciones autonómicas, analizándose tres casos concretos en Andalucía, Madrid y Euskadi.

1. INTRODUCCIÓN

La conciliación de la vida laboral, personal y familiar es un objetivo a lograr, especialmente considerando la incorporación de la mujer al mercado laboral, ya que era la mujer quien tradicionalmente se había hecho cargo de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos y de personas dependientes.

La conciliación está directamente relacionada con la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, y resulta esencial para su consecución. A pesar de los avances alcanzados en materia de conciliación y de igualdad de trato, la mujer sigue siendo habitualmente la que efectúa las tareas domésticas y de cuidado, por falta de corresponsabilidad. Como consecuencia de ello, en muchas ocasiones la mujer se enfrenta a trabas en su acceso, permanencia o reincorporación al mercado de trabajo, así como en su promoción profesional; viéndose abocada incluso a reducir su jornada laboral o a abandonar su trabajo, produciéndose la brecha de género de salarios y pensiones.

Por otro lado, se está incrementando la demanda de servicios de asistencia y de cuidado debido al envejecimiento de la población y al aumento de la esperanza de vida.

Las administraciones públicas no son capaces de cubrir las crecientes demandas de servicios de asistencia y de cuidado generadas actualmente, por lo que el trabajo doméstico cobra una especial relevancia como solución a este problema.

El trabajo doméstico cada vez ocupa a más trabajadores y es un factor clave para el buen funcionamiento de la economía y de la sociedad, constituyendo un instrumento de conciliación.

Tradicionalmente el trabajo doméstico se ha caracterizado por su precariedad, baja remuneración y desprotección, debido a su feminización, extranjerización y desvalorización profesional.

Asimismo, al desarrollarse en el domicilio del empleador, se obstaculiza el control y se dificulta la organización como colectivo de estos trabajadores.

La regulación jurídica laboral y de seguridad social del trabajo al servicio del hogar familiar en España ha sido modificada sustancialmente persiguiendo la equiparación con el régimen jurídico de las demás personas trabajadoras por cuenta ajena.

La ratificación por España del Convenio número 189 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011, el 28 de febrero de 2023, y su entrada en vigor en nuestro país el 29 de febrero de 2024, conlleva unos compromisos de aplicar lo previsto en dicho Convenio, considerando además la Recomendación número 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, adoptada el 16 de junio de 2011, para complementar las disposiciones del Convenio número 189 de la OIT. Estos instrumentos jurídicos se basan en dos principios básicos: los trabajadores y trabajadoras domésticos tienen derecho a gozar de los derechos fundamentales en el trabajo y de una protección social y laboral mínimas, y los trabajadores y trabajadoras domésticos no pueden tener un nivel de protección inferior ni un trato menos favorable que el resto de las personas trabajadoras.

La última gran modificación producida en el régimen jurídico aplicable a este colectivo de trabajadores se materializó mediante el RD-l 16/2022, que pretende evitar cualquier discriminación de los mismos.

El nuevo régimen jurídico laboral y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar ha provocado un aumento de costes laborales y de seguridad social para los empleadores, con la peculiaridad de que estos empleadores no obtienen beneficios económicos derivados de la actividad laboral de dichos trabajadores, no siendo por lo tanto empresarios.

Algunos empleadores no tienen capacidad económica para hacer frente a este incremento de costes, por lo que aumenta la economía sumergida en este sector. Ante esta situación, resultan necesarias medidas públicas que incentiven económicamente la contratación regular de trabajadores domésticos.

La disposición adicional primera del RD-l 16/2022 establece unos beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

Se han implementado algunas ayudas y subvenciones de carácter autonómico. Se hará referencia a tres supuestos concretos en Andalucía, Madrid y Euskadi.

2. EL PAPEL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR EN LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR, PERSONAL Y LABORAL

En el Derecho de la Unión Europea se reconoce como fin a lograr la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral en los arts. 19, 153.1 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el art. 23 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y en diversas Directivas (75/117/CEE del Consejo, de 10 febrero de 1975, sobre materia retributiva, 2002/73/CE del Parlamento Europeo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la 76/207/CEE; la 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la 2006/54/CE del Parlamento de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación)(Ayala del Pino 2023, pp.75-76)(Rodríguez Copé 2019, p.216).

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral está muy vinculada con la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, haciendo referencia a la misma el art. 33 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, y destacando, entre otras (Rodríguez Copé 2019, p. 216), la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, cuyos objetivos generales son garantizar la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo, y permitir a progenitores y personas con responsabilidades familiares conciliar mejor sus tareas profesionales y familiares (Consejo de la Unión Europea 2024)(Rodríguez Copé 2019, p. 217).

En la Constitución Española, el art. 14 contempla el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y el art. 9.2 dispone que los poderes públicos promoverán las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se refiere a la conciliación en diversos preceptos, y también hay que mencionar la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Rodríguez Copé 2019, pp. 217, 218).

La transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 al Derecho español se ha efectuado mediante el RD-l 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, recientemente modificado por el RD-l 4/2024, de 26 de junio, por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo y se adoptan medidas urgentes en materia fiscal, energética y social. Complementa la transposición de la Directiva el RD-l 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de

la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. (López Álvarez 2022)(De la Flor Fernández 2023).

Tradicionalmente la mujer ha llevado a cabo las tareas domésticas y de cuidado de los hijos y de personas dependientes, por lo que, tras su incorporación al mercado de trabajo, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar es fundamental (Rodríguez Copé 2019, pp.214, 217)(Díaz Gorfinkiel 2019, pp.201-202).

En nuestro país se han producido avances significativos respecto a la conciliación y a la igualdad de trato. Sin embargo, las tareas domésticas y de cuidado siguen siendo desempeñadas habitualmente por la mujer, no existiendo corresponsabilidad ni concienciación social al respecto (Rodríguez Copé 2019, pp.214-215, 217-218). Por ello, en muchas ocasiones, la mujer tiene que afrontar dificultades en el acceso, permanencia y reincorporación al mercado de trabajo, y en la promoción profesional; teniendo incluso que dejar su trabajo o reducir su jornada laboral para poder hacerse cargo de dichas tareas, generando la brecha de género de salarios y pensiones (Ayala del Pino 2023, p.77) (Rodríguez Copé 2019, pp.217-218).

Otro factor importante es que el envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida conllevan un aumento de la necesidad de servicios de asistencia y de cuidado. Ante la imposibilidad por parte de las administraciones públicas de hacer frente a las crecientes demandas de servicios de asistencia y de cuidado actuales, se recurre al trabajo doméstico. (Rodríguez Copé 2019, pp.215, 220-221).

A consecuencia de la falta de conciliación y corresponsabilidad fruto de una larga tradición histórica se ha generalizado la externalización de las labores domésticas y de cuidado que las mujeres no pueden seguir desempeñando por ser incompatibles con su trabajo, delegándolas en otras mujeres, fomentando de este modo que se perpetúe “el rol femenino de cuidadora y ama de casa” (Rodríguez Copé 2019, p.215).

A su vez, las empleadas de hogar tienen muchas dificultades para poder ejercer los derechos de conciliación que les corresponden como trabajadoras, especialmente en los casos de embarazo y maternidad. (Rodríguez Copé 2019)(Ayala del Pino 2023).(Ayala del Pino 2019, pp.49-50) (Ayala del Pino 2024, p.236)(Díaz Gorfinkiel 2019) (Cuadros Garrido et al. 2023, pp.133, 179-216).

Si en ocasiones las mujeres trabajadoras y sus familias tienen que recurrir necesariamente al trabajo doméstico para poder conciliar, y no siempre les resulta económicamente posible hacer frente a los gastos que conlleva la contratación de una empleada de hogar, sólo podrán conciliar aquellas trabajadoras con recursos económicos suficientes para ello. Resultan necesarias medidas públicas que eviten esta situación, ya que la corresponsabilidad no se reduce al plano hombre-mujer, sino que lo trasciende afectando a los agentes sociales, existiendo en nuestro estado del bienestar la obligación por parte de las administraciones públicas de articular políticas para hacer realmente efectiva la conciliación (Rodríguez Copé 2019, p.218).

A diferencia de otros estados de nuestro entorno, como Reino Unido (modelo liberal), en el que las empleadas de hogar, inmigrantes mayoritariamente, son contratadas a través de agencias especializadas, exigiendo requisitos de regularización, si se trata de extranjeras, y de formación profesional acreditada; o de Holanda (modelo socialdemócrata), en el que los servicios públicos cubren esta necesidad, requiriendo cualificación y especialización y siendo objeto de un gran control; en nuestro país (modelo mediterráneo), ante el insuficiente gasto público en los servicios de cuidado, y la imposibilidad de muchas

familias de afrontar el coste de la contratación formal de una empleada de hogar, se produce una situación de economía sumergida y de empleo informal, con la consiguiente precariedad laboral (Rodríguez Copé 2019, p.219).

En España el número de trabajadores domésticos se ha incrementado, y ante la insuficiencia de las políticas públicas, el trabajo doméstico constituye un instrumento de conciliación esencial (Rodríguez Copé 2019, pp.219-220, 222, 245)(Díaz Gorfinkiel 2019, pp.203-204)(Cuadros Garrido et al. 2023, pp.129-130).

La feminización, extranjerización y falta de valoración profesional del trabajo doméstico explican sus características tradicionales: precariedad laboral, escasa remuneración y desprotección social (Rodríguez Copé 2019, pp.222-223, 246)(Díaz Gorfinkiel 2019, pp.203-204)(Alonso et al. 2024)(Cuadros Garrido et al. 2023, pp.129-131, 179-180, 355-387).

El hecho de que el lugar de prestación del servicio doméstico, el domicilio del empleador, esté protegido por el art. 18 CE, constituye un problema para poder efectuar el control de dicha prestación y para la organización colectiva de estos trabajadores. (Ayala del Pino 2024) (Rodríguez Copé 2019, p.223)(Cuadros Garrido et al. 2023, pp.133, 290-292).

En nuestro país se ha modificado sustancialmente el régimen jurídico laboral y de seguridad social del trabajo al servicio del hogar familiar con el objetivo de lograr la equiparación con las demás personas trabajadoras por cuenta ajena (Cuadros Garrido et al. 2023, pp.27-60).

El Convenio número 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011 fue ratificado por España el 28 de febrero de 2023, entrando en vigor el 29 de febrero de 2024, con las obligaciones que supone.

El RD-1 16/2022 constituye la última gran modificación de la normativa reguladora de este colectivo de trabajadores, persiguiendo como fin evitar cualquier discriminación de los mismos.

La nueva regulación jurídica del trabajo al servicio del hogar familiar ha traído consigo el incremento de los costes laborales y de seguridad social que los empleadores, que no son empresarios que perciben beneficios económicos fruto de la actividad laboral de los trabajadores domésticos, tienen que afrontar (Cuadros Garrido et al. 2023, pp.130-131, 133-144, 221-244, 247-268, 271-298) (Iberley 2024).

Como consecuencia de ello, los empleadores que carecen de recursos económicos para soportar este aumento de costes recurren a la economía sumergida (Cuadros Garrido et al. 2023, pp.131-132). Ante este panorama, hay que implementar políticas y medidas públicas que permitan la contratación regular de los trabajadores domésticos y el pleno disfrute de sus derechos (Rodríguez Copé 2019, pp.246-247).

Existen políticas públicas de protección de la familia, basadas en el art. 39 CE relativo a la protección de la familia y de los hijos, que establecen medidas de conciliación y de corresponsabilidad. También se han previsto en la Ley 39/2006, de 14 de noviembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y a las familias (en adelante, Ley de dependencia) disposiciones que facilitan el cuidado de las personas dependientes y que fomentan la conciliación. El art. 17.1 de la Ley de dependencia permite recibir una prestación económica para pagar cuidadores no profesionales en el supuesto de que no se pueda conceder un servicio público o concertado de atención y cuidado (Rodríguez Copé 2019, pp.220-227).

Los poderes públicos deben intervenir para que las tareas domésticas y de cuidado sean debidamente valoradas por la sociedad, asegurando que su desarrollo se efectúe en unas condiciones dignas como exigencia de la igualdad y de la no discriminación por razón de sexo, lo que beneficiará a las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar y a los trabajadores en general, potenciando la conciliación y la corresponsabilidad. Los derechos laborales y sociales de los trabajadores domésticos no pueden depender de la capacidad económica de los empleadores (Rodríguez Copé 2019, pp.221-222).

En este sentido, la disposición adicional primera del RD-I 16/2022 prevé beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. Asimismo, algunas comunidades autónomas han regulado ayudas y subvenciones para la contratación de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar con la finalidad de posibilitar la conciliación de sus empleadores, entre ellas, Andalucía, Madrid y Euskadi. Estas cuestiones serán analizadas a continuación.

3. BONIFICACIONES Y REDUCCIONES PARA LAS CONTRATACIONES EN EL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

La contratación de trabajadores domésticos puede conllevar la aplicación de incentivos económicos diversos generales aplicables a la contratación de trabajadores por cuenta ajena, siempre que se cumplan los requisitos establecidos (Tesorería General de la Seguridad Social 2024).

Mencionaremos los siguientes (Ministerio de Inclusión Seguridad Social y Migraciones 2024):

- La reducción del 75 por ciento de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de las personas trabajadoras que hubieran cumplido la edad de 62 años prevista en el apartado 4 del artículo 144 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 vigor desde el día 1 de enero de 2022).
- Las bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social por la contratación de personas con discapacidad contempladas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo y en el RD-I 1/2023.
- La bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes por la celebración de contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género, según el artículo 21, apartado 3, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- La bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes por la formalización de contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercido su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, de conformidad con el artículo 38, apartado 3, de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
- La bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial total a la Seguridad Social por la formalización de contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a personas trabajadoras que tengan suspendido su

contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural, por nacimiento y cuidado de menor y ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, en los términos regulados en el Estatuto de los Trabajadores. Desde el 1 de septiembre de 2023, para nuevas contrataciones, esta bonificación será, con carácter general, de 366 euros de la cuota empresarial total a la Seguridad Social, tal y como dispone el artículo 17 del RD-1 1/2023.

- La bonificación del 100 por cien de la cuota empresarial total a la Seguridad Social de las personas trabajadoras sustituidas por las causas citadas en el párrafo anterior. Solo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión. Desde el 1 de septiembre de 2023, para nuevas contrataciones, esta bonificación será, con carácter general, de 366 euros de la cuota empresarial total a la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 18 del RD-1 1/2023

En el caso en que la contratación de una persona trabajadora pudiera dar lugar simultáneamente a su inclusión en más de uno de los supuestos para los que están previstos bonificaciones en la cotización por las mismas contingencias, sólo será posible disfrutarlos respecto de uno de ellos, correspondiendo la opción a la persona empleadora en el momento de la solicitud del alta, o de la variación de datos, de la persona trabajadora.

A partir del 1 de enero de 2023 únicamente podrán asumir las citadas obligaciones las personas empleadoras, pudiendo acceder a los beneficios en la cotización aplicables en este Sistema Especial a partir de dicha fecha.

Nos centraremos a continuación en los incentivos económicos específicamente regulados para la contratación de trabajadores en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, cuya finalidad es fomentar la contratación regular de estos trabajadores (Cuadros Garrido et al. 2023, pp.264-267).

La disposición adicional primera del RD-1 16/2022 prevé los beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, considerando las condiciones de renta y patrimonio y las necesidades de cuidado de las familias (Cuadros Garrido et al. 2023, pp.55-56).

Se establece en su apartado 1 que las personas que tengan contratada o contraten bajo cualquier modalidad contractual a una persona trabajadora al servicio del hogar y le den de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, tendrán derecho a una reducción del 20 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en dicho régimen.

Además, tendrán derecho a una bonificación del 80 por ciento en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía Salarial en ese Sistema Especial.

Este apartado 1 de la disposición adicional primera del RD-1 16/2022 entró en vigor el día 1 de octubre de 2022, en virtud del apartado 3 de la disposición final séptima del RD-1 16/2022.

Según el apartado 4 de la disposición adicional primera del RD-1 16/2022, la reducción en la cotización del apartado 1 será financiada con aportaciones del Estado a los presupuestos de la Seguridad Social. Sin embargo, la bonificación del 80 por ciento en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al Fondo de Garantía

Salarial en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, prevista en el apartado 1, será financiada por el Servicio Público de Empleo Estatal y el Fondo de Garantía Salarial, cada uno en la parte que afecte a sus respectivas cotizaciones sociales.

El apartado 2 de esta disposición adicional prevé que, como alternativa a la reducción prevista en el párrafo primero del apartado 1 (reducción del 20 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes), las personas empleadoras que den de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a una persona trabajadora al servicio del hogar, a partir de la entrada en vigor de este apartado, tendrán derecho, durante toda la situación de alta en dicho régimen, a una bonificación del 45 por ciento o del 30 por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el mismo, cuando cumplan los requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia de la persona empleadora en los términos y condiciones que se fijen reglamentariamente.

Estas bonificaciones del apartado 2 exclusivamente serán aplicables respecto de una única persona empleada de hogar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social por cada persona empleadora. De modo que en el caso de que hubiese más de una persona empleada de hogar en alta en dicho Régimen por cada persona empleadora, la bonificación será aplicable únicamente respecto de aquella que aparezca en alta en primer lugar.

Conforme al apartado 4, segundo párrafo de la citada disposición adicional, las bonificaciones establecidas en el apartado 2 serán financiadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.

El apartado 2 y el párrafo segundo del apartado 4 producirán efectos cuando entre en vigor el desarrollo reglamentario previsto en los citados preceptos, en virtud del apartado 4 de la disposición final séptima del RD-1 16/2022 redactado por el apartado dos de la disposición final quinta del RD-1 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, en vigor desde el día 23 mayo de 2024.

El apartado 3 de la disposición adicional primera del RD-1 16/2022 señala como competencia del Servicio Público de Empleo Estatal la determinación del derecho a las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social a las que se refiere el apartado 2. El inicio del derecho a esta bonificación de cuotas se producirá a partir del mes en que el Servicio Público de Empleo Estatal comunique a la Tesorería General de la Seguridad Social los beneficiarios y el porcentaje que corresponda aplicar a cada uno de ellos. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para la determinación del derecho e intercambio de información, que se deberá realizar a través de procedimientos automatizados, entre las distintas administraciones públicas, entre las que se encontrarán las administraciones tributarias, incluidas las de régimen foral.

Será también el Servicio Público de Empleo Estatal quien efectúe el control de los requisitos y condiciones establecidos para la aplicación de estas bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, encargándose la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la vigilancia de su cumplimiento.

Este apartado 3 producirá efectos cuando entre en vigor el desarrollo reglamentario previsto en dicho precepto, conforme al apartado 4 de la disposición final séptima del RD-I 16/2022, redactado por el apartado dos de la disposición final quinta del RD-I 2/2024, en vigor desde el día 23 mayo de 2024.

El apartado 5 de la disposición adicional primera del RD-I 16/2022 permite la aplicación de otras deducciones y bonificaciones, indicando que respecto a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, también podrán resultar de aplicación las deducciones en la cotización a la Seguridad Social establecidas en el artículo 2.2 de la Ley 43/2006 (bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social por la contratación de personas con discapacidad ya mencionadas); en el RD-I 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento (derogado por la letra a) de la disposición derogatoria única del RD-I 1/2023), y en la disposición adicional segunda de 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 (derogada por la letra b) de la disposición derogatoria única del RD-I 1/2023), no resultándoles aplicables las exclusiones que pudieran establecerse para las relaciones laborales de carácter especial (Cuadros Garrido et al. 2023, pp.265-266).

La disposición adicional quinta del RD-I 16/2022 se refiere a la evaluación de la eficacia de las nuevas bonificaciones en la cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, correspondiendo al Gobierno analizar las nuevas bonificaciones en la cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, establecidas en la disposición adicional primera, a los dos años de la entrada en vigor de este RD-I (el 9 de septiembre de 2022 entró en vigor el RD-I 16/2022 en virtud del apartado 1 de la disposición final séptima), evaluando su eficacia y valorando la conveniencia de mantener los citados incentivos a la contratación.

Por último, la disposición transitoria tercera del RD-I 16/2022, redactada por el apartado uno de la disposición final quinta del RD-I 2/2024, en vigor desde el día 23 de mayo de 2024, sobre el mantenimiento de los beneficios por la contratación de cuidadores en familias numerosas, regula que las bonificaciones por la contratación de personas cuidadoras en familias numerosas que se estuvieran aplicando el 1 de abril de 2024, en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, así como las bonificaciones a que se tenga derecho por los contratos celebrados a partir de dicha fecha al amparo de lo establecido en la disposición adicional tercera bis del RD-I 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, mantendrán su vigencia hasta la fecha de efectos de la baja de las personas cuidadoras que den derecho a las mismas en el Régimen General de la Seguridad Social, aunque tales bonificaciones serán incompatibles con la reducción en la cotización establecida en el párrafo primero del apartado 1 de la disposición adicional primera del RD-I 16/2022, así como con las bonificaciones establecidas en el apartado 2 de dicha disposición adicional.

Hay que matizar que el artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, que señalaba: “La contratación de cuidadores en familias numerosas dará derecho a una bonificación del 45 por ciento de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador en las condiciones que legal o reglamentariamente se establezcan, siempre que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, definidos en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 2, ejerzan una

actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar. Cuando la familia numerosa ostente la categoría de especial, para la aplicación de este beneficio no será necesario que los dos progenitores desarrollen cualquier actividad retribuida fuera del hogar. En cualquier caso, el beneficio indicado en el primer párrafo de este artículo sólo será aplicable por la contratación de un único cuidador por cada unidad familiar que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa”; fue derogado, desde el 1 de abril de 2023, por la letra b) de la disposición derogatoria única del RD-I 16/2022, tal y como disponía el apartado 4 de su disposición final séptima en su redacción originaria. Esta redacción originaria fue modificada por el apartado uno de la disposición final undécima de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, estableciendo como nueva fecha de derogación el 1 de abril de 2024.

Por lo que respecta a la disposición adicional tercera bis del RD-I 1/2023, hay que considerar que fue introducida por el apartado tres de la disposición final sexta del RD-I 2/2024, estando en vigor desde el día 23 de mayo de 2024, señalando en su apartado 1: “Con efectos a partir del 1 de abril de 2024, y hasta tanto no se produzca el desarrollo reglamentario previsto en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera del RD-I 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, la contratación de personas cuidadoras en familias numerosas dará derecho a una bonificación del 45 por ciento de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador en las condiciones previstas en los apartados siguientes, siempre que el sujeto responsable del ingreso de las cuotas de la Seguridad Social se encuentre en situación de alta, o en situación asimilada a la de alta, con obligación de ingreso de cuotas de la Seguridad Social y tenga reconocida la condición de familia numerosa en el momento de la contratación de la persona empleada de hogar. (...) En cualquier caso, el beneficio indicado en el primer párrafo de esta disposición sólo será aplicable por la contratación de una única persona cuidadora por cada sujeto responsable del ingreso de cuotas que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa”.

Las modificaciones citadas que las disposiciones finales quinta y sexta del RD-I 2/2024 realizan en el RD-I 16/2022 y en el RD-I 1/2023 pretenden mantener los beneficios por la contratación de personas cuidadoras en familias numerosa de forma transitoria hasta el desarrollo del nuevo reglamento necesario para la aplicación de la bonificación alternativa prevista en la disposición adicional primera del RD-I 16/2022 (Iberley 2024).

La regulación actual de bonificaciones y reducciones para las contrataciones en el Sistema Especial para Empleados de Hogar prevista en el RD-I 16/2022 es el fruto de diversas modificaciones normativas de la regulación inicial (Iberley 2023)(Iberley 2024).

Las bonificaciones y reducciones en las cuotas de seguridad social de los trabajadores domésticos analizadas resultan insuficientes para hacer frente a los gastos cada vez mayores que suponen para sus empleadores, que no obtienen un lucro derivado del trabajo doméstico y que, en ocasiones, carecen de suficiente capacidad económica para ello, razones por las que sigue siendo elevada la economía sumergida en este sector.

Sería deseable que se regularan más incentivos económicos, bonificaciones, reducciones, deducciones, subvenciones y ayudas públicas para la contratación de empleados de hogar, y no sólo en el ámbito de la seguridad social, sino también en el área fiscal, con el objetivo de evitar la contratación informal y la consiguiente falta

de protección social y laboral de estos trabajadores. No hay que olvidar que recurrir a los empleados de hogar es la única solución posible para muchas personas y familias debido a sus circunstancias personales, familiares y/o laborales, teniendo en cuenta que los servicios públicos son escasos y que no satisfacen esta necesidad, en ocasiones imprescindible. El empleo doméstico constituye, por lo tanto, un instrumento esencial de conciliación y de igualdad (Cuadros Garrido et al. 2023, pp. 292-295).

4. SUBVENCIONES AUTONÓMICAS PARA LA CONTRATACIÓN DE EMPLEADOS DE HOGAR

Ante la situación descrita, en algunas comunidades autónomas se han regulado ayudas y subvenciones para la contratación de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, con el fin de posibilitar la conciliación de sus empleadores. A continuación, se hará referencia a tres medidas adoptadas en Andalucía, Madrid y Euskadi.

4.1. Andalucía: Subvenciones a la contratación de personas desempleadas para la atención y el cuidado de personas con discapacidad o dependencia en el ámbito familiar y para el cuidado o atención de hijos o hijas menores de 3 años

En la Comunidad Autónoma de Andalucía es la Orden de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, de 5 de octubre de 2020, la que aprueba las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía (BOJA núm. 197, de 9 de octubre de 2020). En su artículo único se aprueban las bases reguladoras en régimen de concurrencia no competitiva de unas líneas de subvenciones dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, señalando que será parte integrante de estas bases reguladoras el texto articulado de la Orden de 20 de diciembre de 2019, por la que se aprueban las bases reguladoras tipo y los formularios tipo de la Administración de la Junta de Andalucía para la concesión de Subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva (BOJA núm. 249, de 30 de diciembre de 2019), y los correspondientes Cuadros Resumen relativos a cada línea de incentivos. Analizaremos las líneas 2 y 3 a partir de los Cuadros Resumen.

Línea 2. Subvenciones dirigidas a la contratación de personas desempleadas para la atención y el cuidado de personas con discapacidad o dependencia en el ámbito familiar.

Estas subvenciones tienen por objeto reducir las desigualdades existentes en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres, motivadas por situaciones vinculadas al ámbito familiar que dificultan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como la creación de empleo y la mejora de la integración de las personas trabajadoras dedicadas a la actividad en el servicio del hogar (artículo 1).

Según los artículos 1 y 17, los conceptos subvencionables son: la contratación que se formalice con personas desempleadas no ocupadas e inscritas como tales en el Servicio Andaluz de Empleo, en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social, para prestar servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar para el cuidado y atención de algún miembro de la familia hasta el grado de parentesco previsto en el apartado 4.a).2º, que tenga reconocido, al menos, un 75 por ciento de grado de discapacidad o se encuentre en situación de dependencia, y que requiera atención continuada para realizar las actividades básicas de la vida diaria; y el mantenimiento de la contratación de la persona contratada para el cuidado y atención, una vez transcurrido el periodo mínimo establecido para la contratación. No serán subvencionables los contratos

celebrados a jornada parcial, cuya duración sea inferior a las veinte horas semanales de trabajo efectivo.

En virtud del artículo 3, podrá ser beneficiaria de la subvención la persona integrante de la unidad familiar que contrata y que figura como titular del hogar familiar en el documento de cotización a la Seguridad Social de la persona contratada para el cuidado de la persona dependiente. A los efectos de estas subvenciones, tendrá la consideración de persona destinataria, la persona con discapacidad, o en situación de dependencia, que requiere la atención y cuidado. Los solicitantes, con carácter particular, deben reunir los siguientes requisitos específicos: a) Entre la persona solicitante y la persona destinataria debe existir un vínculo de parentesco de primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad. b) Los cónyuges, los miembros de la pareja de hecho o aquellas personas que convivan en situación análoga, que formen parte de la unidad familiar, deberán ejercer una actividad retribuida por cuenta ajena y a jornada completa o por cuenta propia como personas trabajadoras autónomas. c) La persona beneficiaria y la persona destinataria deberán residir de forma efectiva en un municipio de Andalucía y figurar empadronadas en el mismo domicilio. d) La persona destinataria debe tener reconocida una discapacidad de, al menos, el 75%, o encontrarse en situación de dependencia, en cualquier caso, con una pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, por la que necesariamente requiere de ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Asimismo, no deberá estar ingresada en un centro residencial o ser usuaria de un centro de día, ni ser beneficiaria de ayudas al amparo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. e) Para la obtención de la subvención los ingresos de la unidad familiar, incluidos, en su caso, los de la persona destinataria, no deben superar en cómputo anual los siguientes límites: - Familias de dos miembros: 3 veces el Salario Mínimo Interprofesional (en adelante, SMI). - Familias de tres miembros: 4.5 veces el SMI. - A partir del tercer miembro, se añadirá el valor equivalente a 1 SMI por cada nuevo miembro de la unidad familiar. El procedimiento a seguir para el cálculo de estos límites se establecerá en la correspondiente convocatoria. Los requisitos deben mantenerse desde la fecha de solicitud de la subvención hasta la finalización del periodo de contratación subvencionable.

La cuantía se prevé en el artículo 4: 1. La subvención a la contratación consistirá en un incentivo a tanto alzado de tres mil euros (3.000€) por cada contrato laboral formalizado a jornada completa, con personas desempleadas no ocupadas e inscritas como tales en el Servicio Andaluz de Empleo, con un periodo mínimo de mantenimiento de la contratación de doce meses. Cuando los ingresos de la unidad familiar, incluidos en su caso los de la persona destinataria, no superen en cómputo anual 2 veces el SMI la cuantía del incentivo será de cuatro mil euros (4.000€) 2. Una vez transcurrido este periodo mínimo, se podrá subvencionar el mantenimiento de la contratación durante un periodo de, al menos, doce meses más. La subvención para el mantenimiento de la contratación de la persona trabajadora empleada de hogar consistirá en un incentivo de mil quinientos euros (1.500€) por cada periodo mínimo de doce meses a jornada completa. Para cada unidad familiar y por persona destinataria de los servicios de atención y cuidado, podrá concederse una única subvención por contratación. Para el mantenimiento, cada unidad familiar y por persona destinataria, podrá solicitar la subvención por convocatoria y hasta un máximo de 2 convocatorias consecutivas, hasta cubrir un periodo total de veinticuatro meses de mantenimiento. 3. Los importes señalados en los apartados anteriores se reducirán proporcionalmente a la jornada de trabajo cuando la contratación sea a tiempo parcial, que no deberá ser inferior a veinte horas semanales de trabajo efectivo. Las contrataciones deberán haberse realizado en el periodo que se establezca en la correspondiente convocatoria.

La información relativa a esta subvención y al procedimiento a seguir para su solicitud y trámite aparece recogida en una página web de la Junta de Andalucía (Junta de Andalucía 2024a).

Línea 3. Subvenciones dirigidas a la contratación de personas desempleadas para el cuidado o atención de hijos o hijas menores de 3 años.

Estas subvenciones tienen por objeto facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras andaluzas con hijos e hijas menores de tres años a cargo, y promover la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, así como la creación de empleo para las personas dedicadas a la actividad en el servicio del hogar en Andalucía (artículo 1).

Se subvenciona la contratación que se realice con personas desempleadas no ocupadas e inscritas como tales en el Servicio Andaluz de Empleo, en el Sistema Especial de Empleados de Hogar de la Seguridad Social para prestar servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar para el cuidado y atención de hijos o de hijas menores de tres años por nacimiento o adopción, tutela o guarda con fines de adopción, o acogimiento permanente de la persona menor de edad.

El periodo subvencionable abarcará desde el día siguiente a la finalización de los permisos por maternidad y/o paternidad, por el nacimiento o constitución de la adopción, o por acogimiento o tutela del hijo o hija para cuyo cuidado se contrata a la persona cuidadora, y de conformidad con lo establecido en el apartado 1.d) del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y hasta el día anterior al que cumpla tres años.

A los solos efectos del seguimiento de estas subvenciones y, en su caso, posible reintegro de las mismas, el período mínimo de duración del contrato subvencionado será de doce meses ininterrumpidos, dentro del periodo establecido como subvencionable. No serán subvencionables los contratos celebrados a jornada parcial cuya duración sea inferior a veinte horas semanales de trabajo efectivo (artículos 1 y 17).

Podrán solicitar las subvenciones las personas integrantes de la unidad familiar que tengan a su cargo hijos o hijas menores de tres años por nacimiento o adopción, tutela o guarda con fines de adopción, o acogimiento permanente, que figuren como empleadora y titular del hogar familiar en el documento de cotización a la Seguridad Social de la persona empleada de hogar contratada. A los efectos de estas subvenciones, tendrá la consideración de persona destinataria de las mismas, el hijo o la hija menor de tres años que requiere la atención y cuidado. Los solicitantes con carácter particular deben reunir los siguientes requisitos: a) La persona beneficiaria y el hijo o la hija menor de tres años, deberán residir de forma efectiva en un municipio de Andalucía y figurar empadronadas en el mismo domicilio, durante la duración de la actuación subvencionable. Asimismo, se deberá acreditar la relación de filiación, de adopción, tutela o guarda con fines de adopción o acogimiento permanente entre la persona solicitante de la ayuda y el hijo o hija para cuyo cuidado se solicita la subvención. b) Las personas progenitoras o asimiladas integrantes de la unidad familiar deberán ejercer una actividad retribuida por cuenta ajena y a jornada completa, de acuerdo con el convenio colectivo que le resulte de aplicación. En su defecto, se entenderá la jornada máxima legal. No obstante, en caso de que convivan los dos progenitores y uno de ellos tenga un contrato a jornada parcial, o ésta sea consecuencia de una reducción de jornada, se entenderá cumplido el requisito siempre y cuando la jornada laboral parcial de este progenitor, sea igual o superior al de la persona contratada en el servicio de hogar. c) Ninguna de las personas progenitoras integrantes de la unidad familiar podrá encontrarse en situación de suspensión del contrato

de trabajo por nacimiento y cuidado de persona menor. d) La persona destinataria no debe estar escolarizada en centros de atención socioeducativa (0-3 años). e) Para la obtención de la subvención los ingresos de la unidad familiar, no deben superar en cómputo anual unos límites, que coinciden con los previstos para la Línea 2 anteriormente analizada. El procedimiento a seguir para el cálculo de estos límites se establecerá en la correspondiente convocatoria. Deben mantenerse los requisitos desde la fecha de solicitud de la subvención hasta la finalización del periodo de contratación subvencionable (artículo 3).

La subvención consistirá en un incentivo a tanto alzado de tres mil euros (3.000€) por cada contrato laboral formalizado a jornada completa, con personas desempleadas no ocupadas e inscritas como tales en el Servicio Andaluz de Empleo, con un periodo mínimo de mantenimiento de la contratación de doce meses. Cuando los ingresos de la unidad familiar no superen en cómputo anual 2 veces el SMI la cuantía del incentivo será de cuatro mil euros (4.000€). Los importes señalados en los apartados anteriores se reducirán proporcionalmente a la jornada de trabajo cuando la contratación sea a tiempo parcial, que no deberá ser inferior a veinte horas semanales de trabajo efectivo. Para cada unidad familiar y por persona destinataria de los servicios de atención y cuidado, podrá concederse una subvención y por una sola vez (artículo 4).

La información relativa a esta subvención y al procedimiento a seguir para su solicitud y trámite aparece recogida en una página web de la Junta de Andalucía (Junta de Andalucía 2024b).

La regulación de ambas líneas de subvención es paralela, con ciertas peculiaridades.

La Resolución de 11 de junio de 2021, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, efectúa la convocatoria para el ejercicio 2021, de las subvenciones reguladas en la Orden de 5 de octubre de 2020 (BOJA núm. 123, de 29 de junio de 2021).

4.2. Madrid: Subvenciones del programa de incentivos a la contratación de personas empleadas de hogar para la conciliación de la vida familiar y laboral

El Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 24 de mayo de 2023, aprueba las normas reguladoras y establece el procedimiento de concesión directa de subvenciones del programa de incentivos a la contratación de personas empleadas de hogar para la conciliación de la vida familiar y laboral (BOCM núm. 135, de 8 de junio de 2023)(Comunidad de Madrid 2024).

Según el artículo 1, las ayudas reguladas en este acuerdo tienen por objeto fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras en el ámbito de la Comunidad de Madrid, a través del establecimiento de incentivos a la contratación de personas empleadas de hogar para el cuidado de hijos menores de 12 años o menores de 18 años con discapacidad, así como de otros familiares con discapacidad o dependientes a cargo del interesado, que convivan en el mismo domicilio.

Respecto a las personas beneficiarias, podrá acogerse a estas ayudas la persona titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos, que contrate a una persona empleada de hogar para el cuidado de hijos o familiares, en los términos establecidos en el presente acuerdo (artículo 2).

Será subvencionable la contratación de personas trabajadoras para el desempeño de una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar cuya finalidad principal sea atender las necesidades de cuidado o atención, en el ámbito doméstico, de alguna de las siguientes personas que convivan con el titular del hogar familiar y que

estén a su cargo o cuidado directo: a) Hijos menores de 12 años o, en su caso, menores de 18 años con discapacidad, ya lo sean por naturaleza o adopción o en régimen de tutela o acogimiento familiar. b) Otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con discapacidad igual o superior al 50 por 100 o en situación de dependencia. Se subvencionarán los costes laborales derivados de la relación laboral con la persona empleada de hogar durante el período subvencionable (del 1 de enero al 31 de diciembre de 2023), ya se trate de una contratación efectuada durante el citado período o con anterioridad al mismo, siempre que haya sido realizada con la finalidad señalada en el apartado anterior y se cumplan los requisitos establecidos en este acuerdo (artículo 4).

Los requisitos de la contratación de la persona empleada de hogar están contemplados en el artículo 5: la relación laboral que se formalice será de carácter especial del servicio del hogar familiar; el contrato deberá formalizarse por escrito y el titular del hogar familiar deberá dar de alta en la Seguridad Social a la persona empleada de hogar; sólo serán subvencionables aquellas contrataciones que hayan tenido, dentro del período subvencionable (del 1 de enero al 31 de diciembre del año natural anterior a la presentación de la solicitud), un período mínimo, aun de forma discontinua, de mantenimiento de la relación laboral y del alta en la Seguridad Social de 58 días naturales; la persona empleada de hogar deberá desarrollar su labor en el domicilio de la persona beneficiaria situado en la Comunidad de Madrid; su finalidad principal ha de ser el cuidado o atención, en el ámbito doméstico, de los hijos o familiares, que convivan con el titular del hogar familiar y que estén a su cargo o cuidado directo.

El artículo 6 dispone unos requisitos de la persona titular del hogar familiar y cónyuge o pareja de hecho, destacando:

1. La persona titular del hogar familiar deberá, durante el período subvencionable, residir de forma efectiva y figurar empadronada en el mismo domicilio que el hijo o familiar para cuyo cuidado se contrata a la persona empleada de hogar, que habrá de estar radicado en cualquier municipio de la Comunidad de Madrid.
2. En el supuesto de contratación de la persona empleada de hogar para el cuidado de hijos menores de 12 años o menores de 18 con discapacidad, la persona o personas progenitoras deberán ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena con una jornada a tiempo completo durante el período subvencionable, salvo en los siguientes casos: a) Cuando la persona progenitora tenga una discapacidad igual o superior al 33%, no se exigirá actividad retribuida para la misma. b) En el supuesto de familia monoparental, la persona progenitora podrá ejercer una actividad con una jornada a tiempo parcial o estar en situación de reducción de jornada de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior. c) En el supuesto de familia numerosa, en cuyo caso una de las personas progenitoras podrá ejercer una actividad con una jornada a tiempo parcial o estar en situación de reducción de jornada de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el punto a).
3. En el supuesto de contratación de la persona empleada de hogar para el cuidado de otros familiares con discapacidad igual o superior al 50% o en situación de dependencia, será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2. En este caso, la exigencia del requisito del ejercicio de una actividad retribuida por cuenta propia o ajena a tiempo completo se entenderá referida a la persona titular del hogar familiar y a su cónyuge no separado o pareja de hecho con la que conviva.
4. Ninguna de las personas progenitoras que convivan con el menor podrá encontrarse en situación de permiso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, durante el período subvencionable.

5. La persona titular del hogar familiar, así como los cónyuges no separados o parejas de hecho, no podrán encontrarse en situación de excedencia o en situación de reducción de jornada para el cuidado de hijo o familiar, durante el periodo subvencionable, sin perjuicio de las excepciones establecidas en el apartado 2.
6. No será exigible el requisito de actividad retribuida de la otra persona progenitora, cónyuge o pareja de hecho, en los casos en que se acredite una situación de fallecimiento, separación, divorcio, nulidad o cancelación registral, en su caso, producidos entre el 31 de diciembre del periodo subvencionable y la fecha de presentación de la solicitud de la ayuda.

El artículo 7, sobre la renta familiar, señala que la renta per cápita de la unidad familiar no podrá ser igual o superior al límite de 30.000 euros.

Los criterios de cálculo de la cuantía de la subvención se contienen en el artículo 9.

4.3. Euskadi: Ayudas a la conciliación de la vida familiar y laboral para la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijas e hijos menores de 14 años

El Decreto 102/2022, de 7 de septiembre, de ayudas a la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijas e hijos menores de 14 años de edad (BOPV núm. 179, de 19 de septiembre de 2022) (Gobierno Vasco 2024) subvenciona la contratación de personas dadas de alta en el Sistema Especial para Empleados de Hogar integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, para el cuidado de hijas o de hijos menores de 14 años, desde el 1 de julio de 2021. Se subvencionarán las cuotas ingresadas por la persona empleadora al Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social a la fecha de presentación de la solicitud. La contratación deberá haber tenido una duración mínima de 59 días naturales que pueden ser discontinuos. No serán subvencionables las contrataciones simultáneas de varias personas cuidadoras. En dicho supuesto, solo será subvencionable una de las contrataciones. Al efecto, la persona solicitante deberá determinar la contratación para la que solicita la ayuda. En ningún caso se subvencionará la contratación del cónyuge o pareja de hecho de la persona solicitante (artículo 3).

Conforme al artículo 5, para la determinación de la cuantía de la ayuda se tomará como base las cuotas ingresadas por la persona empleadora al Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social por la contratación de cuidadoras o cuidadores de las hijas o hijos menores, comprendiendo tanto la cuota a cargo de la persona empleadora como la cuota a cargo de la persona empleada. Sobre la citada base se aplicará un porcentaje determinado en función de la renta familiar estandarizada, renta para cuyo cálculo se tendrán en cuenta, con el alcance que les atribuye el Decreto 154/2012, de 24 de julio, sobre el sistema de estandarización de la renta familiar en el marco de las políticas de familia, la composición de la unidad familiar, el nivel de renta familiar, y el coeficiente de equivalencia correspondiente a la unidad familiar, y así: a) A una renta familiar estandarizada que resulte igual o inferior a 20.000 euros se le subvencionará el 100 % de la cantidad que la persona empleadora abona al Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social por la contratación de la persona cuidadora. b) A una renta familiar estandarizada superior a 20.000 e igual o inferior a 50.000 euros se le subvencionará el 75 % de la cantidad que la persona empleadora abona al Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social por la contratación de la persona cuidadora. c) A una renta familiar estandarizada que resulte superior a 50.000 euros se le subvencionará el 25 % de la cantidad que la persona empleadora abona al

Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social por la contratación de la persona cuidadora. Cuando las condiciones de acceso a la ayuda se cumplan por períodos inferiores al mes, la cuantía de la ayuda se determinará de forma proporcional. En ese caso, la referencia del mes se tomará siempre considerando un mes de 30 días.

El artículo 7 se refiere a las personas beneficiarias: Podrá acceder a la condición de beneficiaria de la ayuda la persona progenitora integrante de la unidad familiar que cumpla los siguientes requisitos: 1. Figure como titular del hogar familiar en el documento de cotización a la Seguridad Social de la persona empleada de hogar contratada para el cuidado de la hija o del hijo. 2. Resida, y figure en el padrón de cualquier municipio de la Comunidad Autónoma de Euskadi junto con la hija o el hijo para cuyo cuidado se contrata a la persona cuidadora, durante el desarrollo de la actuación subvencionable y en el momento de presentar la solicitud. Se excepciona la exigencia de empadronamiento conjunto con el hijo o la hija en aquellos supuestos de guarda y custodia compartida establecida en resolución judicial, en los que la persona menor deberá estar empadronada con cualquiera de las personas que tengan atribuida su guarda y custodia. 3.—Haya estado empadronada en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma de Euskadi de forma continuada en el año anterior a la presentación de la solicitud, o durante 5 años continuados dentro de los 10 inmediatamente anteriores. 4. La persona o personas progenitoras integrantes de la unidad familia deben ejercer una actividad retribuida por cuenta ajena o propia, o tener reconocida una incapacidad permanente absoluta, total para trabajar o gran invalidez. 5. La persona o personas progenitoras integrantes de la unidad familiar deben tener una jornada laboral cuya duración se corresponda a la jornada completa del sector en el que ejerza su actividad. Dicho requisito queda excepcionado en los siguientes casos: Familias monoparentales; familias numerosas; unidades familiares con alguna persona miembro en situación de dependencia severa, gran dependencia, o discapacidad superior al 50 %; unidades familiares con alguna persona miembro víctima de violencia de género. En los supuestos relacionados se admitirá que una de las personas progenitoras se encuentre en situación de reducción de jornada de trabajo o en una contratación parcial, en ambos casos trabajando en una jornada igual o superior al 50 % respecto a una jornada completa del sector en el que ejerza la actividad. 6. Ninguna de las personas progenitoras integrantes de la unidad familiar pueden encontrarse en situación de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de persona menor en el marco de la normativa de la Seguridad Social, ni afectada por un expediente de regulación de empleo total o parcial.

5. CONCLUSIONES

En primer lugar, hay que afirmar que las tareas domésticas y de cuidado de los hijos y de personas dependientes han estado tradicionalmente feminizadas, por ello, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y la corresponsabilidad resultan esenciales tras la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

En segundo lugar, tenemos que matizar que en España, a pesar de los progresos alcanzados en materia de conciliación y de igualdad de trato, las tareas domésticas y de cuidado siguen siendo desempeñadas habitualmente por la mujer, no existiendo corresponsabilidad ni concienciación social al respecto, con las consecuencias negativas laborales y de seguridad social derivadas de ello (obstáculos en el acceso, permanencia y reincorporación al mercado de trabajo y en la promoción profesional y la brecha de género de salarios y pensiones).

En tercer lugar, hay que prestar atención al factor del envejecimiento de la población y del incremento de la esperanza de vida, con el consiguiente aumento de la necesidad de servicios de asistencia y de cuidado.

En cuarto lugar, tenemos que destacar que, en nuestro país, como consecuencia de la falta de conciliación y de corresponsabilidad, y ante la insuficiencia de las políticas públicas, se ha generalizado la externalización de las labores domésticas y de cuidado que las mujeres no pueden seguir desempeñando por ser incompatibles con su trabajo, delegándolas en los trabajadores domésticos, de modo que el trabajo doméstico constituye un instrumento fundamental de conciliación y de igualdad.

En quinto lugar, hay que señalar que la nueva regulación del trabajo al servicio del hogar familiar, que se está efectuando en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de equiparar a los trabajadores domésticos con las demás personas trabajadoras por cuenta ajena, supone el aumento de los costes laborales y de seguridad social que los empleadores, que no son empresarios económicos, tienen que afrontar, y que no todos los empleadores gozan de la capacidad económica suficiente para ello, recurriendo a la economía sumergida.

En sexto lugar, consideramos que, ante esta realidad, los poderes públicos deben intervenir para que las tareas domésticas y de cuidado sean debidamente valoradas por la sociedad, asegurando que su desarrollo se efectúe en unas condiciones dignas como exigencia de la igualdad y de la no discriminación por razón de sexo, lo que beneficiará a las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar y a los trabajadores en general, fomentando la conciliación y la corresponsabilidad.

En séptimo lugar, tras el análisis de los beneficios en la cotización aplicables en el Sistema Especial para Empleados de Hogar previstos en la disposición adicional primera del RD-I 16/2022, concluimos que resultan insuficientes, por lo que es necesario establecer más incentivos económicos, bonificaciones, reducciones, deducciones, subvenciones y ayudas públicas para la contratación de empleados de hogar, y no sólo en el ámbito de la seguridad social, sino también en el área fiscal, valorando positivamente las ayudas y subvenciones para la contratación de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar implementadas por algunas comunidades autónomas, entre ellas, Andalucía, Madrid y Euskadi.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alonso, N., Trillo, D. y Vicent, L. 2024. The Domestic Work Sector in the European Union: Quantification, Evolution and Policies to Combat Precariousness. *Multidisciplinary Journal of Gender Studies* 13(1), pp. 1-21. doi: 10.17583/generos.12699.

Ayala del Pino, C. 2019. Extinción del contrato de trabajo de los empleados del hogar en España. *Thémis* (75), pp. 43-62. Disponible en: <https://go.exlibris.link/qP7bZsX5>.

Ayala del Pino, C. 2023. Conciliación de la empleada del hogar: inexistente e invisible. *Anuario jurídico y económico escurialense* (56), pp. 73-93. doi: 10.54571/ajee.545.

Ayala del Pino, C. 2024. Derechos colectivos de las empleadas del hogar. *Anuario jurídico y económico escurialense* (57), pp. 221-243. doi: 10.54571/ajee.606.

Comunidad de Madrid. 2024. *Contratación personas empleadas de hogar-Programa de incentivos a la contratación de personas empleadas de hogar para la conciliación de la vida familiar y laboral*

(2024). Disponible en: <https://sede.comunidad.madrid/ayudas-becas-subvenciones/contratacion-personas-empleadas-hogar-0> [Consultado: 13 septiembre 2024].

Consejo de la Unión Europea. 2024. *Conciliación entre vida familiar y profesional para progenitores y cuidadores*. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/work-life-balance/> [Consultado: 13 septiembre 2024].

Cuadros Garrido, M.E., Selma Penalva, A. y Fernández Orrico, F.J. 2023. *El nuevo régimen jurídico de las empleadas del hogar*. A Coruña: Colex. Disponible en: <https://go.exlibris.link/d6KHR0GB>.

Díaz Gorfinkiel, M. 2019. La conciliación en la encrucijada: vida laboral y familiar de empleadas y empleadoras de hogar. *Lex social* 9, núm. 2, pp. 198-211. Disponible en: <https://go.exlibris.link/xcyfDw2>.

Gobierno Vasco. 2024. *Ayudas a la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijas e hijos menores de 14 años*. Disponible en: https://www.euskadi.eus/ayuda_subvencion/conciliacion-familiar-laboral-contratacion-personas-trabajadoras-cuidado-hijos/web01-tramite/es/ [Consultado: 13 septiembre 2024].

Iberley Colex. 2023. *Esquema con las nuevas bonificaciones y reducciones para la contratación en el Régimen Especial para Empleados de Hogar (adaptado Ley 11/2023, de 8 de mayo)*. Disponible en: <https://www.iberley.es/revista/esquema-nuevas-bonificaciones-reducciones-contratacion-regimen-especial-empleados-hogar-697> [Consultado: 13 septiembre 2024].

Iberley Colex. 2024. *Cotización en el Régimen Especial de Empleados de Hogar año 2024*. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/cotizacion-regimen-especial-empleados-hogar-ano-2024-591> [Consultado: 13 septiembre 2024].

Junta de Andalucía. 2024a. *Subvenciones a la contratación de personas desempleadas para la atención y el cuidado de personas con discapacidad o dependencia en el ámbito familiar*. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/sede/tramites/procedimientos/detalle/24308.html> [Consultado: 13 septiembre 2024].

Junta de Andalucía. 2024b. *Subvenciones dirigidas a la contratación de personas desempleadas para el cuidado o atención de hijos o hijas menores de 3 años*. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/sede/tramites/procedimientos/detalle/24309.html> [Consultado: 13 septiembre 2024].

De la Flor Fernández, M.L. 2023. La Directiva sobre conciliación y su transposición en España. *Temas Laborales* núm. 168, pp. 37-66. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/11720>.

López Álvarez, M.J. 2022. La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género* 7(2), pp. 64-85. doi: 10.20318/femeris.2022.6943.

Ministerio de Inclusión Seguridad Social y Migraciones. 2024. *Bases y tipos de cotización 2024. Sistema Especial para Empleados de Hogar*. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/36537/36556#36556> [Consultado: 13 septiembre 2024].

Rodríguez Copé, M.L. 2019. Conciliación y trabajo doméstico: un reto para las políticas socio-laborales del siglo XXI. El decisivo papel de los tribunales de justicia. *Lex Social; Revista De Derechos Sociales* 9, núm. 2. Disponible en: <https://go.exlibris.link/IR0wrGmN>.

Tesorería General de la Seguridad Social. 2024. *Beneficios en la Cotización de la Seguridad Social y otras peculiaridades de cotización*. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/36537/36556#36556> [Consultado: 13 septiembre 2024].

DEL CALENDARIO LABORAL AL PATRÓN DE TRABAJO PREVISIBLE E IMPREVISIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA*

*Titular (acreditada a cátedra en 2022) de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UPV/EHU*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4878-3983>

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EQUIPARACIÓN ENTRE EMPRESAS CON CALENDARIO LABORAL Y “PREVISIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO”: LA PROGRESIVA LASITUD DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CALENDARIO LABORAL
3. LAS DEFINICIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152 RELATIVAS AL TIEMPO DE TRABAJO, Y SU PREVISTA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL
4. EL PROYECTADO “NUEVO” DERECHO A LA PREVISIBILIDAD DEL ART. 4.2 H) ET
5. CONCLUSIONES

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación MINECO “La Negociación Colectiva Como Instrumento De Gestión Anticipada Del Cambio Social, Tecnológico, Ecológico y Empresarial” (Cruz Villalón, J./ Rodríguez Ramos, P.), Ref. PID2021-122537NB-I00; y en el Grupo de Investigación consolidado del Sistema Universitario Vasco “Un nuevo modelo de Gobernanza empresarial sostenible en la era de la internacionalización y la digitalización” (Álvarez rRubio, J.J.), ref. IT1630-22.

EXTRACTO

El trabajo aborda la evolución de la imprevisibilidad en el ordenamiento jurídico español a lo largo de las últimas décadas, hasta llegar a la transposición al Derecho español, del contenido de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles. Las conclusiones principales que se alcanzan se apoyan en tres pilares. Por una parte, la imprevisibilidad sobre del tiempo de trabajo ha crecido tanto que la Directiva de 2019 regula un contenido mínimo de garantías para afrontarla. La pérdida de la regulación sustancial relativa al calendario laboral en el ordenamiento español es una de las pruebas que sustenta esa afirmación. Por otra parte, la proliferación de contratos de trabajo de fijos-discontinuos, fruto de la reforma de la legislación jurídico-laboral de 2021, está convirtiendo a muchos trabajadores en trabajadores con un patrón de trabajo más imprevisible que el que tendrían de ser trabajadores continuos. Nos referimos, sobre todo, a aquéllos que responden a actividades ciertas, pero con periodos de actividad indeterminados y, por ello, muy dependientes del llamamiento unilateral de la empresa; aunque también a aquellos que, por el fracaso de la negociación colectiva, no dispongan de los criterios objetivos y formales que les permita conocer cómo se regirán los llamamientos. Sin embargo, y por último, la transposición española de la Directiva omite modificar la regulación de esos trabajadores en consonancia con la norma comunitaria, pasando por alto el posible alto grado de variabilidad de su tiempo de trabajo. La dudosa recta transposición de una noción transversal de la Directiva como es la del concepto de “patrón de trabajo” aplicada a la acepción de previsibilidad habría propiciado este resultado. Con todo, la proyectada recepción del nuevo derecho a la previsibilidad mínima de toda persona trabajadora, que se alojaría en el art. 4.2 h) ET, y las medidas adoptadas para dotarle de eficacia, podrían actuar de contrapeso a la conclusión anterior; aunque no por ello se dejen de prospectar algunos conflictos jurídicos entre ciertas modalidades de trabajo fijo-discontinuo y las obligaciones y derechos que reconocen la Directiva.

ABSTRACT

The paper addresses the evolution of unpredictability in the Spanish legal system over the last decades, up to the transposition into Spanish law of the content of Directive (EU) 2019/1152 on transparent and predictable working conditions. The main conclusions reached are based on three pillars. On the one hand, the unpredictability of working time has grown so much that the 2019 Directive regulates a minimum content of guarantees to deal with it. The loss of substantial regulation regarding the working calendar in the Spanish legal system is one of the proofs that support this assertion. On the other hand, the proliferation of permanent-discontinuous employment contracts, as a result of the 2021 labour law reform, is turning many workers into workers with a more unpredictable work pattern than they would have if they were continuous workers. We are referring, above all, to those who respond to certain activities but with indeterminate periods of activity and, therefore, very dependent on the unilateral call-up of the company; although also to those who, due to the failure of collective bargaining, do not have the objective and formal criteria that allow them to know how the call-ups will be governed. However, and finally, the Spanish transposition of the Directive omits to modify the regulation of these workers in line with the Community standard, overlooking the possible high degree of variability of their working time. The dubious transposition of a transversal notion of the Directive, such as the concept of "working pattern", would have led to this result. However, the planned reception of the new right to minimum foreseeability for all workers, which would be enshrined in Art. 4.2 h) ET, and the measures adopted to make it effective, could act as a counterweight to the above conclusion.

PALABRAS CLAVE: imprevisibilidad; tiempo de trabajo; garantías; calendario laboral: trabajadores fijos-discontinuos

KEY-WORDS: unpredictability; working time; guarantees; working timetable: permanent-discontinuous workers

1. INTRODUCCIÓN

El factor tiempo aplicado a la jornada laboral resulta especialmente sensible a los cambios económico-sociales y a sus repercusiones jurídicas. En etapas de expansión económica, por ejemplo, se tiende a recurrir a los contratos de duración indefinida e, incluso, la apropiación del tiempo de trabajo del trabajador se prolonga a través del mecanismo de las horas extraordinarias. En el ámbito de la conocida como “flexibilidad interna” (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, reducción de jornada...) los intereses empresariales reclamarán también la mayor flexibilidad posible para adaptarse a las fluctuaciones del mercado de trabajo¹.

La normativa jurídico-laboral de la UE que va a ser analizada en las páginas siguientes, la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, con estar relacionada con el tiempo de trabajo, no se enfrenta únicamente a las jornadas alargadas que se prestan para la misma persona empleadora –con una única relación laboral-, cuanto que permite que esas jornadas se eternicen por que las personas ofrezcan servicios para varias empresas, alcanzando, incluso el descanso entre jornadas, o el descanso semanal. A ello se añade que la legislación española, que también acometeremos, no aplica la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en el sentido de garantizar el descanso a cada trabajador, en sí mismo considerado, sino que actúa sobre cada relación laboral². Por eso, profundizar en un derecho nuevo, por lo menos en una novedosa enunciación, cual es el derecho a la previsibilidad del tiempo de trabajo, va a ser una de las claves de este estudio³.

Coincidimos con el Comité Económico y Social Europeo⁴ en que la flexibilidad inherente a las nuevas formas de empleo ha sido un importante motor de creación de empleo y de crecimiento del mercado laboral. Desde 2014, se han creado más de cinco millones

¹ Para la perspectiva histórica, cfr., Espuny i Tomás, M.J., “La jornada laboral: perspectiva histórica y valoración jurídica”, Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales, 13/2004, pp. 115 y 22.

² Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al CESE, sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM(2023) 72 final, p. 3. En esos mismos términos se pronuncia el Informe sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo {SWD(2023) 40 final}. En efecto, al hacer referencia a los “Trabajadores con más de un contrato laboral”, se señala que “La Directiva no especifica claramente si sus disposiciones establecen unos límites absolutos en caso de contratos simultáneos con uno o más empleadores o si se aplican a cada relación laboral de forma independiente”. En dicho documento también se recoge la doctrina de la Sentencia en el asunto C-585/19, Academia de Studii Economice din București, conforme a la cual el Tribunal ha aclarado que, cuando los trabajadores tienen varios contratos de trabajo con el mismo empleador, el período mínimo de descanso diario se aplica a esos contratos considerados en su conjunto y no de forma independiente. Por todo ello, la Comisión considera que, en vistas del objetivo de la Directiva de mejorar la salud y la seguridad de los trabajadores, los límites aplicables al tiempo de trabajo semanal y al tiempo de descanso semanal y diario deben aplicarse, en la medida de lo posible, por trabajador.

³ En efecto, la encuesta francesa de 2005 sobre condiciones de trabajo demostró que uno de cada tres empleados de entre 35 y 55 años confesó que no podría seguir realizando el mismo trabajo de horarios imprevisibles con 60. En Eurofond, Working time patterns for sustainable work, Luxembourg, 2017, p.61. Disponible en línea: <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2017/working-time-patterns-sustainable-work> (última consulta: julio 2024).

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea” [2018/C 283/06], apdo. 2.7 y 2.8, p. 41.

de puestos de trabajo, de los cuales casi un 20% corresponden a nuevas formas de empleo. Pero también debe resaltarse que estas tendencias también han provocado inestabilidad y una mayor falta de previsibilidad en determinadas relaciones laborales, especialmente para los trabajadores que se encuentran en una situación más precaria. Entre cuatro y seis millones de trabajadores tienen contratos intermitentes y según demanda, muchos con pocos indicios de cuándo trabajarán, o por cuánto tiempo. Los riesgos aparejados al empleo atípico pueden afectar significativamente tanto a los ciudadanos como a la sociedad. La precariedad del empleo, por ejemplo, dificulta fundar una familia, comprar una vivienda y otros proyectos personales. Un estudio de Eurofond ha demostrado que los regímenes de tiempo de trabajo que favorecen unos horarios laborales fijos y regulares y una elevada predictibilidad del tiempo de trabajo elevan la probabilidad de lograr una situación de equilibrio entre la vida laboral y personal y favorecen el bienestar de los trabajadores⁵. Ese mismo Estudio califica tanto los contratos de trabajo a tiempo parcial como los fijos discontinuos como contratos “a demanda”. Es cierto que esa publicación es de 2018, pero la modificación operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo sobre esta modalidad contractual no afectó a la naturaleza de este trabajador, quien presta sus servicios por “llamamiento”⁶.

El grupo de población que más fácilmente se identifica con la precariedad son los jóvenes, las mujeres y las personas de origen migrante. Los bajos salarios vinculados con frecuencia al empleo atípico pueden, en algunos casos, exigir prestaciones sociales complementarias y, además, socavar los derechos de pensión⁷.

Partimos, por tanto, de la premisa de que la previsibilidad sobre el tiempo de trabajo se relaciona con empresas cuya organización del tiempo de trabajo es estable y que proporcionan horarios estándar a su personal. No obstante, los modelos de negocio empresariales “clásicos” hace tiempo que echan mano de figuras de contratación laboral que encarnan una mayor imprevisibilidad, como el contrato a tiempo parcial y el contrato de personal fijo-discontinuo; por no mencionar la figura de las Empresas de Trabajo Temporal. Antes que ellos, la posibilidad de recurrir a las horas extraordinarias había dotado a las empresas de las herramientas necesarias para afrontar los requerimientos del “just-in time” en los que participa la sociedad entera.

Por lo expuesto, comenzaremos por los modelos de negocio con patrones previsibles de tiempo de trabajo, equiparando a estos con aquellos que cuentan con un calendario laboral. Conocer la evolución que esta institución ha tenido a lo largo de los últimos años es tarea que acometeremos en primer lugar. Por último, conoceremos los mínimos instaurados por la Directiva y la posible norma de desarrollo española en torno a la previsibilidad mínima de los contratos de trabajo, tratando de valorar las dos normas a la luz de los contratos de trabajo que regula la legislación española.

⁵ Eurofond, Working time patterns for sustainable work, Luxembourg, 2017, pp. 43 y 54. Disponible en línea: <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2017/working-time-patterns-sustainable-work> (última consulta: julio 2024).

⁶ En el mismo sentido, López Parada, R., “La Directiva de la UE 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles”, XXXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, noviembre/2023. Disponible en https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/Publicacio_Jornades_dret_social_2022.pdf, pp. 87 y 88.

⁷ Dictamen CESE, op. cit., apdo. 3.2, p. 42.

2. LA EQUIPARACIÓN ENTRE EMPRESAS CON CALENDARIO LABORAL Y “PREVISIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO”: LA PROGRESIVA LASITUD DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CALENDARIO LABORAL

2.1.El calendario laboral: su progresiva lasitud reguladora

En la década de los ochenta del siglo pasado, el calendario laboral fue conceptualizado como un documento anual elaborado por la empresa, con o sin la representación de los trabajadores, que comprende obligatoriamente un contenido legal mínimo de los tiempos de trabajo y de descanso, sin perjuicio de otro complementario, de carácter facultativo, sobre materias afines⁸. El propio Tribunal Central de Trabajo declararía que el calendario de la empresa es “la “distribución anual de los días de trabajo y de descanso, teniendo en cuenta el número de horas de trabajo efectivo y real para el año... así como los horarios de trabajo para cada uno de los turnos...”⁹.

La regulación en vigor de aquellos años se recogía en el Real Decreto 2001/1983, cuyo art. 4.3 expresaba que “el calendario laboral... comprenderá el horario de trabajo y la distribución anual de los días de trabajo, festivos, descansos semanales o entre jornadas y otros días inhábiles, a tenor, todo ello, de la jornada máxima legal, o se su caso, la pactada”. Otras sentencias del TCT se encargaron de proveer de más criterios y directrices a la regulación recogida por el RD 2001/1983.

Actualmente, el art. 34.6 ET exige a la empresa que elabore el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. Más tarde, el art. 38.3 ET, al referirse a las vacaciones, señala también a la empresa para que fije el calendario de vacaciones. El término “calendario laboral” apenas aparece en el ET, aunque llama la atención que una de las escasas ocasiones en que se presenta lo haga en sede del contrato de trabajo fijo-discontinuo; eso sí, referido únicamente a los “llamamientos”. Y así, el art. 16.3 ET exige que la empresa “traslade a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan”.

En cualquier caso, como declaró la STSJ Aragón, núm. 128/2018, de 7 de marzo (FJ 3)¹⁰ “el calendario posee connotación de distribución ordinaria de la jornada a lo largo del año“. A pesar de ello, la regulación jurídico-laboral de esta herramienta tan esencial ha ido perdiendo peso con el tiempo, y actualmente el art. 34.6 ET declara que la empresa elaborará anualmente un calendario laboral, debiendo exponerse un lugar ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo. Por su parte, el art. 6.1 del Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) tipifica como infracción leve el no exponer en lugar visible del centro de trabajo el calendario laboral vigente.

La búsqueda de sentencias del orden jurisdiccional social que apliquen el art. 34.6 ET, relativo a la elaboración del calendario laboral por parte de la empresa, a partir de la versión

⁸ Pendas García, B., “El calendario laboral”, en Estudios sobre la jornada de trabajo (de la Villa Gil, L.E., coord), 1991, p. 664, propuso esta definición a partir de los estudios de autores de la época como García Ninet, Alonso Olea y Alarcón Caracuel.

⁹ STCT, 3 de octubre 1980 (A. 5491).

¹⁰ AS 2018\1437

de 2015 de esta norma¹¹ arroja un resultado de unos cuarenta pronunciamientos. Llama la atención que en el quinquenio 2015-2019 se pronunciaron 11 sentencias, mientras que en el más cercano, 2020-2024, se han dictado 26. En cuanto a la controversia jurídica que más veces aparece se debe a la recta interpretación de lo previsto en el convenio colectivo respecto de la elaboración del calendario laboral, lo que en numerosos casos conduce a la declaración de la nulidad del calendario, por haberse elaborado contraviniendo lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación. La siguiente controversia que más frecuentemente aparece se relaciona con la existencia o no de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, encubierta bajo la apariencia de un cambio del calendario laboral, potestad unilateral de la empresa, relacionada con el poder de dirección empresarial (art. 20.2 ET).

Otro dato que debemos resaltar es que la mayoría de los pronunciamientos vinculados con esta cuestión se dictan a partir de 2020 (6 de 8). A nadie se le escapa que el horario y la distribución del tiempo de trabajo son materias que pueden resultar sustanciales, tal y como dispone la letra b) del art. 41.1 ET. Como se verá a continuación, actualmente – y al contrario de lo que sucedía antes- el horario no es materia que debe concretarse en el calendario laboral, pero su disfrute suele ser materia tributaria de condiciones más beneficiosas disfrutadas por la plantilla. Cuando esto ocurre, su modificación requiere observar el procedimiento “ad hoc” que recoge el art. 41, que como se sabe podrá incluir el periodo de consultas, a riesgo de que aquel calendario laboral que ha sido modificado afectando una condición sustancial sea declarado nulo¹². Por las razones expuestas, el incumplimiento de una orden empresarial que altera una condición relativa al horario laboral más beneficiosa para el personal “no implica desobediencia sino ejercicio de un legítimo derecho a acudir a los Tribunales para solventar una discrepancia”¹³.

Además, esas mismas materias (horario y distribución del tiempo de trabajo) figuran en el art. 82.3 b) ET, relativo a la inaplicación de ciertas condiciones de trabajo recogidas en los convenios colectivos, por lo que habrá que estar al procedimiento regulado en ese precepto para proceder a modificarlas.

Menos presencia poseen, entre las sentencias analizadas, la extensión y los límites del calendario laboral, de modo que suman 3 los pronunciamientos que han reproducido la doctrina jurisprudencial que proclama que la fijación del calendario laboral se integra en las facultades de dirección y organización de la actividad laboral que establecen los artículos 5 c) y 20 del ET, sin perjuicio de las limitaciones legales (art. 34 ET) o pactadas sobre el particular en el orden convencional de aplicación, de la que la jurisprudencia del orden social se ha hecho eco en varias sentencias (TSJPV de 12 de diciembre 2000, rec. 2521/2000 (JUR 2001, 79307) (JUR 2001, 79307) , 31 de enero y 21 de febrero de 1995, recs. 2786/94 y 3234/94, y 7 de septiembre de 1999, rec. 526/99. Esa facultad empresarial, sin embargo, no es absoluta, estando sujeta a límites, pues ha de respetar la jornada anual máxima que rija en la empresa con carácter general en virtud de norma legal, convenio o pacto colectivo, así como los criterios que sobre su distribución hayan podido establecerse en alguna de esas fuentes.

En la STSJ de País Vasco, de 9 abril de 2021¹⁴, ante un caso de incumplimiento del deber empresarial de elaborar un calendario laboral, se concluyó que “no es posible hacer recaer sobre la parte actora la obligación de acreditar una situación de incumplimiento

¹¹ Real Decreto Legislativo núm. 2/2015, de 23 octubre.

¹² Por todas, cfr. STSJ Aragón, n. 128/2018, 7 de marzo (AS 2018\1437)

¹³ Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos (Comunidad Autónoma de Castilla y León), Sentencia núm. 224/2023 de 26 mayo. JUR 2023\410880, FJ 3.

¹⁴ Sentencia núm. 603/2021, AS 2021\1533, FJ 3.

empresarial por inactividad, (prueba diabólica), sino que debe ser la empresa la que soporte las consecuencias de su pasividad probatoria”, exigiendo que se tenga presente “la desigualdad de armas inherente a las relaciones laborales, y la mayor facilidad probatoria que, en nuestro caso, es atribuible sin duda a la empresa demandada (artículo 217.7 LEC)”.

La STSJ de Asturias de 11 noviembre de 2021¹⁵ advierte que, dado el vacío legal existente en la actualidad al respecto, para determinar cuál debe ser el contenido mínimo del calendario laboral, se ha de estar en primer lugar a las previsiones que al respecto se hayan establecido a través de la negociación colectiva en los correspondientes convenios, y en defecto de regulación convencional en la materia, debemos tener en cuenta que el calendario se configura como un instrumento regulador del tiempo de trabajo a través del cual se satisface el derecho del trabajador a la información sobre la jornada de trabajo derivado del art. 8.5 ET (RCL 2015, 1654) y del art. 2.2.f RD 1659/1998 (RCL 1998, 2062) (RCL 1998, 2062) (24 julio), que reitera el mandato estatutario y especifica que el derecho mencionado comprende entre otros extremos el relativo a la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo. De esta forma, atendiendo a su finalidad, el documento que incorpora el calendario anual deberá contener los datos necesarios para que los trabajadores puedan conocer de forma suficiente cuál va a ser la distribución de su jornada laboral, ajustándose claro está a las exigencias que la Ley y las normas convencionales imponen en materia de jornada; si bien, como ha matizado el TS en Sentencia de 18-09-2000 (RJ 2000, 8297) (RJ 2000, 8297), el Real Decreto 1561/1995 y el art. 34.6 ET no contienen mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral¹⁶.

Otra de las polémicas que ha suscitado la parca regulación sobre el calendario laboral es la del momento de su elaboración. La jurisprudencia menor ha establecido que su configuración debe efectuarse “a futuro”, de suerte que “ha de conocerse dentro del primer trimestre natural de cada año”¹⁷. La finalidad es evidente. Ese derecho viene a reconocer el derecho que tienen los trabajadores incorporados al mismo, a conocer previamente cuáles van a ser sus condiciones de trabajo en determinadas materias; de tal manera que una vez sabidas, puedan organizar no solo su vida laboral, sino también la personal, familiar y de ocio. Por eso, esa sentencia declaró nulo el cambio del calendario laboral respecto de fechas ya transcurridas, aumentando el número de días de trabajo del año, sin acuerdo con la representación de los trabajadores, sin preaviso y en fraude de ley.

Por la importancia que el conocimiento de los horarios de trabajo tiene sobre la previsibilidad del tiempo de trabajo, creemos conveniente profundizar en este aspecto a lo largo de las páginas siguientes.

¹⁵ Sentencia núm. 19/2021, AS 2022/273.

¹⁶ Por su parte, la STS de 20 de julio de 2015RJ 2015, 4688, (rec.- 192/2014) se remitió a la ya citada de 18 de septiembre de 2000, RJ 2000, 8297, (rcud 4240/1999), en la que el Alto Tribunal precisó que la obligación impuesta al empleador por el art. 34.6° ET no impone la publicación de los concretos horarios de trabajo. El Tribunal recuerda que esta obligación venía impuesta en el artículo 4 del Real Decreto 2001/1983 que regulaba la jornada de trabajo y las jornadas especiales. Pero, dado que este Decreto quedó derogado por la Ley 11/1994 (RCL 1994, 1422) y por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 1561/1995, el último Decreto es el que ha pasado a regular la jornada y no contiene mandato alguno que obligue al empresario a incluir los horarios en el calendario laboral. Más próximamente a la actualidad, en la SAN núm. 18/2023 de 17 febrero. JUR 2023\84786, FJ 5, también se distingue entre jornada y horarios

¹⁷ STSJ País Vasco, núm. 1526/2020 de 19 noviembre, JUR 2021\61373, FJ 4

2.2. Horarios de trabajo y calendario laboral

Conforme al diccionario de la RAE, jornada es el “tiempo de duración del trabajo diario” y horario es el “tiempo durante el cual se desarrolla habitual o regularmente una acción o se realiza una actividad”. Trasladando estas definiciones al mundo laboral tendríamos que:

- La jornada mide la duración del trabajo y así lo indica el art. 34.1 ET que emplea como referencia para su determinación la jornada semanal de 40 horas de promedio en cómputo anual y la diaria de 9 horas en el art. 34.3.
- El horario determina las horas de reloj en que el trabajo se realiza diariamente.

Es decir, en el calendario laboral deben figurar los concretos días de trabajo, y respecto de este punto, y como señala la STS de 23 de enero de 2018¹⁸ “una cosa es la jornada laboral y el horario de trabajo, número de horas a trabajar durante el año, a la semana o al día, y otra la plasmación de esa jornada, la concreción de los días de trabajo, la planificación del trabajo que se hace mediante el calendario que se elabora”, no siendo obligado, desde el punto de vista legal, que el calendario laboral fije el concreto horario de trabajo dentro de cada día que corresponde trabajar a cada trabajador, salvo pacto en contrario contemplado en el convenio colectivo. Se comprende ahora la cantidad ingente de sentencias en las que se dirime si la empresa ha cumplido con las previsiones recogidas en el convenio colectivo de aplicación a la misma, norma jurídica que, en la actualidad, se encarga, en exclusiva, de adoptar algún límite a la elaboración unilateral del calendario laboral; aparte de los límites relacionados con la jornada que incorpora la legislación laboral, como ya se ha dejado sentado más atrás.

En ese apartado sobre el alcance del calendario laboral se sitúa la STSJ del País Vasco de 21 julio de 2020¹⁹, en la que se discutía el derecho del colectivo de trabajadores con contrato en prácticas a disponer de un calendario laboral que contemplase la jornada y el horario laboral a desempeñar por estos trabajadores. El Tribunal señala que esas cuestiones inciden en la vida laboral y en la vida privada de los trabajadores, permitiendo su organización y, con ella, la adecuada conciliación de la vida laboral, personal y familiar; por lo que reconoció el derecho a obtener ese calendario también a ese colectivo del personal laboral.

Como conclusión preliminar de este largo apartado, puede afirmarse que la regulación legal sobre el calendario laboral ha ido a menos. Se mantiene, por ejemplo, la competencia de información y consulta de los representantes de los trabajadores en materia de jornada, pero sólo respecto de las jornadas especiales de trabajo (Disposición adicional tercera del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo)²⁰ pero, en general, salvo que se regule por convenio colectivo, el calendario laboral ha perdido la capacidad de previsibilidad del tiempo de trabajo que tuvo en otro momento.

Quizás por ello, empiezan a oírse voces que claman por modificar la regulación actual del calendario laboral, empezando por establecer la obligación de negociar el calendario

¹⁸ RJ 2018, 435, (rec. 215/2016).

¹⁹ Sentencia núm. 997/2020, AS 2021\403.

²⁰ Conforme a esa Disposición, “Sin perjuicio de las competencias reconocidas a los representantes de los trabajadores en materia de jornada en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Real Decreto, éstos tendrán derecho a: Ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores.

Ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores”.

laboral con la representación legal de la plantilla²¹. Estas propuestas incorporan otros cambios de alcance más formal, pero no menos importantes, como prever la publicación del calendario laboral tanto en el centro de trabajo como en formato digital (en su caso). Asimismo, el Estudio citado, anticipándose a la obligada transposición de la Directiva 2019/1152, proyecta incorporar la referencia expresa a que el calendario deba establecer las pautas necesarias a fin de que pueda hacerse efectivo el derecho a la previsibilidad que se podría establecer en el artículo. 4.2 h) ET²². No sólo lo anterior; además, los autores del Estudio abogan por que el calendario laboral contenga los días laborables y festivos en la empresa, los descansos semanales y períodos de vacaciones anuales, los cuadrantes horarios y turnos de trabajo y su asignación según los criterios regulados, en su caso, en convenio colectivo o acuerdo de empresa.

3. LAS DEFINICIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152 RELATIVAS AL TIEMPO DE TRABAJO, Y SU PREVISTA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

3.1. Consideraciones generales

La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (en adelante, la Directiva) comienza proclamando, que “el principio nº 7 del pilar europeo de derechos sociales, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, dispone que, con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo”²³. Además, la norma comunitaria indica que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos, y que los períodos de prueba deben tener una duración razonable.

El Dictamen del CESE insistió en que la Directiva debería contribuir a la aplicación de los principios del pilar sobre “Empleo seguro y adaptable”²⁴, y, en concreto, se mostró de acuerdo con el objetivo de mejora de la previsibilidad del trabajo, restringiendo el calendario de trabajo efectivo respecto de un marco de referencia establecido previamente y a través de la notificación temprana de dichos períodos de tiempo. Abogaba también el Dictamen por garantizar una previsibilidad mínima del trabajo en el caso de personas cuyo calendario laboral exigiera, directa o indirectamente, que el trabajador fuera flexible; exigiendo aclaración respecto de la acepción “suficiente antelación” y determinación respecto de quién decide qué antelación se consideraría razonable según los distintos sectores industriales²⁵. Este interesante Dictamen también encomiaba al legislador europeo para que la Directiva recogiera orientaciones cualitativas destinadas a los Estados miembros sobre el marco de derecho o la duración del preaviso. Alertaba el CESE de que era legislativamente posible la legalidad de los períodos de referencia y preavisos de larga duración con el texto de la Directiva “aunque no mejoren la previsibilidad del trabajo para los trabajadores”. Tampoco gustó al CESE que el empleador pudiera imponer

²¹ AA.VV., Estudio - Ley usos del tiempo y racionalización horaria: Hacia una organización del tiempo equilibrada: Más saludable, igualitaria, productiva y sostenible, Time Use Initiative. Disponible en https://cecap.es/sec_din/archivos/docs/1687431104Estudio-usos-del-tiempo.pdf, p. 69.

²² Véase el apdo. 4 de este trabajo.

²³ Considerando 2.

²⁴ CESE 2018, apdo. 3.5, p. 42.

²⁵ Apdo. 4.3.4., p. 45.

unilateralmente períodos de referencia, sin que se reconociera a los trabajadores idéntica posibilidad²⁶. Por último, el Dictamen reparaba en el trabajo según demanda, previendo al legislador europeo de mantener esta forma de empleo, salvo que se estableciese un período de referencia adecuado y se informase debidamente al trabajador por adelantado (así como incorporaba la recomendación de garantizar la prestación de un determinado número de horas de trabajo o el pago correspondiente)²⁷.

Finalmente, la Directiva aprobada en 2019 recogió que “Si no se puede indicar un calendario de trabajo fijo debido a la naturaleza del empleo, como en el caso de los contratos a demanda, el empleador debe comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el período de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de la tarea” (considerando 21). En su considerando 30 proclamó, además, que los trabajadores con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible deben disponer de un nivel mínimo de previsibilidad²⁸ si el calendario de trabajo está determinado principalmente por el empleador, ya sea directamente, por ejemplo, mediante la asignación de tareas, o indirectamente, por ejemplo, obligando al trabajador a atender las solicitudes de los clientes.

Procede por tanto recurrir a la Directiva para determinar cuándo nos encontramos ante un patrón de trabajo previsible y cuándo lo es imprevisible. Sin embargo, en su articulado no figura esa distinción: todo lo más, los apdo. l) y m) del art. 4.2 reproducen las obligaciones informativas o de transparencia de las empresas, en función de que se organicen con un patrón total o mayoritariamente previsible, o total o mayoritariamente imprevisible. Reparar en esas acepciones de patrón de trabajo, horas de referencia, etc., un tanto extravagantes para nuestro lenguaje jurídico será tarea que abordemos en primer lugar.

3.2. Las definiciones transversales de la Directiva relativas al tiempo de trabajo

La razón de transcribir las definiciones del art. 2 de la Directiva relativas al “calendario de trabajo”, “horas y días de referencia” y “patrón de trabajo” se debe a que esos términos aparecen entre las obligaciones de información y transparencia que exige la Directiva. Es por tanto un análisis finalístico o instrumental el que nos conduce a señalar que ese precepto define el calendario de trabajo, a los efectos de la Directiva, como “el calendario que determina las horas y los días en los que empieza y termina la realización del trabajo”. Cualquier observador puede apreciar que esta definición no se corresponde con el contenido obligado por el art. 34.6 ET, del cual, a pesar de haber sido precisado por nuestro TS, no se desprendería la obligación de comunicar al trabajador cuál será su jornada diaria o semanal.

Es cierto que el calendario laboral no figura entre las condiciones a informar que recoge el art. 4 de la Directiva²⁹; pero lo es también que el legislador comunitario parte de una acepción del calendario que se aproxima más a aquella regulación de 1983 donde el calendario laboral incorporaba los horarios de trabajo.

²⁶ CESE, apdo. 4.3.5., p. 45.

²⁷ CESE, apdo. 4.3.6., p. 45.

²⁸ Para López Parada, R., “La Directiva de la UE 2019/1152...”, op. cit., p. 71, aunque no se exprese así, la previsibilidad sería lo contrario de la flexibilidad empresarial. Así también, Moraru, G.F., “Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152”, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 54/2022, p. 154.

²⁹ Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles: desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 209-210.

Asimismo, las horas y los días de referencia se perfilan en la Directiva (letra b, del art.2) como “los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador”³⁰. La gradación de más previsibilidad a menos se aprecia en esta segunda definición, en la que aparece ya (i) la posibilidad de modificar el calendario en su acepción comunitaria, más inalterable que otras instituciones relativas al tiempo de trabajo, y (ii) se perfila el “preaviso”. Tratando de traducir estas referencias temporales al lenguaje jurídico-laboral español, en ese medidor temporal podrían incluirse las horas extraordinarias –véase el art. 35 ET-, las horas complementarias del trabajo a tiempo parcial –art. 12.5 ET-, o incluso las del trabajo a turnos³¹.

La imprevisibilidad –también inconcreción- máxima se alcanza con la última definición, que se refiere al “patrón de trabajo” y que se concreta de forma tautológica como “la forma de organización del tiempo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador”. En este momento podríamos traer a colación el contrato de trabajo de las personas fijas-discontinuas (art. 16 ET). La STS de 19 de febrero de 2019³² se ocupó de determinar en qué consiste el carácter fijo discontinuo de la actividad a cubrir, señalando que, entre sus características se encuentra que su naturaleza no puede depender de la decisión unilateral empresarial. Por eso, queremos destacar en este momento el supuesto de contratos de trabajo de fijos-discontinuos en los que las actividades a contratar no tengan naturaleza estacional –dado que la estacionalidad neutraliza su determinación por parte del empleador³³- pero que siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, pudiendo ser determinados o indeterminados, esto es, la modalidad “más confusa” de los contratos fijos-discontinuos³⁴.

Tal y como se acaba de señalar, la doctrina jurisprudencial relativa a esta figura contractual española añadió que la actividad no estacional debía depender de factores objetivos independientes de la voluntad de las partes o de la voluntad unilateral del empresario, por lo que incluso si la voluntad del empresario concurriese “junto a otros factores”, creemos que no podría efectuarse la subsunción ordinario de esta figura contractual en aquéllas que tienen un patrón de trabajo no previsible. Sin duda alguna, en la calificación de los contratos de trabajo de fijos-discontinuos como modelos con un patrón de trabajo mayoritariamente previsible, o imprevisible tiene un peso muy significativo la concreción de los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de esas personas (art. 16.3 ET), señalamiento que deberá hacerse mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa; y que por esta razón son demasiadas las veces que esa regulación no se produce³⁵.

³⁰ Para la doctrina, Miranda Boto, J.M., *Condiciones de trabajo...*, op. cit., p 208-209, la Directiva no inventa nada nuevo y, al contrario, con esa definición pretende una armonización “suave” a través de las definiciones.

³¹ Recuérdese que, el art. 36.3 ET, en la acepción del trabajo a turnos, hace alusión a que dichos turnos pueden seguir un cierto ritmo, “continuo o discontinuo”, que puede implicar para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferenciadas en un período determinado de días o de semanas.

³² Rec. 971/2017

³³ La STS de 19 de febrero de 2019, rec. 971/2017, se ocupó de calificar el carácter fijo discontinuo de la actividad a cubrir, señalando que, entre sus características se encontraba que aquélla no puede depender de la decisión unilateral empresarial.

³⁴ García Ortega, J., “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”: <https://www.aedts.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2> (consultado en junio de 2024). Con López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo: nuevo tratamiento legal y convencional y primero problemas de aplicación práctica”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 2, 2/2023p. 103, coincidimos en que, partiendo de que cuando la norma señala que la actividad sea “intermitente no estacional” nos encontramos ante un concepto jurídico absolutamente indeterminado, se podría apuntar a que la actividad de que se trate debe tener un carácter previsible e intermitente, aunque su ejecución que en todo caso debe ser acreditada no venga predeterminada siempre con certeza.

³⁵ Véase, por todos, López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo...” op. cit, p. 32-33.

En este debate, puede resultar de apoyo la invocación del Considerando 30 de la Directiva, donde se dispone que los trabajadores con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible deben disponer de un nivel mínimo de previsibilidad si el calendario de trabajo está determinado principalmente por el empleador, que podrá serlo directamente –por medio de la asignación de tareas, pero también indirectamente, por ejemplo, obligando al trabajador a atender las solicitudes de los clientes. Esta “diversificación” de la figura del empresario se corresponde con la laxitud con la que la Directiva se refiere a los “responsables de la ejecución de las obligaciones de esta Directiva (art. 1.5)³⁶. Entendemos, por lo tanto, que muchos contratos de trabajo de fijos-discontinuos están muy cerca de la imprevisibilidad.

Sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia de la UE todavía no se ha pronunciado sobre esas definiciones, se insistirá en que los conceptos transcritos se perfilan en términos tan generalistas que habrá que esperar para decidir sobre su eficacia. La amplitud y falta de concreción de esas definiciones han sido criticadas por la doctrina³⁷, enunciados que procuran abarcar todas las formas de organización del tiempo de trabajo existentes en la UE. Sin embargo, ninguna definición que pretenda erigirse en un concepto jurídico que abarque la mayor cantidad posible de situaciones, y que proceda de una norma de mínimos, como sin duda lo es una directiva, puede ser enunciada en términos demasiado concretos. Es más llamativo que el Proyecto de ley español (art. único. Dos) introduce un nuevo concepto jurídico indeterminado, el de pauta de trabajo a la hora de utilizar la noción de “patrón de trabajo”³⁸ a los efectos de determinar cuándo se entiende que las condiciones de trabajo son previsibles³⁹. Y lo serán “cuando la persona trabajadora conozca o pueda conocer de antemano de manera efectiva y por escrito, durante todo el periodo al que se extiende la prestación de servicios, su pauta de trabajo o, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar” (futuro art. 8.6 ET). Esta actuación del legislador estatal tiene más efectos que el reseñado, como se comprobará más adelante.

Pudiendo haber recuperado la obligación de exigir un calendario laboral, en los términos en que se proyecta la Directiva, el Proyecto de ley no sólo ha perdido la ocasión

³⁶ En efecto, según ese precepto, los Estados miembros podrán permitir que todas o algunas de esas obligaciones se asignen a una persona física o jurídica que no sea parte de la relación laboral, cfr. Monereo Pérez, J.L./Fernández Bernat, J.A., “La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo “normativo” el pilar europeo de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 211/2018, p. 15, preconizaron ya en 2018 que dicha definición podría incluir las ETT. Con dudas respecto de si esa “triangularización” permitiría la correcta asunción de las obligaciones en materia de Seguridad Social, Elorza Guerrero, F. “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”, *Temas Laborales* 168/2023, p. 75. Sin embargo, el Proyecto no ha modificado la regulación jurídica atinente a las ETT. Esta opción fue planteada por Canalda Criado, S., “La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 440/2019, p. 181.

³⁷ Igartua Miró, M.T., “Promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible”, *Revista Fomeris*, 2/2022, p. 109 y Martínez Yañez, N., “Entre robots y pandemia: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho*, 78/2021, p. 13.

³⁸ Para Elorza Guerrero, F., “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, *op. cit.*, p. 97, el Proyecto de ley podría haber recurrido al Considerando 21 de la norma comunitaria, que establece que cuando no se pueda fijar un calendario de trabajo fijo, debido a la naturaleza del empleo, “(...) el empleador debe comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el periodo de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de su tarea”.

³⁹ Para Elorza Guerrero, F., “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, *op. cit.*, p. 97, el Proyecto de ley podría haber recurrido al Considerando 21 de la norma comunitaria, que establece que cuando no se pueda fijar un calendario de trabajo fijo, debido a la naturaleza del empleo, “(...) el empleador debe comunicar a los trabajadores cómo se determinará su tiempo de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el periodo de tiempo mínimo en el que deben recibir el preaviso antes del comienzo de su tarea”.

de recuperar el art. 4.3 del Real Decreto 210/1983⁴⁰, sino que ha ampliado los contornos del tiempo de trabajo previsible. Y esta actuación del legislador estatal tiene más efectos que el reseñado, como se comprobará más adelante.

3.3. La reparación necesaria en ciertas obligaciones de transparencia de la Directiva

Tal y como se señalaba más atrás, reparar en las nociones relativas al tiempo de trabajo era necesario a efectos de comprender el alcance de las obligaciones de transparencia de la Directiva. No es cuestión de acometer dichas obligaciones una por una, sino trascender a aquéllas más próximas al tema que nos ocupa.

Es conocido que, actualmente la obligación de informar sobre los aspectos esenciales de la relación laboral sólo procede cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas (art. 8.5 ET), y que esta regulación se encuentra desarrollada en el Real Decreto 1659/1998. Debe saberse, también, que el Proyecto de ley posterga la modificación de ese Real Decreto a una fecha que, aunque vencida -1 de agosto de 2024, Disposición final cuarta, apdo. 2- trasluce que esta materia se desarrollará más tarde que el resto de las materias a transponer.

Por su parte, el art. 4.2 l) de la Directiva -relativo a la información sobre la relación laboral- exige que, en el caso de que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente previsible, el empresario deberá informarle al trabajador sobre la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, así como sobre cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambio de turnos. La presencia en el articulado -y en las materias tratadas-, siquiera tácita, de fuentes reguladoras de impronta negociadora es una constante, de manera que podría sentarse que la determinación unilateral del patrón de trabajo en este modelo es inexistente o prácticamente inexistente.

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, y por obra de la incorporación de la noción de “pauta de trabajo” en la acepción de “previsibilidad”, resultaría que el legislador español busca resituar al contrato de trabajo fijo-discontinuo en un modelo de patrón de trabajo previsible; incluso de manera independiente a la modalidad concreta de fijo-discontinuo de la que se trate. Por eso, la única información que debería suministrar al trabajador fijo-discontinuo sería la relatada, donde no se señala ninguna obligación en relación con los llamamientos y los preavisos.

Por otro lado, en el caso de que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible (letra m de ese art. 4.2 de la Directiva), el empleador informará a los trabajadores sobre i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; y iii) el periodo mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apdo. 3 de la Directiva. En relación con este otro modelo, por el contrario, no cuesta nada identificar la unilateralidad total o mayoritaria del patrón de trabajo, de modo que es la empresa la que se apodera de esa facultad. Cuesta poco visualizar dentro de estos parámetros a determinadas modalidades de la prestación de servicios de fijos-discontinuos; pero, se insistirá en que ninguna de esas modalidades entra en los cánones imprevisibles de la proyectada adaptación de la legislación español a la Directiva.

⁴⁰ Miranda Boto, *Condiciones de trabajo...*, op. cit., p. 210.

Una primera aproximación al contenido vertido “supra” conduce a concluir, al menos de manera preliminar, que los contratos de trabajo que incorporan la figura del preaviso se inclinan hacia un patrón de trabajo más imprevisible; y al contrario: cuanto más claro, ordenado e invariable sea el tiempo de trabajo, más girará el modelo hacia la previsibilidad del patrón de trabajo.

Para finalizar, la infracción, por parte de la empresa, de la obligación de informar por escrito de los elementos esenciales del contrato y de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, será objeto de una sanción grave (Disp. Adic. 1ª Proyecto de ley, que modifica el art. 7.1 LISOS)⁴¹.

4. EL PROYECTADO “NUEVO” DERECHO A LA PREVISIBILIDAD DEL ART. 4.2 DEL ET

Una de las primeras tareas que efectúa la propuesta gubernativa de transposición de la Directiva es incorporar un nuevo art. 4.2 h) en el ET, donde se reconoce el derecho a conocer por escrito los aspectos esenciales de la relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsibles. Asimismo, como se señalaba más atrás –con la oportuna denuncia–, se incluyen dos nuevos apartados al art. 8 ET (6 y 7), donde se prevé que “las condiciones de trabajo son previsibles cuando la persona trabajadora conozca o pueda conocer de antemano de manera efectiva y por escrito, durante todo el periodo al que se extiende la prestación de servicios, su pauta de trabajo o, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar”. Que se haga mención a la vigencia de esta obligación/derecho, esto es que se mantenga durante todo el periodo de duración del contrato, no tiene otro sentido que transponer el mandato del art. 6 de la Directiva (relativo a la obligación de comunicar al trabajador cualquier modificación de la relación laboral que pueda operarse a lo largo de la misma).

A raíz de la extensión de la acepción de “previsibilidad” en el Proyecto de ley, los únicos cambios que contempla el Proyecto de ley se vuelcan sobre el contrato de trabajo a tiempo parcial, dando así cumplimiento al art. 10 Directiva, que traduce en qué consiste –qué obligaciones empresariales comporta– la previsibilidad mínima del trabajo. Y así, el Proyecto (artículo único, apdo. 3) actúa sobre el pacto de horas complementarias que se regula en el contrato a tiempo parcial, de modo que el art. 12.5 ET sigue permitiendo que esas horas se requieran por la empresa. No obstante, con la transposición, la empresa tendrá que indicar los días y las horas de referencia en los que ésta puede solicitar esos servicios. Ciertamente este nuevo derecho se recepcionaría en el art. 4 ET, esto es, se recogería en la norma estatutaria como derecho de todos los trabajadores. Aunque en las páginas anteriores se haya observado la renuencia del legislador español a adaptar la regulación jurídica de ciertos contratos de trabajo de fijos-discontinuos a la Directiva, entendemos que, aun si el Proyecto de ley actual se aprueba con su contenido actual, estos trabajadores

⁴¹ El Proyecto transpone en este momento el art. 19 de la Directiva, precepto que vuelve a invocar a los Estados para que establezcan el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la Directiva o, en su caso, a las disposiciones nacionales ya en vigor relativas a los derechos contemplados por la norma europea. Lo más importante de esta disposición –por el recorrido que pueda tener en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE–, es que la Directiva proclama que esas sanciones sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Actualmente el art. 7.5 LISOS tipifica como infracción grave, la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de tiempo de trabajo contenidos en los arts. 12, 23 y 34 a 38 ET. Por otra parte, ya se informó más atrás del tipo de sanciones administrativas elegidas para castigar ciertos incumplimientos, algunos de los cuales se refuerzan con la institución de la presunción “iuris tantum”. En cualquier caso, que las sanciones actualmente previstas sean consideradas como efectivas, proporcionadas y disuasorias será una decisión que deberá adoptarse por los tribunales a la vista del caso concreto.

podrán alegar ante el orden social su derecho a un mínimo de previsibilidad en su relación laboral cuando no se les haya comunicado la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal –como se exige en los contratos con un patrón de trabajo previsible–, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración (o cambios de turno) (de nuevo, art. 4.1 l de la Directiva). En efecto, la Directiva (art. 16) contempla también el derecho a reparación que tienen los trabajadores en caso de incumplimiento de los derechos que se derivan de la presente Directiva, relativos, por ejemplo, a la documentación, y a ciertas condiciones mínimas como el período de prueba o, algo que interesa más en este momento, el derecho a una previsibilidad mínima en el trabajo.

Y así, si una relación laboral no es tributaria de una previsibilidad total o mayoritaria – algo que se constatará con el cumplimiento de las obligaciones informativas por parte de la empresa–, entonces se activarían los mecanismos existentes en la Directiva para garantizar el derecho de esas personas trabajadoras a una previsibilidad mínima. Sin embargo, va a ser difícil que la actual legislación –convencional, y por tanto, dependiente del pacto entre las partes– sobre los preavisos y llamamientos del contrato de trabajo de fijo-discontinuo cohabite pacíficamente con la futura transposición de la Directiva, y con el acogimiento de aquel contrato entre los que tienen un patrón de trabajo previsible. Por una parte, ha de recordarse que el art 16.2 ET prevé que el contrato de trabajo fijo-discontinuo deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, aunque respecto de estos últimos matiza ese apartado que “podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”. Huelga añadir que no parece compatible la información que exige la Directiva para las empresas con patrones “previsibles” con la concreción de la distribución horaria en un momento no sólo diferido, sino carente de seguridad jurídica. Por otra parte, el siguiente apartado (16.3 ET), llama al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo de empresa, para que establezcan los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas. En último lugar, con el mismo apdo. 4 del art. 16, el hecho de que la empresa deba trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, queda bastante lejos de las obligaciones previstas en la letra l) del art. 4.2. de la Directiva para los modelos con un patrón de trabajo mayoritariamente previsible; incluso de las previstas para los modelos con un patrón de trabajo mayoritariamente imprevisible (4.2. m).

La Directiva invoca a los Estados a fin de que permitan que los trabajadores cuya relación laboral haya concluido, tengan acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial. Por último, cierto es que el Proyecto no ordena ninguna modificación procesal al respecto sobre la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Es sabido que los trabajadores fijos-discontinuos, por ejemplo, en cuanto a que pierden el vínculo que tenían con la empresa, quedan en una situación de mayor vulnerabilidad, por lo que parece que debería actuarse sobre la LRJS⁴²⁴³.

⁴² La protección contra el trato desfavorable o las consecuencias desfavorables que pueda padecer el trabajador por el ejercicio de los derechos que se le reconocen en esta Directiva (art. 17), es otro de sus bastiones. En el Proyecto no se indica nada al respecto, pero el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), y la garantía de indemnidad aparejada a dicho derecho, con la importante jurisprudencia que atesoramos al respecto, podrían exonerar a España de modificar su ordenamiento jurídico-laboral procesal.

⁴³ Otra cuestión que se recoge en esas Disposiciones es la protección dispensada al trabajador contra el despido, protección que, entre otras materias, se concreta en la carga de la prueba (art. 18). Además, si el trabajador considera que ha sido despedido (u medida equivalente) por haber ejercido los derechos contemplados en esta Directiva, el empleador deberá proporcionarle, por escrito, las causas que fundamenten ese despido. El apdo. 1 b) del art. 15 de la Directiva también autoriza a que los Estados, en los supuestos de infracciones dados, permitan que los trabajadores presenten ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente, unos hechos que permitan presuponer que han sido

5. CONCLUSIONES

Que la imprevisibilidad del tiempo de trabajo ha ido creciendo es una conclusión que por obvia, no debe dejar de señalarse. Así como la previsibilidad combina con tiempos de trabajo estables o, en su caso, en cuya elaboración participan las normas colectivas, al contrario, en la imprevisibilidad está más presente la unilateralidad empresarial, y con ella, los tiempos de descanso y de ocio de la persona trabajadora caen enteros.

Tras las interminables batallas llevadas a cabo por la clase trabajadora en defensa de una jornada laboral de ocho horas, después de entretenernos en la distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, de acometer la disponibilidad del trabajador y su acepción como trabajo o como descanso, creemos que el derecho a la previsibilidad se presenta como la clave de bóveda del futuro más próximo.

La aprobación de la Directiva (UE) 2019/1152, y su aplicación, con no oponerse a esta realidad de tiempos de trabajo cada vez más variables⁴⁴, sin embargo, pueden traer mejoras a nuestro ordenamiento jurídico, empezando por la modificación del calendario laboral en el art. 34 ET, que no se prevé en el Proyecto actual. Es sabido que la acepción del calendario laboral prevista en la Directiva se contempla a los efectos de la norma comunitaria, y su transposición no es obligada. Pero el legislador español podría aprovechar esa coyuntura para aproximar el contenido de esta institución a los términos comunitarios; y, por ende, para dotar de más certidumbre sobre el tiempo de trabajo a los trabajadores.

Se constata que la Directiva parte de la asunción de la existencia de los trabajos precarios, y pretende proporcionarles una pátina equilibrada; no busca combatirlos, sino ofrecer a las personas trabajadoras ciertas garantías y derechos mínimos. El Proyecto de ley, por su parte, yerra en la transposición de esas garantías ya que no acomete la acomodación a la norma comunitaria de una forma de prestación de servicios que se mueve demasiadas veces en la imprevisibilidad: el contrato de trabajo fijo-discontinuo. Sin embargo, va a ser difícil que la actual legislación –convencional, y por tanto, dependiente del pacto entre las partes- sobre los preavisos y llamamientos del contrato de trabajo de fijo-discontinuo cohabite pacíficamente con la futura transposición de la Directiva, y con el acogimiento de aquel contrato entre los que tienen un patrón de trabajo previsible. Queda la esperanza de que el Proyecto de Ley, en tanto que en su Disp. Adic. 3ª remite al ámbito del diálogo social, la evaluación en el marco de seis meses –que empezarán a contar a partir de la entrada en vigor de la ley-, del impacto de la previsibilidad, aunque invocando específicamente el contrato de trabajo a tiempo parcial, recule y proceda también a abordar la consonancia de algunas modalidades de fijos-discontinuos con las obligaciones de la Directiva. Y es que el contrato de trabajo fijo discontinuo, con ser un

despedidos o han sido objeto de otro perjuicio equivalente por haber ejercido sus derechos en virtud de esta Directiva, la carga de la prueba para demostrar que no ha habido despido o perjuicio equivalente por dichos motivos debe recaer sobre el empleador. El Anteproyecto de ley incorporaba alguna modificación al respecto en la Ley de la Jurisdicción Social Para Elorza Guerrero, F., “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, op. cit., p. 100, el capítulo 10 de la Directiva fue el menos desarrollado por el Anteproyecto, algo que puede repetirse del actual Proyecto. En efecto, únicamente el art. primero del citado Anteproyecto preveía la modificación de la LRJS, que preconizaba modificar el apdo. 2 del art. 108 y el apdo. 2 del art. 122. algo que, sorprendentemente, descuida hacer el actual Proyecto. Es cierto que la Directiva permite también otra posibilidad de protección de los trabajadores en esos supuestos, pero no puede aplicarse en España dado que la norma europea se refiere en esos casos a sistemas en los que el despido debe ser aprobado previamente por una autoridad u organismo competente en esa materia.

⁴⁴ Con Moraru, G.F., “Condiciones laborales transparentes...”, op. cit., p. “p. 154, a diferencia de la Directiva que precedió a ésta de 2019, y que se ceñía a la información de ciertas condiciones de trabajo, esta Directiva añade un cuerpo legal cuyo objetivo último es conferir cierta seguridad jurídica a los trabajos más precarios.

contrato indefinido, depende demasiadas veces del llamamiento y de que sus condiciones se regulen en la norma convencional.

A favor del Proyecto podría afirmarse que éste no ha hecho uso de la posibilidad de negar el derecho a una mínima previsibilidad a las relaciones de trabajo de pocas horas: es la relación laboral por cuenta ajena, y no el contrato de trabajo, el centro de imputación de la Directiva. Por esta misma razón, imaginamos que si el contrato de trabajo fijo-discontinuo, por lo menos algunas de sus modalidades, no responde adecuadamente a las previsiones comunitarias, la dotación a las personas trabajadoras de una mínima previsibilidad se hará vía la proyección del derecho a la previsibilidad que se contemplaría en el nuevo art. 4.2 h), o vía la aplicación judicial.

6. BIBLIOGRAFÍA

Canalda Criado, S., “La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 440/2019.

Elorza Guerrero, F. “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”, *Temas Laborales* 168/2023.

Espuny i Tomás, M.J., “La jornada laboral: perspectiva histórica y valoración jurídica”, *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, 13/2004

Eurofond, *Working time patterns for sustainable work*, Luxembourg, 2017, p. 61. Disponible en línea: <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2017/working-time-patterns-sustainable-work> (última consulta: julio 2024).

García Ortega, J., “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2> (consultado en junio de 2024).

Igartua Miró, M.T., “Promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible”, *Revista Femeris*, 2/2022.

López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo: nuevo tratamiento legal y convencional y primeros problemas de aplicación práctica”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 2, 2/2023.

López Parada, R., “La Directiva de la UE 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles”, *XXXII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, noviembre/2023.

Disponible en https://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/Publicacio_Jornades_dret_socia_l_2022.pdf

Martínez Yañez, N., “Entre robots y pandemia: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y Derecho*, 78/2021,

Miranda Boto, J.M.,

-*Condiciones de trabajo transparentes y previsibles: desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, 2023.

-“Condiciones laborales transparentes y previsibles en el Derecho español: un proyecto de transposición en modo menor”, *Net21*, 17/2024.

Monereo Pérez, J.L./Fernández Bernat, J.A., “La propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo “normativo” el pilar europeo de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 211/2018.

Moraru, G.F., “Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Directiva (UE) 2019/1152”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 54/2022.

Pendas García, B., “El calendario laboral”, en *Estudios sobre la jornada de trabajo* (de la Villa Gil, L.E., coord), 1991.

**PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS
AL SEGUNDO PANEL:**

RETRIBUCIONES, COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES

**(SMI, conceptos retributivos y no retributivos,
indemnizaciones por despido)**

**NOMADISMO PROFESIONAL DIGITAL: ENTRE LAS
NECESIDADES EMPRESARIALES Y LAS TUTELAS
LABORALES. A PROPÓSITO DE LA LEY 28/2022, DE 21 DE
DICIEMBRE, DE FOMENTO DEL ECOSISTEMA DE LAS
EMPRESAS EMERGENTES**

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO.
*Profesor Asociado (Doctor) Departamento de
Derecho Público y del Trabajo.*
Universidad de Huelva
roberto@uhu.es

ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-8587-9306>

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA LEY 28/2022 Y LA CONSIDERACIÓN DE NÓMADAS DIGITALES
3. ENTRE LAS NECESIDADES EMPRESARIALES Y LAS TUTELAS LABORALES
4. CONSIDERACIONES FINALES

EXTRACTO

La ley 28/2022 de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, aborda el fenómeno del nomadismo profesional digital como un colectivo de profesionales (por cuenta propia o ajena) con altas potencialidades de dinamización de la economía, interacción con otros actores e impacto positivo sobre los territorios periféricos. No obstante acude a fórmulas ya conocidas (política retributiva basada en stock options, ventajas fiscales y administrativas para movilidad entre países), que pueden generar entre otras consecuencias más desigualdad entre colectivos de trabajadores. Incluye además los elementos de un debate en el que parecen confluir los espacios propios de las necesidades empresariales con los espacios de las condiciones laborales, pero con matices que lo terminan diluyendo. Finalmente sugiere varias interesantes reflexiones en torno a asuntos tan diversos como la consideración del estilo de vida de estas personas, el turismo en los destinos elegidos, el proceso de transformación del mercado de trabajo contemporáneo o la técnica legislativa utilizada.

ABSTRACT

Law 28/2022 on the promotion of the startup ecosystem addresses the phenomenon of digital professional nomadism as a group of professionals (either self-employed or employed) with high potential for boosting the economy, interacting with other actors, and having a positive impact on peripheral regions. However, it resorts to well-known formulas (compensation policies based on stock options, fiscal and administrative advantages for international mobility), which may lead to, among other consequences, increased inequality among groups of workers. It also includes elements of a debate where the needs of businesses seem to intersect with labor conditions, though with nuances that ultimately blur the distinction. Finally, the law and the phenomenon of nomadism suggest several interesting reflections on diverse issues such as the lifestyle of these individuals, tourism in the chosen destinations, the transformation process of the contemporary labor market, or the legislative techniques employed.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes¹ (en adelante Ley 28/2022), aborda el fenómeno de los nómadas digitales como personas emprendedoras², o bien como teletrabajadoras³ por cuenta ajena a distancia (incluidos muy expresamente los profesionales de carácter internacional). En ambos casos poseedores de una alta cualificación y caracterizados por desarrollar su actividad mediante un uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación⁴. Son por tanto personas demandantes de ecosistemas favorables que les permitan la inversión o ser retenidos como talento para otras empresas. Disponen de un perfil en el que destaca la expectativa permanente de ser itinerantes y estar abiertos a nuevas experiencias laborales, empresariales y personales. Desempeñan una ocupación que les permite trabajar en remoto (alejados del centro de trabajo de la empresa) y en el que el cambio de residencia no constituye un sacrificio sino todo lo contrario, un verdadero

¹ BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 2022
² Régimen especial de trabajadores autónomos
³ Figura de la que trae causa y origen
⁴ Artículo 74.1 bis de la Ley 28/2022

aliciente porque les permite disfrutar de una experiencia vital en cada territorio. Hablamos de lo que la propia exposición de motivos de la Ley 28/2022 considera turismo inmersivo en el país de residencia. La confluencia de todos estos elementos presentan al nomadismo digital más que como una categoría jurídica como un nuevo estilo de vida⁵, concepto con un cierto recorrido bibliográfico⁶.

A nivel cuantitativo el fenómeno del nomadismo digital mueve cifras cada vez más relevantes, de tal manera que se estima que en el año 2023 fueron más de 35 millones de personas y que en 2035 podría llegar a 100 millones. Manifestándose como trabajadores por cuenta propia o ajena, están impulsando no sólo cambios legislativos de muy heterogénea naturaleza y ámbito de aplicación, sino procesos de transformación en los propios territorios en los que se implantan, hasta el punto que estos destinos pueden ser certificados como “Destino para nómadas digitales”⁷. Para ello es preciso que estos lugares asuman retos importantes relacionados con la conectividad, accesos cómodos, infraestructuras o contenidos turísticos, estos últimos en pleno proceso de redefinición del modelo de explotación turística en destinos masificados⁸. Otros de los efectos indirectos que a menudo se esgrimen como ventajas para los territorios es el impulso económico que generan⁹. Como analizaremos la Ley 28/2022 incorpora una serie de instrumentos orientados al fomento o activación de estos perfiles junto con otras medidas diseñadas para un tipo de empresas con aparente potencial de crecimiento, pero a la vez sumamente volátiles y dependientes de todo un ecosistema que necesita de la participación de actores muy diversos tales como inversores, universidad, instituciones, así como condiciones fiscales y legales ventajosas. Se trata de las start ups y otras empresas digitales.

Precisamente la incorporación de ventajas en materia de tributación sobre las condiciones salariales, la consideración de las rentas del trabajo, la bonificación en la cuota de autónomos o las facilidades para la permanencia y rotación entre estados de los nómadas digitales, son las medidas más destacadas de la norma y las que nos ofrecen (y dan la oportunidad) de abordar no sólo interesantes debates relacionados con el impacto social del vigente modelo económico, sino con el propio tipo de ecosistema que puede terminar favoreciendo. En efecto el nomadismo digital encierra todos los elementos de un conflicto ya clásico para el Derecho del Trabajo: se trata del equilibrio entre las necesidades de las

⁵ Tal y como indica la exposición de motivos de la Ley 28/2022, (...) “La expansión del teletrabajo ha dado lugar al surgimiento de un nuevo estilo de vida denominado nomadismo digital. Los nómadas digitales son personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia”.

⁶ Entre otros Chevtava, E., & Denizci-Guillet, B. (2021). “Digital nomads’ lifestyles and coworkation”. *Journal of Destination Marketing & Management*, 21, 100633; Thompson, B. Y. (2019). “The digital nomad lifestyle: (remote) work/leisure balance, privilege, and constructed community”. *International journal of the sociology of leisure*, 2(1), 27-42; Bartosik-Purgat, M. (2018). Digital nomads—entrepreneurship or new lifestyle?. *Przedsiębiorczość i Zarządzanie*, 19 (2.1), 259-266.

⁷ Aenor viene desarrollando un modelo para que los territorios se certifiquen como destinos atractivos para este colectivo: <https://www.aenor.com/certificacion/calidad/nomadas-digitales>

⁸ En la exposición de motivos de la Ley 28/2022, cita literalmente a España como un país con potencial para la ubicación de teletrabajadores altamente especializados: (...) “Es el primer país en despliegue de fibra óptica dentro de la Unión Europea, lo que proporciona unas buenas condiciones de conectividad, incluso en zonas rurales. Junto a este aspecto determinante para estos trabajadores, cabe señalar otras características más subjetivas como pueden ser la benigna climatología, la forma de vida, la seguridad ciudadana, la cultura o la gastronomía, las excelentes universidades y la existencia de un creciente número de clusters de investigación y desarrollo tecnológico y de industrias creativas, alrededor de los que se desarrolla un ecosistema internacional de profesionales que hacen que nuestro país se posicione entre uno de los destinos más atractivos para los teletrabajadores”.

⁹ La exposición de motivos de la ley, cita a los nómadas digitales como (...) “profesionales altamente cualificados cuyos ingresos procedentes del exterior se destinan a vivir en el entorno de su elección. Contribuyen a activar el consumo, con el consiguiente impacto sobre la economía local. Además, a través de sus conexiones, enriquecen el talento local y generan red y oportunidades de valor para otros profesionales. Esto es especialmente valioso en entornos de innovación y ecosistemas emprendedores, como el sector audiovisual, entre otros”

empresas y las tutelas laborales¹⁰. Esto es entre las razones y argumentos de las empresas en términos de competitividad, rentabilidad y flexibilidad, (elementos ya conocidos del teletrabajo) a los que ahora se suman las citadas ventajas de la Ley 28/2022; y las tutelas laborales en términos de condiciones laborales dignas, destacando entre otras (y muy especialmente para este colectivo), el derecho a la desconexión digital. Todo ello rodeado del mantra en torno a los propios límites de sostenibilidad del planeta, que acompaña todo debate de corte más o menos clásico en el ámbito laboral. En efecto este debate filosófico aterrizó en la Comisión Europea, preocupada por introducir un claro condicionamiento social: la derivada de las razones de las personas, a fin de restaurar los equilibrios perdidos. En este escenario, pretende actualizar su estrategia industrial no ya solo corrigiendo lo que considera que no ha funcionado como debía o desarrollando los aspectos que entiende más exitosos, sino tal como sostiene Molina Navarrete (2022), introduciendo todo un nuevo concepto sistémico: transformar la –celebérrima– Revolución Industrial 4.0 en la Revolución Social de la Industria 5.0. Un contexto en el que además, cada vez tiene más relevancia la normativa sobre competencia y su claro impacto sobre este perfil de profesionales. Se trata de las directrices para aclarar la aplicación del derecho de la competencia de la UE a los convenios de las personas que trabajan por cuenta propia sin personas asalariadas a su cargo y que tratan de mejorar sus condiciones¹¹, en el que igualmente se incluyen a quienes trabajan a través de plataformas digitales.

Por otra parte, el impulso y crecimiento del nomadismo es un indicador más, que evidencia la existencia de un complejo proceso de transformación del mercado laboral. Un mercado que, de unos años a esta parte, se caracteriza por las fricciones provocadas entre la rápida adecuación de las empresas al contexto económico productivo contemporáneo, y la reacción frente a dichos cambios de una amplia masa de personas trabajadores de amplio espectro y compleja identificación. Una caracterización marcada por la generalización del trabajo autónomo y la extensión del mismo a todo tipo de actividades y sectores favorecido a su vez por nuevos modelos de prestación de servicios en las tan analizadas plataformas digitales. Pero también por la dificultad de las empresas por cubrir determinados puestos de trabajo por la falta de candidatos, por la alta rotación del personal en determinadas industrias, por la falta de reemplazo en determinadas profesiones u oficios¹², sin contar con el incremento de personas que quieren acceder al empleo público.

Esta transformación del mercado laboral no sólo es facilitada por este nuevo modelo o contexto económico, sino muy especialmente por cambios sociales de calado, relacionados con el nuevo contrato social o contrato ecosocial, tal como sostiene Shafick (2021). Unos cambios relacionados con la propia actitud de las personas trabajadoras que probablemente trascienda a la identificación con una mera cuestión generacional. Estamos ante unas personas que ya no comparten el paradigma de un empleo de por vida, que valoran especialmente su tiempo más allá de la jornada laboral y que igualmente albergan expectativas sobre un comportamiento de sus empresas más sensible con el entorno y con el impacto de su empresa en el territorio. Este nuevo patrimonio social de las personas trabajadoras comienzan a tener consecuencias claras sobre sus decisiones y se materializan en aspectos tales como una reducción del umbral de tolerancia que están

¹⁰ Reflexión que se corresponde además con el título de las presentes XLI Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales

¹¹ Accesible a 11.09.2024 en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2022-70060>

¹² Desde un punto de vista estadístico, los datos de Adecco Institute (2023) apuntan a disfunciones en el mercado de trabajo español: los puestos que se quedan sin cubrir llegan al 9%; y el 80% de las empresas tiene problemas para cubrir sus vacantes. Informe accesible a 11.9.2024 en <https://www.adeccoinstitute.es/empleo-y-relaciones-laborales/necesidades-del-mercado-de-trabajo/>

dispuesta a aceptar por tener una ocupación¹³. Pero también la valoración de otros elementos distintos a los tradicionales de una relación laboral, en especial el cambio de empleador es visto como un aspecto positivo en sí mismo por cuanto mejora las competencias, conocimientos de otros sectores o el contacto con otras personas. Todos estos elementos provocaron en su momento una reacción que podemos ubicar cronológicamente en la denominada “Gran Dimisión” (Great Resignation) que surge en Estados Unidos tras la pandemia y que supuso una elevada dosis de abandono de sus puestos de trabajo, durante el periodo del confinamiento, motivados sin duda por el contexto histórico del mercado laboral norteamericano: contraste de escasas condiciones laborales (puestos de trabajo poco gratificantes) con puestos altamente exigentes¹⁴. Un fenómeno en todo caso aún por analizar y de consecuencias reales no del todo claras¹⁵.

Tal como sostiene R Piñero (2024) en el nomadismo digital se disocia el mercado de trabajo del lugar de residencia, con el objetivo de buscar una situación laboral con mejores condiciones laborales. Unas condiciones que aderezadas con estos cambios son progresivamente más distantes mostrando las sobresalientes diferencias entre grupos de trabajadores carentes de condiciones laborales decentes, con otros que manteniendo sus buenas condiciones laborales ganan espacios para más tiempo libre, compatibilizan mejor el cuidado de familiares a su cargo, disponen de un ambiente laboral orientado a su bienestar como mecanismo para la mejora de la productividad y con mayores dosis de protección social.

En este sentido, el nomadismo digital es un fenómeno que de igual forma permite visualizar la desigualdad entre condiciones laborales de personas trabajadoras. Una desigualdad extrema, para el caso de personas peor formadas que tienen que tienen que simultanear varios trabajos para sobrevivir, o en todo caso amplia, desde el propio colectivo de teletrabajadores del que forma parte y tiene su origen. Resulta especialmente interesante reflexionar en uno de los múltiples impactos que sobre la sociedad tienen las malas condiciones laborales¹⁶, se trata de la propia consideración que personas trabajadoras con peores condiciones laborales tienen en torno a la calidad de la democracia en su país o a su afectación por los procesos migratorios o su exclusión en los procesos de transición ecológica. Es decir, si las condiciones laborales influyen en cómo los empleados perciben la democracia, de tal manera que personas trabajadoras que están insatisfechos con sus condiciones laborales y su salario, y que tienen poca influencia en su trabajo, tienen actitudes negativas hacia la democracia en su país, así como hacia la inmigración, y se sienten amenazados por la transformación de la economía y el mundo laboral. Por el contrario, mejores condiciones laborales correlacionan con actitudes más positivas hacia la democracia y mayor confianza en sus instituciones y en la Unión Europea¹⁷. En este

¹³ Rodríguez-Piñero Royo, M. (2023); ¿Qué pasa en el mercado de trabajo español? Aproximación al Trabexit. *Trabajo, persona, derecho, mercado*, no 7, p. 13-18..

¹⁴ Rodríguez-Piñero Royo, M. (2024). La gran dimisión. Perspectivas jurídicas. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 5(2), 180-193. <https://doi.org/10.20318/labos.2024.8745>

¹⁵ Este interesante fenómeno ha dado lugar a la puesta en marcha del proyecto de investigación nacional TRABEXIT dirigidos por los prof. Rodríguez Piñero y Pérez Guerrero. Como apunta el prof. Rodríguez Piñero (2024) la denominación del grupo obedece a la tendencia de denominar con la raíz “exit” a todas las salidas, fugas y rupturas que se den. Es una salida (un “exit”) y lo es del trabajo, o al menos de algunos trabajos. Porque a nuestro juicio de lo que se trata no es tanto de dejar de trabajar (aunque en algunos casos éste sea el resultado), como de dejar trabajos o situaciones profesionales concretas. Se huye de las malas condiciones laborales, de empleos insatisfactorios, de una vida agobiada por las decisiones profesionales. Por esto hemos definido el Trabexit no como una huida del trabajo, sino del mercado de trabajo.

¹⁶ Más allá de las derivadas y más conocidas (por estudiadas) del fraude o el incumplimiento laboral.

¹⁷ Interesantes conclusiones a las que han llegado Bettina Kohlrausch, directora del Instituto de Investigación Económica y Social de la Fundación Hans Böckler (WSI), en su muy reciente estudio (accesible a 11.09.2024: <https://www.boeckler.de/en/survey-on-eu-elections-participation-opportunities-at-work-are-positive-for-democratic-clima->

trabajo trazaremos las señas de identidad de un fenómeno esencialmente poliédrico, dentro del marco legislativo transversal de la Ley 28/2024. Su abordaje mostrará como, bajo una aparente contemporaneidad del fenómeno, en el que frecuentemente son utilizados conceptos como la innovación y el conocimiento, se termina recurriendo a conocidas formulas que indirectamente abren el debate sobre la desigualdad a la vez que favorecen los clásicos conflictos de orden laboral dimanantes del equilibrio entre la flexibilidad laboral y las condiciones laborales dignas.

2. LA LEY 28/2022 Y LA CONSIDERACIÓN DE NÓMADAS DIGITALES

Más allá de los objetivos y medidas concretas que incorpora la reciente Ley 28/2022, ofrece un marco de contextualización idóneo para comprender mejor la figura del nómada digital. En este sentido considero que no resulta baladí que el propio título de la norma cite el término ecosistema. Un ecosistema es, en la segunda acepción del DRAE¹⁸, un conjunto completo de elementos relacionados que pertenecen a un determinado ámbito. Un ecosistema que precisa ser fomentado dentro de un modelo económico contemporáneo hiperglobal, interconectado y tremendamente competitivo, que la propia Comisión Europea orienta hacia la consideración del factor social¹⁹. El nómada digital es considerado en la norma como un elemento más que necesariamente se relaciona, pero también puede ser parte de estas empresas emergentes. Este perfil de empresas, junto con los emprendedores o trabajadores a distancia (como los cita la ley 28/2022) está basado en la innovación y el conocimiento, y convierten al nómada en una figura camaleónica perfectamente diseñada para adaptarse bien a cualquier rol. De este modo puede manifestarse como inversor, como parte de un proyecto de una start up, como trabajador por cuenta ajena (talento a retener), y en todos ellos también actúa como palanca dinamizadora del territorio en varias parcelas: desde la activación del consumo y la economía en territorios periféricos o como driver de otros profesionales o empresas con las que colaborar en la zona.

Lo sugerente es que cuando decimos que la norma ofrece contextualización a la figura, son los elementos que componen esta contextualización las que ofrecen un espacio para la reflexión con recorrido en el Derecho del Trabajo (en términos de flexibilidad / condiciones laborales). Se trata de las ventajas para el fomento del nomadismo digital apuntadas y que ahora analizaremos tales como el sistema retributivo, ventajas fiscales o facilidades para la movilidad entre países. Pero también contribuyen a abrir el debate en torno al propio diseño de las normas o la técnica legislativa utilizada, muy alejada de la tradicional separación de regulaciones específicas. Así como a la consideración de las propias particularidades de este colectivo, incardinables sin mucho esfuerzo como trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, o quizás candidatos a formar parte de la categoría de relación laboral especial, por sus particularidades relacionadas con la alta rotación y cambio de empresa: donde reside el verdadero interés para estos trabajadores, más centrados en ganar experiencias y conocer a otros compañeros,

te-60976.htm) presentado muy recientemente (10.09.2024). Misma línea de investigación de Brand, U., & Wissen, M. (2018). *The limits to capitalist nature: Theorizing and overcoming the imperial mode of living*. Rowman & Littlefield.

¹⁸ La primera obedece al sistema ecológico en el que habiente los seres vivos.

¹⁹ Tal como sostiene Henar Cuesta (2023), la transición ecológica ha de ser justa, “que no deje a nadie atrás” y que asuma y defienda en su desarrollo el trabajo decente, la inclusión social, la erradicación de la pobreza y el respeto y defensa del medioambiente, es decir, un sistema productivo capaz de aunar ecología y empleo. Para ello los principios del Proceso de Transición Justa (https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/La_Transicion_Justa/La-estrategia-de-transici%C3%B3n-justa.aspx (acceso 10.10.2024) plantean garantizar un desarrollo sostenible con mercados laborales inclusivos, generadores de empleos verdes, y conseguir una sociedad socialmente justa.

territorio, experiencias vitales, etc²⁰; o al diseño de su política retributiva y al impacto fiscal de la misma (similar a los altos directivos, etc). Todo ello sin olvidar las propias peculiaridades de la configuración de su jornada laboral.

Descendiendo sobre el detalle de las medidas y para impulsar este ecosistema la norma articula una serie de palancas orientadas a crear un espacio de confort para este grupo de personas que les hagan suficientemente atractivo permanecer en dichos territorios el mayor tiempo posible. Ello sobre la base de dos claros objetivos: reactivación económica y generación de ecosistema de oportunidades entre actores para vertebrar territorios periféricos²¹. Se trata de tres grupos de medidas: a) beneficios de carácter fiscal para los emprendedores, trabajadores e inversores; b) reducción de trabas administrativas y facilitación de visados y c) flexibilidad en la gestión de la empresa y en la aplicación de los principios mercantiles y concursales. Desde una perspectiva de técnica legislativa, la Ley 28/2022 justifica su enfoque en que las particularidades de estos actores casan mal con los marcos jurídicos tradicionales o clásicos: civil, mercantil, laboral, administrativo, con lo que demandan medidas de naturaleza más transversal. En efecto el perfil de la normativa que está detrás del fenómeno, responde a iniciativas de reforma más transversales (laboral, mercantil, fiscal, concursal, sanitaria, etc) que pretenden promover cambios culturales, no sólo económico-empresariales (emprendimiento) y profesionales en los entornos de empresas y trabajos²². Recordemos que la figura del nómada digital responde a la necesidad de dar cobertura a un nuevo estilo de vida, más que a la consideración de ofrecer un estatuto jurídico clásico (laboral o mercantil). De hecho más allá de esta norma se hace necesario el concurso de otras regulaciones profundamente relacionadas con los potenciales múltiples desempeños de los nómadas digitales.

En este sentido sin mucho esfuerzo identificamos la relevancia del Derecho mercantil en la regulación de las limitaciones a su movilidad por cuestiones de competencia postcontractual, confidencialidad, secretos industriales o propiedad intelectual encontramos una conexión. De la misma manera, el derecho de la competencia limita prácticas en materia de personal como las ofertas de contratación de empleados de otra empresa, o los pactos entre compañías para impedir el transfuguismo de profesionales cualificados. Aún más visible es el impacto del Derecho Fiscal y trato tributario que reciben en su vertiente de trabajadores autónomos (que puede incentivar o desmotivar el tránsito hacia el autoempleo), y sobre todo el tratamiento fiscal de las cantidades pagadas en supuestos de extinción del contrato, especialmente las indemnizaciones.

Por el objeto del estudio describiremos brevemente los dos primeros grupos de medidas: beneficios fiscales y reducción de trabas administrativas. En relación con los beneficios fiscales se plantean acciones de mejora de la fiscalidad en las fórmulas retributivas fundamentadas en la entrega de acciones o participaciones a los empleados,

²⁰ Parecido a lo que ocurre con los deportistas profesionales en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, en el que la consideración temporal del vínculo contractual y por ende su trabajo en sucesivos clubes, favorece la mejora de su trayectoria y crecimiento como deportista.

²¹ Así en la Exposición de motivos de la Ley 28/2022 se dice (...) En España se ha desarrollado un incipiente ecosistema de empresas emergentes en torno a algunos polos de atracción de talento, capital y emprendedores, que despuntan en el panorama europeo. Más allá de los centros urbanos, es fundamental fomentar el desarrollo de polos de atracción de empresas emergentes en ciudades periféricas, así como en entornos rurales, favoreciendo la interrelación de estas empresas y de los territorios para así aumentar su oportunidad de éxito. Incrementando los índices de innovación en el conjunto del territorio, más allá de las concentraciones urbanas, se podrá configurar una red de oportunidades para todos los ciudadanos independientemente del lugar en el que residan, favoreciendo la desconcentración de población y actividades y promoviendo la igualdad de derechos y oportunidades en todo el territorio.

²² Navarrete, C. M. (2022). Industria 5.0», ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: De la «ley de riders» a la «ley de nómadas digitales». Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 5-21. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/3243>

más frecuentemente conocido como “stock options”. Un elemento con amplio recorrido histórico y conocido en el ámbito de los sistemas retributivos de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Más concretamente, se eleva el importe de la exención de los 12.000 a los 50.000 euros anuales en el caso de entrega de acciones o participaciones a los empleados de empresas emergentes, exención que igualmente se aplica cuando dicha entrega traiga causa del ejercicio de opciones de compra previamente concedidas a aquellos²³. Se trata de una medida beneficiosa desde el punto de vista retributivo, a este perfil de empresas, muy condicionadas a variables fluctuantes, que no pueden pagar sueldos altos porque no tienen liquidez y no pueden comprometer una participación en los beneficios de la empresa por las limitaciones que el Derecho mercantil y tributario establecen a la emisión de acciones con este fin. De tal manera que la ley facilita a estas empresas la adecuación de la política retributiva a tal situación y necesidades, al flexibilizar la generación de autocartera en las sociedades limitadas –que es la forma jurídica de la mayoría de las empresas emergentes– y mejorar con ello, la tributación a la retribución mediante las acciones o participaciones sociales propias de estas empresas a sus trabajadores. Una medida puramente orientada y paradigma absoluto de la máxima flexibilidad empresarial.

Además, el marco retributivo y de incentivos salariales fundamentado en las stock options, es el instrumento en el que con más claridad concurren elementos de fiscalidad y la gestión laboral. Contiene además aspectos del debate que de una u otra forman están ahora (de nuevo), en el centro de la reforma del coste de la indemnización por despido. En este caso sobre su integración o no en el cálculo de la indemnización por despido, según se considere o no salario²⁴. En todo caso este régimen retributivo tan atractivo no persigue tanto hacer más complicado o sencillo el trámite del despido acausal para el empresario (justo en el debate sobre el alcance jurídico del contenido de la carta social europea y las sentencias que se hacen eco de ella), sino servir de incentivo a la máxima retención temporal del nómada en territorio español, sin provocar un sobrecoste para la empresa, siendo consciente además de que tarde o temprano saldrá de la empresa por motivos muy probablemente ajenos a estas ventajas.

En paralelo con esta medida, se mejora el acceso al régimen fiscal especial aplicable a las personas trabajadoras desplazadas a territorio español. En particular, se disminuye el número de períodos impositivos anteriores al desplazamiento a territorio español durante los cuales el contribuyente no puede haber sido residente fiscal en España, que se reduce de diez a cinco años, con lo que se hace más sencillo el acceso al régimen. Además, se extiende el ámbito subjetivo de aplicación del régimen a los trabajadores por cuenta ajena, al permitir su aplicación a trabajadores que, sea o no ordenado por el empleador, se desplacen a territorio español para trabajar a distancia utilizando exclusivamente medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, así como a administradores de empresas emergentes con independencia de su porcentaje de participación en el capital social de la entidad²⁵. Respecto del talento extranjero, la disposición final quinta incorpora un conjunto de medidas de naturaleza migratoria orientadas a facilitar la entrada y residencia no solo a los profesionales altamente cualificados sino también al emprendimiento y la inversión. Así, se crea una nueva categoría de visado y de autorización de residencia.

²³ Para ello se incorpora una disposición final tercera por la que se modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

²⁴ Vid. Entre otras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Sevilla 1167/2021, de 29 de abril, con amplia cita de la doctrina jurisprudencial.

²⁵ Además, se establece la posibilidad de acogerse al régimen especial, esto es, de optar por la tributación por el Impuesto de la Renta de no Residentes, a los hijos del contribuyente menores de veinticinco años (o cualquiera que sea su edad en caso de discapacidad) y a su cónyuge o, en el supuesto de inexistencia de vínculo matrimonial, el progenitor de los hijos, siempre que cumplan unas determinadas condiciones.

El visado para el teletrabajo de carácter internacional permite entrar y residir en España durante un máximo de un año mientras que sus titulares trabajan para sí mismos o para empleadores en cualquier lugar del mundo. Además, la autorización de residencia para el teletrabajo internacional permite a los extranjeros que ya se hallan de forma regular en España, por ejemplo, aquellos que están estudiando en España o los que siendo titulares de un visado de teletrabajo vayan a agotar dicho año de residencia y quieran continuar en España, solicitar una autorización por un período máximo de tres años, renovable por un período de dos años, pudiendo obtener la residencia permanente a los cinco años. Fruto de esta utilización constante del término teletrabajador internacional, se introduce una definición en el artículo 74 bis:

“1. Se halla en situación de residencia por teletrabajo de carácter internacional el nacional de un tercer Estado, autorizado a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En el caso de ejercicio de una actividad laboral, el titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional. En el supuesto de ejercicio de una actividad profesional, se permitirá al titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 % del total de su actividad profesional”.

Justamente, una vez más se acude a un recurso con recorrido previo. Hablamos de la regulación de las popularmente conocidas como “visas oro”, más exitosas para las personas inversoras inmobiliarias que para las profesionales de alta cualificación extracomunitarias, desde su puesta en práctica en 2013. Estos “visados vip” son especialmente valorados por el sector, porque realmente facilitan la movilidad internacional sin aumento de gasto. Muchas de las start ups punteras están dirigidas por talento venido de fuera, de ahí su valor para facilitar trámites. Por supuesto, el atractivo de este visado especial no reside solo en facilitar la tramitación, sino en ofrecer un régimen impositivo tan favorable que convenza a las empresas y personas teletrabajadoras foráneas para que elijan un territorio como destino.

Finalmente se incorpora una mejora en los costes sociales derivados de la cuota de autónomo (hasta el 100%) en caso de pluriactividad, lo que permite simultanear la actividad por cuenta propia con actividades por cuenta ajena. La disposición final cuarta, modifica la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, para añadir un nuevo artículo 38 quinquies en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, con la siguiente redacción:

“Artículo 38 quinquies. Bonificación de cuotas en favor de trabajadores autónomos de empresas emergentes en situación de pluriactividad.

A los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos por poseer el control efectivo, directo o indirecto, de una empresa emergente regulada en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, y que, de forma simultánea, trabajen por cuenta ajena para otro empleador, les resultará de aplicación una bonificación del cien por cien de la cuota correspondiente a la base mínima establecida con carácter general, en cada momento, en el citado régimen especial durante los tres primeros años”.

3. ENTRE LAS NECESIDADES EMPRESARIALES Y LAS TUTELAS LABORALES

Pese a la literatura que justifica la necesidad de la entrada en vigor de la Ley 28/2022, cargada de terminología de innovación y conocimiento, la norma recurre sin embargo a instrumentos antiguos, situados muy en la órbita de la máxima flexibilidad empresarial y a la vez fundamentalmente orientados a generar un generoso espacio de confort salarial, fiscal y administrativo a un colectivo que hace no mucho tiempo era residual desde un punto de vista cuantitativo, y profundamente entregado a ser nómada. Esto es, individuos que antes o después se irán de estos territorios periféricos con independencia de las ventajas de las que disfruten. De tal manera que se generan dudas razonables sobre si estas medidas son igualmente eficientes para mantener vivo el ecosistema con otros actores locales (profesionales, empresas, instituciones y universidades de la zona) en el tránsito ordinario entre nómadas. O dicho de otro modo, ¿garantizada la rotación del nómada ¿garantizan estas normas la sostenibilidad del ecosistema en los territorios periféricos?

Por otra parte, esta aparente confluencia de áreas de intereses entre necesidades empresariales y tutelas laborales puede quedar diluida por la relevancia de ciertos matices: estos trabajadores pueden ser a su vez inversores y emprendedores, con escaso o nulo espíritu de pertenencia a los territorios, empresas y/o proyectos de los que participa o invierte, por la propia finalidad de los mismos: como inversor le interesa fundamentalmente el porcentaje de ganancia o el tiempo para el retorno de la inversión, y como persona seguir viajando y viviendo nuevas experiencias (ser nómada es un estilo de vida). Por otra parte, pese al incremento del colectivo, sigue siendo muy residual en comparación con el resto de trabajadores por cuenta ajena. Todo ello sobre un contexto económico contemporáneo que más allá de su caracterización, está notablemente marcado por los impactos sobre el factor social desde una técnica legislativa transversal que parece se impone pero que a su vez corre ciertos riesgos de dispersión.

En todo caso la Ley 28/2022 si bien rescata esos instrumentos clásicos, abre igualmente debates ya conocidos aunque con aristas nuevas singularmente interesantes. Una de ellas tiene que ver con la desigualdad de las condiciones de trabajo en función de las mejoras tributarias entre países o la desigualdad en la visión de la calidad de la democracia y en los procesos de transición económica injustos con el escenario de los experimentos para mejorar las desigualdades territoriales (rescates de los territorios periféricos). Así este tipo de reformas legales en las que aparentemente se persigue mejorar las condiciones laborales de los trabajadores y orientar hacia un modelo de desarrollo económico más pendientes de los desequilibrios sociales, implican un riesgo real de generar más desigualdad entre condiciones laborales de trabajadores y más desigualdad entre territorios. Como sostiene Molina Navarrete (2022) personas jóvenes que trabajan en sectores innovadores, como el marketing digital con actitudes creativas y emprendedoras son cautivadas por mensajes relacionados con el libre desarrollo de la personalidad, la mejora de la creatividad y el talento pero realmente están sometidas a la explotación digital, ¿merece la pena este sacrificio?. Dependerá como siempre de la calidad de las condiciones laborales.

Por otra parte, más allá de que este colectivo pueda activar el turismo en determinados territorios, sobre los que al día de la fecha no disponemos de datos o información precisa ¿existen evidencias o al menos casos de éxito en los que dinamicen la economía de esos territorios periféricos, si acaso interactúen con otros profesionales o empresas de la zona, más allá de su impacto sobre el sector inmobiliario o del sector servicios?

Así mismo plantea espacios de análisis interesantes en torno a los procesos de desconexión digital, el avance en derechos relacionados con el respeto a la conciliación

de la vida personal y familiar, sin dejar a un lado el incipiente debate generado por la incorporación de la reducción de la jornada laboral, cambios todos orientados hacia el bienestar de las personas trabajadoras. Derechos cuya relevancia se hace más notable en modelos de negocios relacionados con las plataformas digitales. Así, el negocio de Zoom, Teams (ahora con Microsoft Viva) o Webex (People Insight) se está reorientando a crear plataformas completas de teletrabajo. En todas, con la extensión del teletrabajo y del trabajo híbrido, las aplicaciones de videollamadas y chats profesionales que se transforman en plataformas con múltiples funciones orientadas a mejorar tanto la productividad como el bienestar de las personas empleadas que trabajan completa o parcialmente en remoto.

Finalmente citamos el impacto de esta manera de trabajar con riesgo psicosociales. En este ámbito destaca la faceta sociolaboral de la nueva estrategia de salud mental 2022-2026²⁶. El acento en la mejora de los entornos laborales se hace desde un triple enfoque: la reducción de los factores de riesgo que actúan como estresores (lógica preventiva), el desarrollo de los aspectos positivos y las cualidades y capacidades de las personas empleadas, que actúan como factores de protección (lógica promoción), así como la gestión de los problemas de salud mental (psicosocial) al margen de su causa, interna y/o externa (lógica integral).

4. CONSIDERACIONES FINALES

De cara a futuras investigaciones se hace patente el interés por evidenciar si el nomadismo se configura realmente como un fenómeno que aglutina un cambio o transformación sobre los hábitos y estilos de vida y en qué medida responde a los objetivos de activación económica en los términos analizados en este estudio. Estamos en cualquier caso ante una línea de investigación más cercana a conocer el impacto económico y social sobre los territorios y sus actores, sin pasar por alto su vinculación con el complejísimo fenómeno del turismo de masas. Desde una perspectiva jurídico laboral el nomadismo digital se sitúa en el sugerente espacio del proceso de transformación del mercado laboral: un elemento más para el catálogo de reactivación de la vida laboral, o el nivel del umbral de tolerancia ante muy diversos tipos y ambientes de trabajo. Muy conectado de igual manera con las expectativas sociales de la sostenibilidad dentro del apremiante escenario del cambio climático, en un contexto socio, geo-político, y económico en permanente estado de transformación.

Queda patente en la Ley 28/2024 la vinculación entre la promoción del nomadismo junto con la retención del talento está directamente relacionado con el mejor tratamiento fiscal. Parece claro, tanto para el éxito de las start ups como para la proliferación del trabajo nómada internacional que el factor fiscal es determinante. Argumento que a su vez introduce dos interesantes cuestiones. La primera tal como sostiene Molina Navarrete (2022) gira en torno a si la propia gobernanza económica ha considerado que no hay crecimiento sostenible sin progreso social y en su consecuencia un nuevo concepto, Industria 5.0, para que el fin de hacer regresar a las personas, al centro de la innovación (tecnológica, económica y social) y no dejar a nadie atrás, no quede como una mera afirmación programática sin efectos prácticos reales. La segunda tiene que ver con la reflexión que plantea Thomas Piketty²⁷: ¿Es sostenible social y económicamente un modelo de crecimiento basado en concentrar la riqueza, en la devaluación de condiciones

²⁶ Acceso a documento íntegro 11.09.2024 en https://www.sanidad.gob.es/bibliotecaPub/repositorio/libros/29236_estrategia_de_salud_mental_del_Sistema_Nacional_de_Salud_2022-2026.pdf

²⁷ Piketty, T. (2019). La economía de las desigualdades: cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza. Siglo XXI Editores.

de empleo y de trabajo y en la reducción de la capacidad fiscal de los Estados, mediante políticas basadas en privilegios fiscales a las personas con rentas más altas –élites empresariales y profesionales?

Malas condiciones laborales tienen igualmente impactos negativos sobre la salud de las democracias. Democratizar la economía, y la sociedad en su conjunto, significa dar a los empleados y ciudadanos una participación activa en lo que se debe producir, dónde, cómo y por quién, y puede llevarse a cabo a varios niveles. No fomentar la democracia en el trabajo pone en riesgo el futuro de nuestras democracias políticas y, en última instancia, podría llevar a regímenes autoritarios que multiplican la distancia hacia un nuevo modelo económico que sea amigable con las personas, la naturaleza y el clima.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bartosik-Purgat, M. (2018). Digital nomads–entrepreneurship or new lifestyle?. *Przedsiębiorczość i Zarządzanie*, 19 (2.1), 259-266.

Brand, U., & Wissen, M. (2018). The limits to capitalist nature: Theorizing and overcoming the imperial mode of living. Rowman & Littlefield. <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=juPaDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR7&dq=Ulrich+Brand+and+Markus+Wissen+address+in+their+new+book+%22Capitalism+at+the+Limit.+Eco-imperial+tensions,+contested+crisis+policies+and+solidarity+perspectives+&ots=9uen1j08gL&sig=ojHTyc9OUt9hwOoT2Hxu-lIiwCs>

Brand, U., & Wissen, M. (2021). The imperial mode of living: Everyday life and the ecological crisis of capitalism. Verso Books. <https://books.google.es>

**EL DILEMA DE LOS JÓVENES ANTE LA INSUFICIENCIA
DE RENTAS: CÓMO LA FALTA DE INGRESOS AFECTA A
LAS DECISIONES SOBRE VIVIENDA O AHORRO PARA LA
JUBILACIÓN**

JOSÉ IVÁN PÉREZ LÓPEZ

GRUPO PAIDI SEJ-587 sobre

*Economía y fiscalidad frente al Envejecimiento Poblacional
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

Universidad de Málaga

joseivanperezlopez@gmail.com

ORCID: 0009-0005-0865-0125

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO NORMATIVO VIGENTE RELACIONADO CON EL EMPLEO JUVENIL,
LA VIVIENDA Y EL SISTEMA DE PENSIONES
3. EL SISTEMA DE PENSIONES ESTATAL
4. SITUACIÓN ACTUAL DEL EMPLEO JUVENIL EN ESPAÑA
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA FINAL

* También ha sido realizado en el marco de las Redes de I+D+i de la Universidad de Málaga titulados: «Hacia una transformación digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales» (referencia B1-2023_031), y «El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar» (referencia B1-2021_11) y el Proyecto Nacional PID2022-140298NB-I00 «La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica».

EXTRACTO (ABSTRACT)

Diversos son los estudios que afirman de forma persistente las distintas proyecciones discriminatorias que indican en las personas jóvenes. El empleo juvenil se encuentra gravemente comprometido, atravesando una situación crítica llena de variables de carácter socio-laboral, demográfico y político. El análisis de las distintas normativas de fomento del empleo juvenil, recepciona las iniciativas europeas como si su solución no requiriese una respuesta heterogénea, dinámica y variada. Con un panorama geopolítico sin precedentes e inmersos en una crisis multifacética, el sentido de preguntarse acerca del futuro se antoja atrevido. El salario, definido por la doctrina como el conjunto de contribuciones que recibe una persona por desempeñar su actividad, adquiere en pleno siglo XXI una nueva categoría autónoma, de carácter existencial, al proyectarse sobre sus propósitos, deseos, fines y objetivos vitales. Sin embargo, la insuficiencia de salarios representa un desafío crítico para el bienestar socio-económico de la población, habida cuenta de la ineffectividad de determinadas disposiciones normativas que no logran adaptarse a este nuevo paradigma laboral. En este trabajo se abordará, desde una perspectiva jurídico-social, las distintas leyes reguladoras que inciden sobre la vivienda, las políticas y planes de garantía sobre el empleo y la precariedad contractual laboral y como las mismas afectan a las personas jóvenes. También se analizará la situación actual del salario medio de los jóvenes y su afectación sobre el acceso a la vivienda tanto en propiedad como arrendamiento y su cotización a la Seguridad Social, utilizando para ello diversos datos de naturaleza estadística procedente mayoritariamente del Instituto Nacional de Estadística. Por último, se propondrán sugerencias que puedan revertir, mejorar o cambiar la situación actual de los jóvenes frente a los desafíos emergentes que se les presenta en la actualidad.

1. INTRODUCCIÓN

Las políticas de empleo se erigen como un elemento troncal con capacidad para delimitar y conceptualizar concretas vicisitudes de las relaciones laborales en el empleo y en la juventud. Estos agentes poseen la legitimidad suficiente para intervenir en dichas relaciones frente a la especial y persistente gravedad que impactan actualmente en el bienestar y desarrollo profesional de los jóvenes. Sin embargo, el principal enfoque de dichas políticas de empleo pivotan sobre la precariedad y flexibilidad laboral, ignorando otras realidades extrínsecas que permean la concepción de lo social, escapando del ámbito de actuación propio de un Estado del bienestar. Esta rigidez de las políticas laborales constituye otro factor interviniente al tratar el fenómeno de la empleabilidad juvenil como un compartimento estanco inmutable y no como un fenómeno dinámico y heterogéneo, imposibilitando políticas alternativas estructurales eficaces dentro del mercado laboral actual que afecta de lleno a los salarios y su implicación en diferentes áreas, dimensiones, ámbitos etc.

La precariedad laboral de los jóvenes en España se arraiga como uno de los paradigmas más relevantes en el panorama socioeconómico actual. A pesar de ser uno de los grupos más formados de la historia, los jóvenes españoles enfrentan altos índices de desempleo, contratos temporales y salarios bajos, lo que dificulta su independencia económica y desarrollo profesional. Esta situación, agravada por factores como la crisis económica de 2008 y la pandemia de Covid-19, ha generado una creciente incertidumbre sobre su futuro y ha impulsado el debate en torno a la necesidad de reformas laborales que promuevan una mayor estabilidad y oportunidades en el mercado de trabajo para

las nuevas generaciones. Uno de los factores que agrava esta situación es la precariedad laboral. Muchos jóvenes se ven obligados a aceptar trabajos temporales, a tiempo parcial o fijos discontinuos.

El siguiente factor proviene como consecuencia del primero, ya que mediante el uso de modalidades de contratación fraudulentas por parte del empleador o empresario, se incide a largo plazo en la cuota de jubilación de la persona trabajadora. La inflación, la brecha digital, las competencias digitales, el envejecimiento de la población y el acceso a la vivienda, producen un efecto más erosivo o perjudicial en determinados colectivos necesitados de una tutela específica por parte de los Poderes Públicos. La doctrina científica evidencia otros factores concretos relacionando su baja empleabilidad con la ausencia de competencia específicas, el abandono escolar y la exclusión social.

Respecto a la situación de la vivienda en España, existe otra notable ausencia de oferta de bienes inmuebles lo que dificulta la emancipación e independencia de las personas jóvenes. Por su parte, las distintas disposiciones normativas relacionadas con la vivienda están brillando por su ausencia en términos de efectividad. La grave carencia de oferta de inmuebles disponibles, los precios de adquisición en arrendamiento o en propiedad y la difícil conciliación entre las políticas de vivienda social y la propiedad privada las hace inaccesibles. El salario insuficiente, elemento común implicado en todos los factores citados, impide el acceso al ahorro, la emancipación, calidad de vida y en definitiva, la imposibilidad de realización de sus proyectos vitales. Con dos crisis económicas a las espaldas de las personas jóvenes, la ausencia de oportunidad laboral y la fragilidad del mercado laboral, el futuro de las personas jóvenes se presenta, cuanto menos, incierto.

2. MARCO NORMATIVO VIGENTE RELACIONADO CON EL EMPLEO JUVENIL, LA VIVIENDA Y EL SISTEMA DE PENSIONES

2.1. El concepto de juventud y su incidencia en las políticas de empleo

La reciente promulgación de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, regula las políticas públicas de empleo, definiendo las estructuras, recursos, servicios y programas del Sistema Nacional de Empleo. Su objetivo es planificar, coordinar y ejecutar la política de empleo, garantizando una adecuada oferta de servicios a los demandantes y contribuyendo a la creación de empleo, reducción del desempleo, mejora de la empleabilidad, reducción de las brechas de género y fomento de la cohesión social y territorial. La promulgación de esta Ley conserva intacta la perspectiva de la Unión Europea, ya que se limita a vincular la empleabilidad juvenil y la formación profesional con el sistema educativo, pero dentro de un complejo entramado administrativo excesivamente burocrático. También se observa un enfoque centralizado de las políticas de empleo joven, desplazando a las Comunidades Autónomas como actor principal generando rigidez en sus políticas.

Dentro de su cuerpo normativo, el art. 50 reconoce a los jóvenes como colectivo de atención prioritaria para la política de empleo. Llama poderosamente la atención dos aspectos: el primero relativo a la definición de persona joven (arts. 3.2º e) y 53), mediante un exclusivo criterio etario-temporal y, el segundo, la patente discriminación palmaria por razón de edad a aquellos jóvenes mayores de 30¹. Eso choca de lleno con uno de

¹ Aunque la mencionada Ley reconozca la condición de persona joven a aquella cuya edad sea inferior a 30 años y perteneciente al Programa de Garantía Juvenil, existe una incongruencia, y es que el límite de este programa son 29 años y no 30. *Vid.* <https://www.sepe.es/HomeSepe/es/Personas/encontrar-trabajo/Garantia-Juvenil/preguntas-frecuentes-garantia-juvenil.html>

los principios rectores de dicha ley (art. 5.a)². La calificación de una persona joven no debe llevarse a cabo únicamente mediante dichos criterios sino también mediante una interpretación sociológica o teleológica del concepto de persona joven habida cuenta de la realidad social en la que opera actualmente. Podría decirse que la conceptualización de persona joven se proyecta en dos dimensiones: en su condición social y en su imagen cultural. En ambas dimensiones subyacen multitud de vivencias dotadas cada una de una heterogeneidad existencial innegable, por lo que aislar el concepto de juventud como un agente homogéneo y unánime despojaría al legislador de un foco de atención reconocer de otras situaciones desiguales y discriminatorias³. Según datos provenientes de Comisiones Obreras, cerca del 80% de los jóvenes mayores de 30 años no es capaz de emanciparse. Estos jóvenes quedan desamparados de la protección de la citada normativa por edadismo, un fenómeno que, a la vista de la situación demográfica en España, empieza a cobrar mayor relevancia⁴.

El mantenimiento de dicho criterio y, según la pirámide de población en España de 2023⁵, implicaría dejar fuera del ámbito de actuación de las políticas de empleo joven a 25.050.039 personas jóvenes mayores de 30 (cuya representación porcentual en la población total supone el 52,4% aproximadamente). También implica la exclusión al Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027, despojando a una gran parte de la población de uno de los recursos para la promoción del empleo juvenil más relevante de España. Andalucía replica el mismo criterio patológico discriminador en sus políticas para desempleados al excluir igualmente a los jóvenes mayores de 30 años de su Plan de Garantía juvenil. La delimitación etaria del concepto *trabajador joven*, supone una pérdida de oportunidad laboral que lo defenestra de las políticas de empleo y con ello, vulnerando la dimensión individual del derecho del trabajo respecto al acceso al pleno empleo (arts. 35.1, 40.1 y 2 CE) elaborada por la doctrina del Tribunal Constitucional SSTC 22/1981; 119/2014 de 16 de junio y 104/2015 de 20 de mayo. Esta intervención pública se encuentra además íntimamente ligado a la propia solidaridad de la distribución del trabajo⁶.

² Cabe recordar, de conformidad con su preámbulo, que dicha ley trae causa del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia como instrumento de consecución del Componente 23 de dicho Plan, titulado: «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», encuadrado en el área política VIII «Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo», cuyo objetivos son, en el marco del diálogo social, la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales de manera que permita corregir las debilidades estructurales, con la finalidad de reducir el desempleo estructural y el paro juvenil. Resulta irónico que el articulado de la mencionada Ley 3/2023 no haya calado el espíritu de su preámbulo. No obstante, si puede ser objeto de interpretación en virtud de la STC 36/1981 de 12 de noviembre, la cual reconoce que aunque el preámbulo no tenga carácter normativo, es un elemento para tener en cuenta en la interpretación de las leyes.

³ Úbeda, M., Illa, O., Toscano, E., Sánchez, I., Rojo, E., Wrede Jäntti, M., Strecker, T., Serés, À., Gómez Quintero, J. D., Henríquez, R. M., Riera, C., Cuesta, O., Cabañas Piqué, M. À., Feixa, C., Reis, P., Luque, S., Gómez, M. J., Pac, D., Ballester, E., “Jóvenes, Trabajo y Futuro”, en “Jóvenes, Trabajo y Futuro” (A. Pardell, Coord.), *Tirant lo Blanch*, 2018, pp. 437 y ss.

⁴ Según datos provenientes del Resumen ejecutivo “Informe Juventud en España 2020”, España cuenta con 10.094.500 jóvenes de entre 15 y 29 años. Desde mediados de la década de los noventa hasta 2020, este número se ha reducido en casi tres millones, convirtiendo a España en el segundo país con menos población joven porcentualmente de toda la Unión Europea. La cohorte de edad comprendida entre los 15 y los 29 años alcanza el 10,8% de la población hombres (5.098.616) y el 10,5% mujeres (4.995.884). Por su parte, los mayores de 50 años suponen el doble de personas que la juventud española, lo que se traduce en un escaso peso cuantitativo de estos últimos. Datos disponibles en: <chrome-extension://efaidnbmninnipcecgpclecfndmkaj/https://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2021/03/informe-juventud-en-espana-2020-resumen-ejecutivo.pdf>

⁵ Pirámide de población. Datos disponibles en: <https://inclasns.sanidad.gob.es/report/population/>

⁶ Ahumada, J. E. L., “El debate relativo a la reforma de la legislación de empleo en España”, *Noticias CIELO*, España, 2023, pág. 1.

Esta limitación afecta a los salarios de aquellas personas trabajadoras que no pueden acceder al sistema de empleo juvenil ni a los programas de promoción de empleo joven promovidos por la Unión europea y en ellas produce:

- Pérdida de oportunidad de empleo o exclusión laboral. Los programas estatales para jóvenes suelen incluir incentivos para la contratación, como subsidios salariales, bonificaciones, exenciones fiscales. Desde el punto de vista del empleador o empresario, la contratación de personas trabajadoras comprendidas entre 18-30 años se hará más atractiva dentro del proceso de selección de candidatos a una vacante concreta, generando discriminación⁷, y acrecentando las desigualdades sociales⁸.
- Dificultad de acceso a programas de formación y reciclaje. La exclusión de estas personas en Planes de renovación, adaptación y adquisición de competencias, propicia el mantenimiento de las distintas discriminaciones actuales, como la brecha digital, la sobre cualificación y la brecha de género, contribuyendo a la transformación de discriminaciones coyunturales en estructurales dentro del propio sistema de empleabilidad estatal.
- Segmentación del tejido laboral. La limitación de acceso a determinados programas puede provocar una división o fraccionamiento del actual mercado laboral. El acceso limitado a ciertos programas puede llevar a la segmentación del mercado laboral, donde los trabajos mejor remunerados y con mayores beneficios son más accesibles para los jóvenes, dejando a las personas no tan jóvenes en puestos con salarios más bajos y menos estabilidad laboral. El mercado se subdivide en otro con condiciones laborales diferentes. Algunos factores se relacionan con el origen del trabajador (persona extranjera/nacional), la economía sumergida (inaplicación fraudulenta de la normativa laboral), o con un uso espurio de las fórmulas de contratación empleadas (contratación formal/contratación real; contratación temporal/ contratación fija-discontinua.

Frente a este panorama, adquiere protagonismo la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales. En relación con las políticas de empleo, tiene como objetivo conseguir para 2030 que el 78% de la población con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años tenga un empleo, dejando caer que la distinción joven-mayor-maduro constituye una disyuntiva estéril de cara a las políticas de empleo pues fija también como objetivo general la participación de más de la mitad de la población europea en programas participar en programas de formación y reciclaje constante⁹. No obstante, huelga decir que este nuevo e innovador criterio no es el seguido de forma general en el ámbito supranacional.

2.2. Situación legal de la vivienda en España

El derecho de propiedad se encuentra consagrado en el artículo 33.1 CE y en el 348 del Código Civil, habida cuenta de la regulación propia de las Comunidades Autónomas con competencias en Derecho Civil, pero siempre sujetas a la proyección constitucional recogida en el 33.1 y 2 CE.

⁷ Este tipo de discriminación podría calificarse como discriminación por asociación, art. 6.2 a) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación.

⁸ Moreno Mínguez, A., “La empleabilidad de los jóvenes en España: Explicando el elevado desempleo juvenil durante la recesión económica”, *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, Barcelona, 2015, p. 50.

⁹ Hermosilla, O. M., “Apoyo activo para el empleo: Paquete de apoyo al empleo juvenil”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Jaén, 2023, pp. 163 y ss.

De conformidad con la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, la Constitución española reconoce, en su artículo 47, el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada e impone seguidamente a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el referido derecho. Todo ello como proyección de su artículo 9.2, lo que explica su ubicación sistemática en el capítulo III del título I de la norma fundamental, referido a los principios rectores de la política social y económica. Dichos preceptos constitucionales se encuentran íntimamente ligados al derecho de propiedad reconocido en el artículo 33.1 pero especialmente en el apartado 2 por cuanto afirma que la función social será objetivo de delimitación del derecho de propiedad. Tal y como afirma el Tribunal Constitucional en SSTC 152/2003 de 17 de julio; 39/1987, de 26 de marzo y 281/2005, de 7 de noviembre, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de status jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae. La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo como un conjunto de derechos y obligaciones establecido, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la comunidad. Esta función social ha permeado de forma evidente el espíritu de la citada Ley 12/2023 de 24 de mayo, al insistir en el conjunto de derechos y deberes de los propietarios de vivienda que inciden en la salvaguarda de la función social que debe ser inherente a la vivienda. En España, según datos provenientes del INE, el régimen de tenencia de la vivienda en propiedad asciende al 75,2 % y un 16,1% en arrendamiento¹⁰. Pese a ser notablemente residual el porcentaje de la población que posee vivienda en régimen de arrendamiento, supera en 2,4 puntos al del censo de 2011, que fue del 13,5% y el de la vivienda en propiedad, el cual bajó un 3,7% con un 78,9% en el mencionado año. Dichos datos materializan de forma objetiva una tendencia hacia la adquisición de la vivienda en arrendamiento y no en propiedad. No obstante, parece que la mencionada Ley de Vivienda enfoca sólo una parte de los factores que incide en la adquisición de la vivienda, pues la mayoría de su articulado se centra en el alquiler y no tanto en la propiedad. Esta ley a reformado algunos preceptos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, ofreciendo una mayor protección a los arrendatarios respecto a la renta (art. 17.6 LAU) cuando el arrendador sea gran tenedor de vivienda; prórrogas extraordinarias (art. 10.3 LAU); determinados derechos procesales (439.6 b y c y 439.7 LEC) como intento de conciliación previo como requisito de admisibilidad de la demanda al arrendador gran tenedor de vivienda; asunción de la carga de probar la no vulnerabilidad económica del arrendatario etc.. También ha reconocido la protección pública de una reserva de suelo dedicada a vivienda social a fin de propiciar viviendas asequibles. Ha creado el concepto de mercado tensionado el cual se define como aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado. El Ministerio de la Vivienda a calificado como tal a más de 200

¹⁰ Censos de población y viviendas 2021, resultados sobre hogares y viviendas, INE. datos disponibles en: chrome-extension://efaidnbmnnpkajpegclclefindmkaj/https://www.ine.es/prensa/censo_2021_jun.pdf

municipios en Cataluña¹¹, lo que conlleva para los propietarios de vivienda en esa zona una serie de restricciones e intervenciones limitativas del derecho de propiedad como el recargo de hasta el 150% en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles para dueños con viviendas desocupadas sin alquilar. Otro de los aspectos más controvertidos radica en la tensión entre las dos dimensiones que contienen el derecho constitucional de propiedad, es decir, la dimensión individual y la dimensión constitucional. Esta ley trae consigo las influencias del intento de regularizar y controlar la burbuja inmobiliaria de 2016 en la Comunidad Autónoma de Cataluña así como de poner coto a las viviendas propiedad de fondos buitres¹². La intervención estatal sobre la propiedad privada está erosionando dicho derecho por cuanto reconoce una modalidad de expropiación sobre sus propietarios¹³. Esta situación unida al propio modelo económico constitucionalmente reconocido, genera el efecto contrario que la Ley de Vivienda persigue, pues muchos de los propietarios de vivienda se ven preocupados por el miedo a no poder recuperar sus inmuebles por impago de rentas, dilatados procedimientos legales de pronóstico incierto y el fenómeno de la ocupación. Aunque la ley busca principalmente regular a los grandes tenedores de vivienda, las medidas pueden también afectar a los pequeños propietarios, quienes representan una parte significativa del mercado de alquiler en España. Estos propietarios pueden verse desincentivados a alquilar sus inmuebles debido a la incertidumbre regulatoria y las limitaciones en la fijación de precios. Ello provoca una tendencia expansiva de los inmuebles hacia el mercado inmobiliario de la compraventa en lugar del mercado arrendaticio, generando menos oferta de vivienda en alquiler. El precio del arrendamiento de vivienda en España ha aumentado un 78% desde 2014¹⁴. Este deterioro progresivo del mercado del alquiler se ha visto agravado con la promulgación de la Ley de la Vivienda, ya que desde su entrada en vigor, se produjo un aumento repentino del 5% en el precio de arrendamiento de vivienda, pasando de 11,6 euros/m² en mayo de 2023 hasta

¹¹ Resolución de 14 de marzo de 2024, de la Secretaría de Estado de Vivienda y Agenda Urbana. «BOE» núm. 66, de 15 de marzo de 2024, ha reconocido a Sant Boi de Llobregat, Sant Celoni, Sant Climent de Llobregat, Sant Cugat del Vallès, Sant Esteve Sesrovières, Sant Feliu de Guixols, Sant Feliu de Llobregat, Sant Fost de Campsentelles, Sant Fruitós de Bages, Sant Joan Despi, Sant Just Desvern, Sant Pere de Ribes, Sant Pol de Mar, Sant Quirze del Vallès, Sant Sadurní d'Anoia, Sant Vicenç de Montalt, Sant Vicenç dels Horts, Santa Coloma de Cervelló, Santa Coloma de Farners, Santa Coloma de Gramenet, Santa Margarida de Montbui, Santa Perpètua de Mogoda, Santa Susanna, Sarrià de Ter, la Seu d'Urgell, Sitges, Solsona, Sort, Tarragona, Tàrrrega entre otros.

¹² Aznar, S. N., «El Proyecto de Ley de vivienda 2022», *Fedea*, Tarragona, 2022, pp. 1 y ss.

¹³ Dicha Ley no está exenta de polémica ya que trae causa de la influencia de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, declarando inconstitucionales algunos preceptos por la STC 37/2022 de 10 de marzo de 2022 afirmando el TC que vulneran el art. 33 CE, en la medida en que limitan la facultad de disfrute del propietario de la vivienda, en cuanto que vacían de contenido económico la renta a percibir por el arrendador, al obligarle a sujetarse al régimen de contención de rentas previsto en dichos preceptos. La demanda recuerda que el legislador, al regular el contenido del derecho de propiedad, ha de respetar su contenido esencial, esto es, el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Este contenido se rebasa o se desconoce cuándo el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección. La demanda señala que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. También admite la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, pero sin que lleguen a anular la utilidad meramente individual del derecho.

¹⁴ Estudio denominado: “variación acumulativa de la vivienda en España 2024 Fotocasa”. Documento disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnlpcapbjpcglelfndmkaj/https://s36360.pcdn.co/wp-content/uploads/2024/05/NdP-Espana-Acumulativo-Alquiler-de-abril-2024.pdf>

llegar a un 13,4/m² en junio 2024¹⁵. Este deterioro del mercado arrendaticio en España supone un severo sacrificio para las personas trabajadoras, ya que, de conformidad con el criterio general, destinar el 30 o 40% del salario, tomando como referencia el SMI en España (1134 euros/mes), conllevaría una renta de unos 340 a 453 euros mensuales. Esa mensualidad, según los datos expuestos, daría la posibilidad de alquilar una vivienda de 25 o 34 metros cuadrados. Este escenario incumple de lleno con la normativa exigida de habitabilidad y condiciones higiénicas mínimas, ya que la superficie mínima general en España es unos 25.5 m²¹⁶. Según la Encuesta de Población Activa, los jóvenes menores de 24 años y entre 25 y 34 años son los mayores beneficiados por el SMI con un 31,7% y 19,2% respectivamente. Se identifica la insuficiencia salarial como factor predominante a la hora de adquirir una vivienda en arrendamiento, generando alternativas que inciden en la emancipación tardía, la incapacidad de ahorro y la imposibilidad de realizar proyectos vitales como crear una familia, comprar una vivienda en propiedad o ser independiente económicamente. También se evidencia una afectación mayor en mujeres ya que, a efectos del SMI, el 64,6% lo son¹⁷.

Esta ley, que pivota sobre el art. 47 CE, plantea de nuevo la naturaleza legislativa del Estado cuando promulga este tipo de normativas en orden a conciliarla con la autonomía legislativa conferida por el art. 148.1.ª CE ya que la Ley de Vivienda difumina el reparto competencial y la función respecto a esta materia, tanto al poder estatal como al autonómico, tarea que deberá ser resuelta de conformidad con la STC 152/1988, de 20 de julio, sobre todo en lo que respecta a la ley del suelo, ya que según la Ley de Vivienda, los Poderes Públicos reconocerán una porción de suelo destinándola a vivienda social, mientras que la STC 61/1997 y 164/200 reconoce a las Comunidades Autónomas diseñar y desarrollar sus propias políticas en materia urbanística. Al Estado le corresponde a su vez ejercer ciertas competencias que incidan sobre la materia, pero debiendo evitar condicionarla en lo posible. La Ley de la Vivienda parece contradecir esta doctrina del Tribunal Constitucional en ciertos aspectos como:

- Prioriza la aplicación normativa estatal frente a la autonómica en ciertos colectivos cuando concurren determinadas situaciones (art. 12.3 de la Ley de Vivienda).
- Confusión entre competencias de coordinación, promoción atribución para la declaración de mercado residencial tensionado (arts.18.2 y 18.5 de la Ley de Vivienda).
- Mimetización de los órganos de cooperación en materia de vivienda autonómicos y estatales (arts. 21. A, b y c; 22, 23.2 y 24 de la Ley de Vivienda).

3. EL SISTEMA DE PENSIONES ESTATAL

Nuestro sistema público de pensiones se ancla sobre el artículo 50 de la CE, el cual garantiza, como principio rector de la política económica y social, pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas y la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Según la STC 189/1987 de 24 de noviembre, su efectividad depende de la acción efectiva de los poderes públicos y no tanto del mandato constitucional, siendo

¹⁵ “Evolución del precio del alquiler de vivienda en España”, Idealista, datos disponibles en: <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/>

¹⁶ Vid. Artículo 6º de la Orden de 29 de febrero de 1944, por la que se determinan las condiciones higiénicas mínimas que han de reunir las viviendas. «Boletín Oficial del Estado» núm. 61, de 1 de marzo de 1944.

¹⁷ Ministerio de Trabajo y Economía Social, Gabinete de comunicación, documento disponible en: <https://prensa.mites.gob.es/webPrensa/listado-noticia/noticia/4294>

necesario que determinen el alcance real del derecho. El instrumento legal lo constituye el 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, reformado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, a fin de renovar ciertas medidas para preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones. Dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del baby boom, se hace necesario recuperar el planteamiento consensuado en la reforma de 2011. La principal característica de nuestros sistema es que se trata de un modelo de *reparto y contributivo* basado en cuatro principios¹⁸:

- Principio de *corresponsabilidad fiscal*. Aquellos que perciban un beneficio o utilidad procedente de una prestación pública deben soportar la carga financiera derivada de la misma.
- Principio de *afectación*. Obliga a destinar a las cotizaciones a financiar las pensiones contributivas y demás contingencias vinculadas directamente a la actividad laboral.
- Principio de *equidad horizontal*. Todos los individuos deben obtener el mismo rendimiento de las cotizaciones aportadas de forma que no existan discriminaciones en la determinación de la cuantía de la pensión
- principio de *proporcionalidad*. La existencia de una correspondencia entre el valor actualizado de las cotizaciones aportadas y las cuantías actualizadas que se perciben en concepto de pensión.

Bajo estos principios el sistema de reparto se nutre de las cotizaciones generacionales como forma de pago de las pensiones de los jubilación, viudedad, orfandad y enfermedad. Posee dos modalidades fundamentales, una asistencial y otra contributiva obligatoria¹⁹. Respecto a los jóvenes, se busca incentivar la prolongación de la vida mediante el reciente instituto de la jubilación demorada y restringir el abanico de posibilidades que dan cobertura a la jubilación anticipada por voluntad del trabajador. Otras normativas de carácter relevante en relación con la cotización de las personas jóvenes son las siguientes:

- El Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. Desde el punto de vista empresarial, posee el atractivo de beneficiarse de bonificaciones a la Seguridad Social (arts. 24.1 y 27 de la mencionada Ley).
- El Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, y el futuro Estatuto del Becario conforme a la disposición adicional segunda 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

¹⁸ Ministerio de Trabajo e inmigración, “análisis prospectivo de los factores condicionante del Sistema de Pensiones en España”. Documento disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/123e8ed9-4553-47f6-82ec-535dc818ae97/F28_07N.pdf?MOD=AJPERES](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/123e8ed9-4553-47f6-82ec-535dc818ae97/F28_07N.pdf?MOD=AJPERES)

¹⁹ Hernández de Cos, P., Jimeno, J. F., y Ramos, R., “El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma”, *Documentos Ocasionales/Banco de España*, España, 2017, Pág. 12.

Respecto a la cotización media de los jóvenes, es decir, personas menores de 25 años es la más baja del resto de cotización, siendo 1098 euros para las jóvenes mujeres y 1303 para los jóvenes varones²⁰. Los jóvenes tienen la menor cotización en el resto de los tramos de edad, incidiendo negativamente en su futura jubilación. Esta baja cotización se debe principalmente porque se encuentran en los grupos de cotización más bajos. El factor demográfico y su repercusión en la tasa de dependencia junto con el desempleo constituyen factores decisivos en la calidad de cotización de las personas jóvenes.

4. SITUACIÓN ACTUAL DEL EMPLEO JUVENIL EN ESPAÑA

El de Plan de Choque para el Empleo Joven 2019-2021, por el que se fijó reducir la tasa de paro joven al 23,5% y ocupar a 168.000 jóvenes menores de 25 años²¹ no ha calado contundentemente en términos de efectividad ya que, según informes más recientes, la tasa de los jóvenes de 16 a 29 años se situó en el 23,6% en 2021. Un factor coyuntural durante la aplicación de dicho plan fue la pandemia Covid-19²², pues supuso para muchos de ellos la interrupción en su formación, pérdida de oportunidad de empleo y disminución de la oferta, tal y como afirmaba el Observatorio de la Organización Internacional del Trabajo en 2020. Más adelante, se aprobó en 2021 el Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes, cuyos objetivos principales, en armonía con los objetivos ODS (objetivos de desarrollo sostenible) proclamados en la Agenda 2030, son incrementar la accesibilidad al plan, mejorar la coordinación interinstitucional, fortalecer la relación con el sector privado, y enfocarse en nuevas oportunidades laborales en sectores con potencial de crecimiento. Busca reducir la precariedad laboral, asegurar la igualdad de oportunidades, y fomentar la inclusión de los jóvenes más vulnerables.

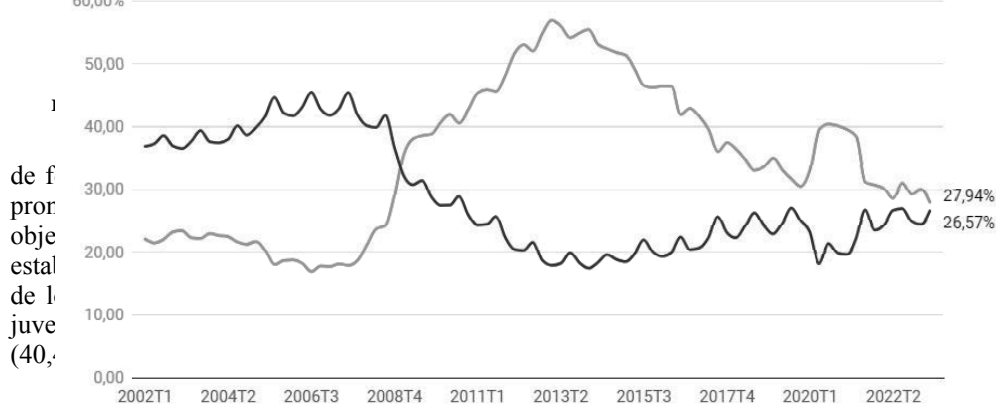
Este nuevo Plan acentúa la importancia de la digitalización así como la existencia de un itinerario personalizado y adaptado a las políticas activas de empleo. Este plan cuenta con el respaldo de la Unión Europea y por ende, del Fondo Social Europeo plus. En la actualidad, de conformidad con los datos del INE de 2023²³, el porcentaje de desempleados varones con menos de 25 años es la más alta de la Unión Europea con un 28,6% en hombres, llegando casi a duplicar la media europea (14,9%). En el caso de la mujeres, ocupa el segundo lugar más alto con un 28,4% superando el doble de la media europea (14%). No obstante, la evolución de los datos estatales cabe interpretarse de manera positiva ya que en España, el número de jóvenes sin empleo ni en periodo

²⁰ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, “estadística de bases medias de cotización del régimen general”. marzo 2024. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnpicajpcglclefindmkaj/https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7a499040-217d-44f4-96d9-f6691ac32641/BASES+MEDIAS+PF+MARZO+2021.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D-640QTQ570VB2000-7a499040-217d-44f4-96d9-f6691ac32641-nGIfdqk#:-:text=La%20base%20media%20de%20cotizaci%C3%B3n,edad%20es%20de%201.098%20%E2%82%AC.&text=Las%20mujeres%20tienen%20una%20base,todos%20los%20tramos%20de%20edad.

²¹ Informe “Jóvenes y Mercado de Trabajo”, Secretaría de Estado de empleo y Economía Social. Informe disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnpicajpcglclefindmkaj/https://www.mites.gov.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/jovenes/2022/Marzo_2022.pdf

²² Dicha carencia de efectividad la advirtió posteriormente la Recomendación del Consejo de 30 de octubre de 2020 relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil 2020/C 372/01, al reconocer expresamente que la pandemia de COVID-19 y sus repercusiones económicas pondrán en peligro esta evolución positiva. Las previsiones económicas de la primavera de 2020 de la Comisión indicaron que la economía de la Unión se contrajo un 7,4 % en 2020, la recesión más profunda de su historia, y los jóvenes que se incorporen al mercado de trabajo en esos momentos tendrán más dificultades para conservar su primer empleo.

²³ Instituto Nacional de Estadística, tasa de paro según grupos de edad. Datos disponibles en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925463174&p=1254735110672&pagina=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888



Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa 2023. Gráfico: Neutral.

Además, se está generando un repunte de los llamados “sisi” es decir, aquellos jóvenes que estudian y trabajan, situación en la que se encuentran más de un millón de jóvenes entre los tres millones según esta franja, de conformidad con los estudios²⁵, lo que concluye con una valoración positiva al observarse esta situación en uno de cada tres jóvenes, siendo su porcentaje de representatividad de un 34%. En la actualidad, según datos procedentes del Ministerio de Juventud e Infancia a julio 2024²⁶, el número de personas jóvenes inscritas como demandantes de empleo, entre las edades comprendidas 16 a 29 años ha sido de 357.922 lo que se traduce en un ligero descenso respecto a junio, con 256 desempleados menos. Respecto a julio de 2023 hay 22.406 parados menos bajando el porcentaje respecto al año pasado de un 5,89%. En función de la franja de edad un 14,2% son menores de 20 años, un 34,6% tiene entre 20 y 24 años y el 51,1% tiene más de 24 años. En el caso de Andalucía el paro juvenil ha descendido un 4,4% respecto al año anterior. Pese a incumplir los parámetros europeos, la tendencia es positiva aunque su velocidad de progreso algo retardada.

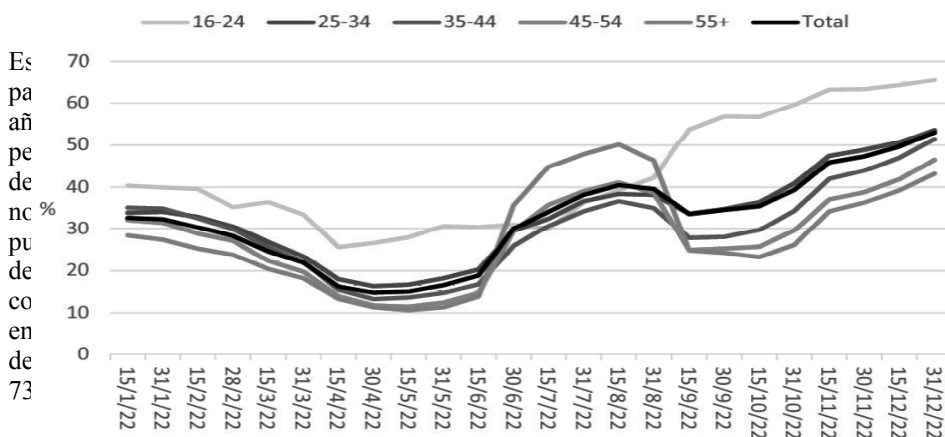
²⁴ Resolución de 15 de julio de 2024, de la Secretaria de Estado de Trabajo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2024, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024. «BOE» núm. 173, de 18 de julio de 2024.

²⁵ “Radiografía del Mercado Laboral Juvenil: La situación de los jóvenes en España”. Datos disponibles en: <https://www.newtral.es/jovenes-situacion-espana-mercado-laboral/20230812/>

²⁶ Observatorio de la Juventud en España. Informe disponible en: [chrome-extension://efaidnbmninnbpcjpc-glecfindmkaj/https://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2024/09/paroreg2024-07_16a29_notinfo.pdf](https://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2024/09/paroreg2024-07_16a29_notinfo.pdf)

4.1. Implicaciones legales de la precariedad laboral en la estabilidad económica de los jóvenes

4.1.1. La estructura contractual y salarial de los empleos de los jóvenes



Fuente: Florentino Felgueroso. *Estudios sobre la economía española*, 2024.

Los resultados del mencionado estudios reflejan que, salvo el periodo junio-agosto, los jóvenes entre 16 a 24 años son el grupo que en mayor proporción se encuentra en el periodo de inactividad enero-junio con una media en dicho periodo del 35,4%, disparándose a un 59,4% en el periodo septiembre-diciembre. Si esta tendencia continua, el incremento de la tasa de inactividad en los jóvenes contratados bajo esta modalidad contractual puede sugerir ciertas contingencias relacionadas con: el enmascaramiento de contratos temporales encubiertos como fijos-discontinuos; la creación de una alternativa fraudulenta de sucesión de contratos; y una argucia ilegal para pagar menos cotización a la Seguridad Social.

Respecto a la modalidad contractual temporal, la citada reforma ha endurecido de forma considerable la utilización de estos contratos ya que uno de los objetivos perseguidos por dicha reforma era acabar con la temporalidad e inestabilidad laboral a fin de que la utilización de estos contratos por los empleadores fuera residual. En 2022 el porcentaje de jóvenes con edad comprendida entre 16-24 años contratados temporalmente era del

²⁷ 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» núm. 313, de 30/12/2021.

²⁸ Estudios sobre la economía española 2024/10 titulado “¿Cuántos son los trabajadores fijos discontinuos?”, Estudio disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://documentos.fedea.net/pubs/eee/2024/eee2024-10.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio&_gl=1*7otgsw*_ga*MTc2NTgxNjYzMC4xNzI0NjgxMTg0*_ga_K71EGLC8JC*MTcyNjA3NjYwNS40LjAuMTcyNjA3NjYwNS40LjAuMA..](https://documentos.fedea.net/pubs/eee/2024/eee2024-10.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio&_gl=1*7otgsw*_ga*MTc2NTgxNjYzMC4xNzI0NjgxMTg0*_ga_K71EGLC8JC*MTcyNjA3NjYwNS40LjAuMTcyNjA3NjYwNS40LjAuMA..) Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley, se produjo en 2022 un aumento considerable de fijos discontinuos con respecto al año anterior (965,90 %, por un 1,22 % la variación en el periodo 2021/2020).

²⁹ Párraga, F. J. T., “El contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021”, *Ner 21*, núm. 9, España, 2022, pág. 2.

³⁰ Estudios sobre la economía española titulado “¿Cuántos son los trabajadores fijos-discontinuos?”, 2024. Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://documentos.fedea.net/pubs/eee/2024/eee2024-10.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio&_gl=1*mw-5g9t*_ga*MTc2NTgxNjYzMC4xNzI0NjgxMTg0*_ga_K71EGLC8JC*MTcyNjA3NjYwNS40LjAuMTcyNjA3NjYwNS40LjAuMA..](https://documentos.fedea.net/pubs/eee/2024/eee2024-10.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio&_gl=1*mw-5g9t*_ga*MTc2NTgxNjYzMC4xNzI0NjgxMTg0*_ga_K71EGLC8JC*MTcyNjA3NjYwNS40LjAuMTcyNjA3NjYwNS40LjAuMA..)

48,9% disminuyendo a un 19,78% en 2023³¹. La contratación temporal actual representa el 57,38 % sobre el total de contratos suscritos con jóvenes, mientras que la indefinida significó el 42,62 %. Por tipo de jornada, casi el 50% fue a tiempo completo y la jornada parcial un 22,7%. En 2023 hubo un ligero descenso en este tipo de contratos con respecto a 2022 del 2,15 %³². Se observa una adaptación favorable a la contratación indefinida reflejando la misma un aumento en su utilización, pero aun así persistiendo el lastre de la precariedad laboral debido a que existen sectores donde la contratación indefinida es difícil de armonizar con la propia naturaleza del objeto empresarial como por ejemplo en actividades ligadas a la hostelería y en definitiva al sector servicios.

4.2. La insuficiencia salarial

Respecto a los salarios, de conformidad con la Encuesta de Estructura Salarial de 2022³³, El salario medio anual fue de 26.948,87 euros por trabajador en 2022, un 4,1% mayor que el del año anterior. El de las mujeres fue de 24.359,82 euros y el de los hombres de 29.381,84. El salario medio de las personas trabajadoras en el sector público asciende a 34.024,8 euros anuales mientras que las del sector privado se queda en 23.491,2 euros. Esto quiere decir que una persona trabajadora asalariada o por cuenta ajena cobra una media de 877, 8 euros menos al mes que una persona trabajadora en el sector público. En el caso de Andalucía, el salario medio en el sector privado desciende aún más con 22.978, 8 euros, lo que conlleva una diferencia mensual aun mayor, 920,5 euros al mes³⁴. El porcentaje de representación en el número de ocupados por sector vendría determinado por un 16,9% de empleados en el público y un 83,1% en el privado. Mostrados dichos percentiles se puede afirmar que el salario medio de las personas trabajadoras empleadas en el sector privado tiene una mayor representatividad real. A dicho salario se debe descontar las contingencias comunes, FOGASA, desempleo, formación profesional, accidente de trabajo, IRPF etc. Ello supone unos 471 euros mensuales de media, lo que, restado a la cantidad antes citada (22.978,8 euros anuales) nos arrojaría un sueldo neto anual de 17.326,8 euros netos lo que equivale a 1443,9 euros netos al mes. Dicho lo anterior y tomando como referencia el salario mensual mencionado y la estadística del INE sobre gasto medio por persona y distribución porcentual del gasto³⁵, nos encontramos que la media se sitúa en 13.120,1 euros anuales. Haciendo balance entre ingresos y gastos sobran 4206,8 euros lo que equivale a unos 350 euros sobrantes/mes. El INE arroja un gasto anual de vivienda y alimentación de 4.170,25 y 2177,08 respectivamente. No obstante, dichos datos no arrojan una representatividad real. En 2023 se han constituido mediante su inscripción registral, 383.738 hipotecas sobre vivienda, cuya cuota hipotecaria media para vivienda oscilaba en torno a 706 euros³⁶. Si lo comparamos con los datos del INE, resulta que el verdadero gasto de vivienda en propiedad asciende a 8472 euros anuales, es decir un 203% más que el porcentaje oficial. Si incorporamos este gasto y lo sustituimos

³¹ Tasa de temporalidad. INE. Datos disponibles en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259944107218&p=1254735038414&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleFichaIndicador¶m3=1259937499084

³² Observatorio de las ocupaciones. “Informe del Mercado de Trabajo de los Jóvenes”. *Estatal*. Datos 2023. Disponible en: [file:///C:/Users/Patvan/Downloads/Informe%20del%20Mercado%20de%20Trabajo%20de%20J%20C%20B3venes%20menores%20de%2030%20a%20C%20B1os.%20Estatal%202024%20\(Datos%202023\)%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Patvan/Downloads/Informe%20del%20Mercado%20de%20Trabajo%20de%20J%20C%20B3venes%20menores%20de%2030%20a%20C%20B1os.%20Estatal%202024%20(Datos%202023)%20(2).pdf)

³³ INE, “Encuesta de Estructura Salarial”. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177025&menu=ultiDatos&idp=1254735976596

³⁴ INE, Encuesta de Población Activa (EPA) Año 2022. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnpbpcjpcgleclfindmkaj/https://www.ine.es/prensa/epa_2022_d.pdf

³⁵ Datos disponibles en: <https://www.ine.es/infografias/gastosept/desktop/gastos.html?t=1&lang=es>

³⁶ Registradores de España. Datos disponibles en: <https://www.registradores.org/-/el-precio-medio-de-la-vivienda-nueva-creci%C3%B3-el-3-5-en-2023-mientras-que-la-vivienda-usada-se-estabiliz%C3%B3-con-una-subida-del-0-2-#:~:text=Estos%20datos%20forman%20parte%20del,por%20el%20Colegio%20de%20Registradores.&text=EI%20precio%20medio%20de%20vivienda,m%C2%B2%2C%20nivel%20m%C3%A1ximo%20desde%202008.>

por el mostrado por el INE, nos encontramos con un gasto anual de 17.422 y no de 13.120,1 euros, un incremento inasumible para el salario medio expuesto de 17.422 euros. Ahora bien, si asumimos que la vivienda es dada en arrendamiento la situación empeora aun más, debido al alto precio de vivienda arrendada/metro cuadrado, llevándonos inexorablemente a la conclusión de un precio inasumible. Respecto a las personas trabajadoras beneficiarias del salario mínimo interprofesional, la cuantía correspondiente a 2023³⁷ asciende en cómputo anual a 13.620 euros. Con los datos institucionales en la mano, resulta imposible el mantenimiento de tan ingente gasto sólo con el SMI, situación que agrava la brecha de género ya que, tal y como se ha expuesto anteriormente, el mayor porcentaje de beneficiarios del SMI son mayoritariamente mujeres.

En 2023, la inflación general del 3,1%³⁸ sigue afectando en el precio medio de la cesta de la compra en función de determinados alimentos, como aceites y grasas (+39,7 %), frutas frescas (+14,4 %). Ha descendido en el caso de la leche (-2,9 %), cereales y derivados (-0,4%) y carne de ave (-0,5%)³⁹. A junio de 2024, la cesta de productos básicos a aumentado un 4,1%⁴⁰. Los alimentos que mas aumentaron de precio fueron los elaborados y los frescos. Según la OCU, el precio medio de la cesta de la compra a agosto de 2024 se sitúa en torno a 310 euros por persona⁴¹, un 173,4% más que el porcentaje medio de la cesta de la compra según los datos oficiales señalados *supra*, con lo que puede afirmarse que existe un grave problema de suficiencia salarial sólo para subsistir, máxime cuando el hecho de llenar la cesta de la compra compromete casi la mitad del salario medio mensual de las personas jóvenes.

5. CONCLUSIONES

La situación de los jóvenes en España trasciende lo económico y social, constituyendo un fenómeno pluridimensional. Los jóvenes no sólo son acreedores de derechos y políticas incentivadoras sino también una herramienta fundamental para la sostenibilidad y mantenimiento de los gastos públicos, incluyendo el Sistema de Pensiones. Los jóvenes tienen el deber de realizarse en lo público. Factores como el aumento de la esperanza de vida, la calidad de la misma, la complejidad de las relaciones sociales, la ruptura de los roles tradiciones familiares, el contexto social y cultural, evidencia que la conceptualización conforme a unidades cronológicas de la cualidad de *joven* no puede agotarse en ese criterio sino que debe expandirse hacia otros enfoques como el sociológico o el cultural. Los datos aquí expuestos han demostrado que la aplicación del criterio etario excluye de los programas de empleo joven a personas que sufren exactamente las mismas carencias, perjuicios y limitaciones que aquellas. La entrada a otros criterios como el económico, el social o cultural, podría dar mayor ámbito de aplicación a las políticas de empleo, tanto estatales como supranacionales. A mayor abundamiento y, dentro de uno de los momentos más avanzados en la consecución de derechos y avances sociales, la exclusión de los jóvenes de 30 años de los programas de empleo, supone una discriminación por razón de edad flagrante e incontestablemente indignante para cualquier Estado de Derecho.

³⁷ Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024. «BOE» núm. 33, de 7 de febrero de 2024.

³⁸ Indicador del INE sobre el IPC. Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpegclclefindmkaj/https://www.ine.es/daco/daco42/daco421/ipcial1223.pdf](https://www.ine.es/daco/daco42/daco421/ipcial1223.pdf)

³⁹ Evolución de los precios de la alimentación en el IPC. Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpegclclefindmkaj/https://www.mapa.gob.es/es/alimentacion/temas/observatorio-cadena/ipcalimentacionmarzo2023_tcm30-650709.pdf](https://www.mapa.gob.es/es/alimentacion/temas/observatorio-cadena/ipcalimentacionmarzo2023_tcm30-650709.pdf)

⁴⁰ Dato disponible en: <https://efeagro.com/precio-alimentos-junio-2024/>

⁴¹ Datos disponibles en: <https://www.ocu.org/consumo-familia/supermercados/informe/evolucion-precios-cesta-compra>

Expandir dicho criterio podría ser beneficioso para los poderes públicos ya que al fin y al cabo lo que se pretenden con dichas políticas públicas es que las personas consigan empleo, trabajen y coticen.

Dicho lo anterior, se puede afirmar que los salarios de las personas jóvenes inciden de manera clara en aspectos vitales como el acceso a la vivienda, ya sea en propiedad o arrendamiento, en la calidad del empleo y en su cotización a la Seguridad Social. Esta precariedad laboral impide a los jóvenes realizar su proyecto de vida por las siguientes conclusiones:

- Se debe renunciar a la categorización de las personas jóvenes bajo las categorías de adolescentes, jóvenes convencionales y adultos jóvenes, criterios mayormente establecidos por políticas y normativas supranacionales y no por nuestra disposiciones.
- La insuficiencia salarial no permite el acceso a viviendas en propiedad o arrendamiento. Por lo que se fomenta bien la copropiedad, el arrendamiento de habitaciones o el arrendamiento compartido. Tampoco favorece la tasa de natalidad debido a la inexistencia de un entorno adecuado donde formar una unidad de convivencia familiar digna. También contribuye a alargar el periodo de emancipación de las personas jóvenes.
- La insuficiencia salarial de las personas jóvenes fomenta el pluriempleo y desincentiva la estabilidad laboral, la conciliación familiar, el tiempo de ocio o formación.
- El bajo nivel de contribución de las personas jóvenes afecta a la sostenibilidad del Sistema de Pensiones y a su propia jubilación.
- La inflación, los efectos colaterales procedentes de la anexión de Ucrania por Rusia, la ausencia de oferta de inmuebles en propiedad como arrendamiento, la especulación, la disrupción digital, la brecha digital junto con la ausencia de políticas públicas que generen un empleo efectivo, pueden erosionar las bases del Sistema, llegando a provocar pobreza y exclusión social si no se toman las medidas oportunas reales, efectivas y estables.

Como sugerencias se proponen: la creación de una bolsa de empleo específica para los periodos de inactividad de las personas jóvenes; una intervención más contundente y menos rígido de las políticas de vivienda, ya que la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, dispone un elenco de derechos oponible sólo cuando el arrendador es gran tenedor de vivienda o cuando los inmuebles arrendados se encuentra en un mercado residencial tensionado, reduciendo notablemente su ámbito de actuación. Se sugiere un aumento de las prórrogas forzosas del arrendatario reconocidas en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, debido a la inestabilidad que sigue generando la duración de un contrato de arrendamiento de 5 años. Así mismo, también se sugiere incentivos a los propietarios de vivienda arrendados que otorguen a los arrendatarios el uso de prórrogas forzosas, aun contempladas en nuestro ordenamiento

jurídico por la Ley 40/1964, de 11 de junio, latente por el art. 9 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.

6. BIBLIOGRAFÍA FINAL

Ahumada, J. E. L., “El debate relativo a la reforma de la legislación de empleo en España”, *Noticias CIELO*, España, 2023.

Aznar, S. N., “El Proyecto de Ley de vivienda 2022”, *Fedea*, Tarragona, 2022.

Campos, A. I. P., “El empleo juvenil en la Unión Europea”, *Anuario jurídico y económico escorialense*, 2013.

González Güemes, M. I., Pérez Domínguez, C. A., y Jiménez Martín, S., “Los efectos del salario mínimo sobre el empleo juvenil en España: nueva evidencia con datos de Panel”, *RAE: Revista Asturiana de Economía*, núm. 27, 2003.

Moreno Mínguez, A., “La empleabilidad de los jóvenes en España: Explicando el elevado desempleo juvenil durante la recesión económica”, *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, Barcelona, 2015.

Hermosilla, O. M., “Apoyo activo para el empleo: Paquete de apoyo al empleo juvenil”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Jaén, 2023.

Hernández Bejarano, M., “Una aproximación al problema del desempleo juvenil en España”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 2022.

Hernández de Cos, P., Jimeno, J. F., y Ramos, R., “El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma”, *Documentos Ocasionales/Banco de España*, España, 2017.

Olaguibe, J. I., “La transición de los jóvenes hacia el trabajo decente: Política social y empleo juvenil en España”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2021.

Párraga, F. J. T., “El contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021”, *Net 21*, núm. 9, España, 2022.

Úbeda, M., Illa, O., Toscano, E., Sánchez, I., Rojo, E., Wrede Jäntti, M., Strecker, T., Serés, À., Gómez Quintero, J. D., Henríquez, R. M., Riera, C., Cuesta, O., Cabasés Piqué, M. À., Feixa, C., Reis, P., Luque, S., Gómez, M. J., Pac, D., Ballester, E., “Jóvenes, Trabajo y Futuro”, en “Jóvenes, Trabajo y Futuro” (A. Pardell, Coord.), *Tirant lo Blanch*, 2018.

**SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL Y SALARIO
PROFESIONAL CONVENCIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A
LA ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN FRENTE A LAS SUBIDAS
DEL SMI**

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ
Catedrático de Universidad
Universidad de Granada
CÓDIGO ORCID: 0000-0002-0951-2593
RESEARCHER ID: L-1679-2017

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: LAS SUCESIVAS SUBIDAS DEL SMI EN LA ÚLTIMA DÉCADA
2. LA FUNCIONALIDAD DEL SMI
3. LA ADECUACIÓN SALARIAL SOBREVENIDA POR LA SUBIDA DEL SMI
4. LAS REGLAS DE COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN COMO MECANISMO DE NEUTRALIZACIÓN DE LA SUBIDA DEL SMI
5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. INTRODUCCIÓN: LAS SUCESIVAS SUBIDAS DEL SMI EN LA ÚLTIMA DÉCADA

En los últimos años venimos asistiendo, año tras año, a unos importantes incrementos de las cuantías del SMI. En la actualidad, el artículo 1 (Cuantía del SMI) del Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024 (en adelante, RDSMI 2024), establece que el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 37,80 €/día o 1.134 €/mes, según el salario esté fijado por días o por meses. No obstante, se precisan dos cuestiones: 1) en este salario mínimo *se computa únicamente la retribución en dinero*, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquel; y 2) este salario se entiende *referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad* (sin incluir en el caso del salario diario la parte proporcional de los domingos y festivos), por lo que si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata.

Desde un punto de vista diacrónico, en 2016 se apreció un punto de inflexión. Desde dicho año, el SMI se incrementaba año tras año en un porcentaje muy superior a como lo había venido haciendo hasta entonces. Para ilustrar de forma gráfica dicha evolución al alza, presentamos la siguiente tabla sobre la evolución anual del SMI durante los últimos 9 años (lo que comparando la cuantía de 2016 con la actual de 2024 evidencia un incremento global del SMI de algo más del 70 por 100):

AÑO	SMI DIARIO	SMI MENSUAL	SMI ANUAL
2016	21,84€	665,20€	9.312,80€
2017	23,59€	707,70€	9.907,80€
2018	24,53€	735,90€	10.302,60€
2019	30,00€	900,00€	12.600,00€
2020	31,66€	950,00€	13.300,00€
2021	32,17€	965,00€	13.510,00€
2022	33,33€	1.000,00€	14.000,00€
2023	36,00€	1.080,00€	15.120,00€
2024	37,80€	1.134,00€	15.876,00€

En este contexto de importantes subidas anuales del SMI, en este marco salarial “inflacionista”, conviene reflexionar sobre cuál es la incidencia real de estos incrementos del SMI en los salarios profesionales, y en particular, analizar cómo la técnica de la compensación y absorción salarial puede neutralizar el incremento del salario profesional en la misma proporción que el SMI cuando lo percibido por el trabajador por todos los conceptos salariales sea superior a la cuantía del SMI. Este es el objeto del presente estudio.

2. LA FUNCIONALIDAD DEL SMI

Pero antes de nada, consideramos importante destacar la relevancia que la cuantía del SMI tiene en las relaciones de trabajo y el importante papel que desempeña. No es ya solo que constituya el *referente retributivo de la negociación colectiva*, un suelo

mínimo de contratación, una cuantía mínima que constituye derecho necesario relativo para la retribución de cualquier trabajador, en cualquier empresa y en cualquier sector de actividad, y cualquiera que sea su prestación de servicios y su grupo o categoría profesional. El SMI profesional también constituye la retribución mínima garantizada de los contratos formativos (artículo 11 ET). En la negociación colectiva es infrecuente establecer unas cuantías retributivas de los contratos formativos superiores a las establecidas anualmente mediante el SMI. Lo más frecuente es reconocer la cuantía del SMI como salario de referencia para los contratos formativos (formación en alternancia y para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios) en proporción al tiempo de trabajo efectivo. También en muchos casos la negociación colectiva toma la cuantía del SMI vigente como referente para calcular los complementos salariales reconocidos por el convenio colectivo. Además de ello, el SMI afecta a las garantías salariales: a los límites de las cuantías que tienen carácter de crédito privilegiado (artículo 32 ET), a los límites de las responsabilidades que asume el Fondo de Garantía Salarial (artículo 33 ET) y a las reglas de inembargabilidad relativa del salario (artículo 27.2 ET y artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

3. LA ADECUACIÓN SALARIAL SOBREVENIDA POR LA SUBIDA DEL SMI

Como recuerda el propio preámbulo del RDSMI 2024, el SMI está llamado a cumplir con el doble objetivo de constituir un *suelo mínimo de contratación* y determinar lo que se considera el nivel de *suficiencia de los salarios*. Por tanto, cualquier incremento del SMI que supere la cuantía salarial que efectivamente percibe el trabajador conlleva la actualización automática, *ex lege*, de los salarios profesionales reconocidos al trabajador por el convenio colectivo aplicable (o de los salarios que como mejoras hubieran podido pactarse individualmente). De este modo, como ha reconocido la SAN de 24 de mayo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:2001), el SMI se convierte, de este modo, en *derecho necesario relativo para el convenio colectivo*, así como para el contrato individual, de manera que, el convenio o el contrato podrán fijar un salario superior pero nunca inferior al salario mínimo interprofesional.

De esta manera, el artículo 3.3 del RDSMI 2024 dispone que las normas legales o convencionales y los laudos arbitrales que se encuentren en vigor en la fecha de aplicación del nuevo SMI “subsistirán en sus propios términos, sin más modificación que la que fuese necesaria para asegurar la percepción de las cantidades en cómputo anual que resulten de la aplicación (...), debiendo, en consecuencia, ser incrementados los salarios profesionales inferiores al indicado total anual en la cuantía necesaria para equipararse a este”. Por tanto, los salarios profesionales establecidos por los convenios colectivos solo deberán actualizarse e incrementarse si resultasen inferiores al SMI.

Normalmente no hay previstos en los convenios colectivos procedimientos específicos para actualizar o revisar los salarios convencionales que pudieran quedar por debajo de la cuantía del SMI. A lo sumo, en la negociación colectiva encontramos simples referencias a la necesidad de adecuación salarial, evidenciando desde simples o vagas alusiones a previsiones algo más concretas. Así, por ejemplo¹, encontramos

¹ Vid. ÁLVAREZ CUESTA, H.; LANTARÓN BARQUÍN, D.; MEGINO FERNÁNDEZ, D.; MORATO GARCÍA, R.M. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El salario base en el marco de la actual riqueza estructural del salario”, en Observatorio de Negociación Colectiva (A. Todolí Signes, A. Esteve Segarra, A. Merino Segovia, A.B. Muñoz Ruiz, H. Álvarez Cuesta, J.L. Monereo Pérez, M.A. Almendros González y R. Gómez Gordillo, coords.): *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, Ed. Cinca, Madrid, 2024, página 83.

casos en los que se exige *adecuar* los salarios profesionales a las nueva cuantía del SMI (artículo 31.1 del Convenio colectivo para el sector de actividades agropecuarias de León, BOP de León de 3 de octubre de 2022); “*complementar* el salario de las personas trabajadoras hasta alcanzar el SMI” (Disposición Adicional del Convenio colectivo para el sector del transporte de viajeros por carretera de Cáceres, DOE de 26 de mayo de 2022); *aplicar de forma automática e inmediata* el nuevo valor de referencia (artículo 32 del Convenio colectivo de Entrecortinas S.L., BOP de Granada de 9 de enero de 2023²; o Tablas Salariales del Convenio colectivo de la Escuela Superior de Diseño de Valladolid, BOP de Valladolid de 4 de noviembre de 2022³); *recurrir a un concepto equilibrador específico* (Tablas salariales del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Valencia, BOP de Valencia de 8 de septiembre de 2022); *realizar un ajuste que cubra las correspondientes diferencias salariales* (Disposición Final del Convenio colectivo de Clínica Belén Grupo HLA, BORM de 2 de julio de 2022, ajuste que tiene lugar en la nómina de diciembre de cada año); o la *asunción por parte de la comisión negociadora de la actualización de las correspondientes tablas salariales* (Anexo Económico del Convenio colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, BOE de 29 de julio de 2022⁴; o Disposición Adicional 4ª del Convenio colectivo de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública, BOE de 26 de julio de 2023⁵). Excepcionalmente se encuentran entre los convenios colectivos cláusulas de actualización que suponen *una mejora en la medida que establecen cuantías superiores al SMI* (Convenio colectivo de la construcción y obras públicas de la Comunidad de Madrid, BOCM de 17 de diciembre 2022).

En todo caso, llama también la atención cómo algunos convenios colectivos toman precauciones para no “aplanar” la estructura profesional y los correspondientes *abanicos salariales* respecto de los grupos profesionales jerárquicamente inferiores, aproximándolos e incluso igualándolos salarialmente. Pues si, en aplicación estricta del precepto reglamentario, solo se actualizan y elevan hasta equipararse a la cuantía del SMI los grupos profesionales cuyos salarios profesionales queden por debajo del SMI, la consecuencia será que con el paso del tiempo y con las eventuales subidas del SMI, los salarios previstos para los grupos inferiores se irán sucesivamente equiparando al SMI e igualándose entre sí⁶. Para evitarlo, algunos convenios establecen reglas específicas para *mantener las diferencias retributivas entre grupos profesionales distintos* que conllevan prestaciones de servicios de distinto valor económico, pues de lo contrario se afectaría negativamente a la determinación de los sistemas retributivos en función del valor del

² Si “una vez publicada la actualización anual del SMI la retribución de algún grupo profesional quedara por debajo del mismo, automáticamente la empresa aplicará el nuevo SMI”.

³ “Todos los salarios inferiores al SMI serán referidos a este en cada momento vigente si las retribuciones señaladas anteriormente fueran menores que el mismo”.

⁴ (g) En relación a las tablas salariales de 2023 y 2024, una vez conocido y publicado en el BOE el importe del SMI para esos ejercicios, la comisión negociadora del presente convenio se reunirá en el improrrogable plazo de un mes para formalizar y suscribir las tablas salariales para cada uno de esos años procediendo, posteriormente, a su publicación en el BOE.

⁵ La Comisión Mixta Paritaria, en función de que se produzca la activación de la presente Disposición a lo largo de la vigencia del presente convenio, procederá a realizar la actualización de las tablas, bajo los parámetros señalados con anterioridad, en el improrrogable plazo de un mes.

⁶ El documento sindical *Guía rápida de consulta: aplicación del SMI 2024* (elaborado por Acción Sindical, Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT) reconoce que con el incremento del SMI vienen observando que en muchos convenios colectivos se está produciendo un aplanamiento de la estructura profesional, es decir, una equiparación salarial de los últimos grupos y/o niveles profesionales, y esto “puede tener repercusiones muy graves sobre la propia clasificación profesional y sobre la promoción profesional”, pervirtiendo el sentido de la estructura de grupos profesionales, basados en criterios de experiencia, cualificación, responsabilidad, etc., si varios de estos grupos comparten las mismas retribuciones. Por ello, como recomendación sindical que evite esta distorsión se considera necesario mantener porcentajes de diferencia entre los distintos grupos profesionales, independientemente de la subida del SMI.

trabajo y a la funcionalidad propia del sistema de clasificación profesional y de los sistemas de promoción y ascenso. Así, encontramos convenios colectivos que extienden a todos los grupos profesionales (y no solo a los que eventualmente se pueden situar por debajo de la cuantía del SMI vigente) la revisión e incremento de los correspondientes salarios profesionales. Por ejemplo, la Disposición Transitoria 2ª del Grupo Vips (BOE de 8 de marzo de 2022) manifiesta que con independencia de los posibles incrementos del SMI el diferencial porcentual existente entre el Grupo II y el Grupo III será como mínimo de un 4,5 % (y que este mismo diferencial como mínimo se mantendrá entre el Grupo I y el Grupo II). Por su parte, la Disposición Transitoria 5ª (Garantía salarial sobre salario mínimo interprofesional) del Convenio colectivo de marcas de restauración moderna (BOE de 8 de diciembre de 2022) establece que durante la vigencia del convenio colectivo “se garantiza que entre el nivel IV y el nivel III existirá siempre, como mínimo, un 1,5 % de diferencia”. En el mismo sentido, el artículo 21 (Actualización de salario) del Convenio colectivo del comercio general de Murcia (BORM de 20 de abril de 2024), reconoce que “en aras del bien común y de proteger la diferencia salarial entre todos los grupos profesionales del actual convenio, se aplicarán subidas con los mismos porcentajes (6%) en todas las categorías cuando alguna de ellas se vea incrementada debido a la actualización del SMI”, precisando que “este porcentaje se aplicará de forma que se mantenga la misma diferencia porcentual entre categorías”. También la Disposición Adicional 4ª (Garantía Actualización Salario Mínimo Interprofesional) del anteriormente referido Convenio colectivo de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE de 26 de julio de 2023) manifiesta que en caso de que el SMI que se publica en el BOE “sea superior al salario anual fijado para ese año en las tablas salariales (salario base + plus convenio), los niveles profesionales afectados serán actualizados al Salario Mínimo Interprofesional, debiendo garantizarse entre los niveles profesionales una diferencia salarial de 80€”, teniendo en cuenta que tanto la subida del SMI, como la diferencia de 80€ señaladas anteriormente, serán repartidas entre el salario base y el plus convenio en los niveles afectados, en el mismo porcentaje existente en las actuales tablas salariales. Por último, el Anexo “Condiciones económicas (f)” del ya citado Convenio colectivo de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 29 de julio de 2022), que, adicionalmente a los incrementos salariales establecidos para los ejercicios 2023 y 2024, garantiza durante la vigencia de este convenio colectivo “un abanico o diferencia salarial mínima (en porcentaje) entre niveles salariales, tanto del área de tiendas como del área de fábrica, para evitar que incrementos del SMI durante esos ejercicios puedan condicionar y afectar las diferencias salariales vinculadas a la realización de una prestación de servicios de mayor responsabilidad”⁷.

En todo caso, desde el ámbito sindical se destaca cómo, pese a todo, existen empresas y sectores en los que no se produce de forma inmediata y automática dicha actualización de los salarios profesionales a las nuevas cuantías del SMI⁸.

⁷ Concretamente esas diferencias salariales mínimas entre niveles salariales serán las siguientes en el Área de Tiendas: entre el nivel salarial 2 y el nivel salarial 1 del grupo 2, un 5 %; entre el nivel salarial 1 del grupo 2 y el nivel salarial 2 del grupo 1, un 8 %; y entre el nivel salarial 2 y el nivel salarial 1 del grupo 1, un 16 %. Por lo que respecta al Área de Fábrica: entre el nivel salarial 2 y el nivel salarial 1 del Grupo 2, un 5 %; y entre el nivel salarial 1 del grupo 2 y el nivel salarial 1 del grupo 1, se mantendrán los equivalente porcentajes diferenciales que entre los niveles y grupos análogos del Área de Tiendas.

⁸ Así, tal y como se desprende de la referida *Guía rápida de consulta: aplicación del SMI 2024 (UGT)*, se considera como una prioridad dos actuaciones. Por un lado, se debe hacer un esfuerzo para lograr que todos nuestros convenios colectivos, tanto sectoriales como de empresa, actualicen sus tablas salariales con las nuevas cuantías del SMI, puesto que existen convenios que incorporan categorías/grupos/niveles por debajo del SMI de 2024 y, en algunos casos, desactualizados desde hace varios años. Además, se considera imprescindible la inscripción de las revisiones salariales que puedan derivarse del incremento del SMI en el Registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos

4. LAS REGLAS DE COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN COMO MECANISMO DE NEUTRALIZACIÓN DE LA SUBIDA DEL SMI

4.1. La técnica de la compensación y absorción salarial

La compensación y absorción salarial no solo está prevista para el caso de elevaciones del SMI. Con carácter general, esta técnica está contemplada por el artículo 26.5 ET: “operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia”. Se configura así como un derecho empresarial, como una facultad del empresario de compensar y absorber las eventuales mejoras salariales con la neutralización de los consiguientes efectos acumulativos, en aras a una gestión más flexible y a un control más individualizado del salario en la empresa.

Y es que esta técnica de compensación y compensación parte de un presupuesto: que el salario fijado conforme a las normas legales y convencionales puede ser mejorado por la autonomía individual. Y así, como forma de “neutralizar” que dichas mejoras o condiciones más beneficiosas en materia retributiva fueren en todo caso a una aplicación acumulativa de incrementos con motivo u ocasión de posteriores subidas salariales de dichos referentes legales o convencionales.

En todo caso, y tal y como es reconocido por la doctrina⁹, la técnica de la compensación y absorción ha venido exigiendo al menos tres presupuestos: 1) que las condiciones confrontadas sean homogéneas o equivalentes, esto es, que siguiendo un criterio teleológico, han de tener una misma o análoga finalidad; 2) que la neutralización a través de la cláusula no es admisible cuando la compensación o absorción de un salario por otro sea inferior al antiguo, pues solo opera cuando se superan los salarios que legal o convencionalmente procedan, no cuando sean inferiores; y 3) que no exista pacto en contrario de carácter colectivo o individual que excluya la operatividad de la compensación y absorción y, por consiguiente, la intangibilidad de las condiciones más beneficiosas adquiridas (cláusulas de garantía *ad personam*).

La jurisprudencia ha precisado que el fenómeno de la absorción y compensación es una figura con tradición “muy arraigada en Derecho” (figuró en las antiguas Ordenanzas Laborales y desde 1963 en los sucesivos Decretos reguladores del SMI), que se caracteriza por *su objetivo de evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de manera que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede así neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta*. O lo que es igual, la absorción y compensación juegan (en principio) cuando se establece un cuadro nuevo de retribuciones, en virtud de acto normativo o convencional, pues se necesita de la existencia de dos situaciones que permitan la comparación (STS de 26 de junio de 2024, ECLI:ES:TS:2024:3648; en parte, STS de 26 de abril de 2024, ECLI:ES:TS:2024:2354; STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1236; STS de 8 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:56; STS de 29 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1353; todas por referencia a la STS de 30 de septiembre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:5737).

colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON) puesto que, frecuentemente nos encontramos con tablas salariales desfasadas que lo único que hacen es generar confusión a las personas trabajadoras. Por otro lado, debemos estar vigilantes en todas las empresas para alertar de cualquier incumplimiento relativo a las nuevas cuantías del SMI, poniendo en conocimiento de la Inspección de Trabajo toda anomalía para que actúe de inmediato.

⁹ Por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Comares, Granada, 2023, páginas 520 y 521.

4.2. La compensación y absorción de las subidas del SMI y su interpretación jurisprudencial

4.2.1. *Compensación y absorción de los salarios profesionales frente a los incrementos del SMI*

En relación con las revisiones del SMI, que es el tema que ahora nos ocupa, existen previsiones normativas específicas para la aplicación de la técnica de compensación y absorción salarial. Así, el artículo 27.1 ET precisa que “la revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel”. Con ello, se quiere evitar que la revisión del SMI produzca un incremento automático en salarios profesionales que se mantienen por encima de él. Por ello nos encontramos necesariamente con la técnica comparativa: es necesario realizar una comparación entre (1) la nueva cuantía del SMI que se toma como referencia, como mínimo indisponible, y (2) la cuantía salarial que venía percibiendo el trabajador. Solo de ese modo se puede constatar si el SMI es superior o no al salario profesional del trabajador, y consiguientemente aplicar o no la técnica de la compensación y absorción.

Lo que queda claro es que la comparación se realiza entre lo que percibe el trabajador como salario profesional por todos los conceptos salariales (en conjunto y cómputo anual), incluyendo el salario base y los posibles complementos salariales. De esta manera la cuantía del SMI no debe ser como mínimo la cuantía del salario base, sino la cuantía que como salario profesional percibe el trabajador por todos los conceptos salariales. Así lo ha corroborado la más reciente jurisprudencia, cuando precisa que *no puede tomarse el nuevo SMI como salario base* para proyectar sobre él las previsiones convencionales acerca de los complementos, y concluyendo que para conseguir la efectiva percepción del SMI garantizado hay que atender a las previsiones del convenio colectivo, incluyendo los diversos conceptos salariales, salvo que una norma con rango de ley aboque a otra conclusión, o el propio convenio colectivo lo indique de forma expresa (STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1236; STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1076; STS de 8 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:56; STS de 7 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4904; STS de 1 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1355).

En todo caso, mediante la técnica de la compensación y absorción salarial, de lo que se trata es de resolver el problema que surge porque vigente un orden retributivo (el del convenio colectivo) sobreviene un segundo (el del Real Decreto aprobando el salario mínimo interprofesional). La absorción y compensación (conceptos de alcance escurridizo) acaban por neutralizar los efectos de la segunda norma cuando al amparo de la primera ya se disfrutara de una protección similar o superior (STS de 29 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1353).

4.2.2. *La prevalencia del artículo 27.1 ET frente a las dudas interpretativas derivadas de los sucesivos Decretos de SMI. La consideración de la regulación reglamentaria como ultra vires*

Dichas previsiones legales (artículo 27.1 ET) son aclaradas y concretadas en el Decreto de SMI que anualmente aprueba el Gobierno. De este modo, el artículo 3 (Compensación y absorción) del vigente RDSMI 2024, en la misma línea que sus predecesores, en relación con la compensación y absorción en cómputo anual por los salarios profesionales del incremento del SMI prevé las siguientes reglas:

- 1) La revisión del SMI no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo las personas trabajadoras cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo, siendo a tales efectos *el salario mínimo en cómputo anual que se tomará como término de comparación* el resultado de adicionar al salario mínimo fijado (1.134€/mes para 2024) los complementos salariales a que se refiere el artículo 26.3 ET así como el importe correspondiente al incremento garantizado sobre el salario a tiempo en la remuneración a prima o con incentivo a la producción, sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía anual inferior a 15.876 euros.
- 2) Estas percepciones *son compensables con los ingresos que por todos los conceptos viniesen percibiendo las personas trabajadoras en cómputo anual y jornada completa* con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo.
- 3) Las normas legales o convencionales y los laudos arbitrales subsistirán en sus propios términos, *sin más modificación* que la que fuese necesaria para asegurar la percepción de las cantidades en cómputo anual que resulten de la aplicación, debiendo, en consecuencia, y tal y como nos hemos referido en el epígrafe 3, *ser incrementados los salarios profesionales inferiores al indicado total anual en la cuantía necesaria para equipararse a este*.

Pero estas previsiones reglamentarias, y en particular, la primera, han introducido ciertas dudas interpretativas sobre el modo de realizar dicha comparación a efectos de la aplicar la compensación y absorción salarial de los incrementos del SMI, que ha sido resueltas por la jurisprudencia. Ante las posibles diferencias interpretativas, prevalece la norma legal. Se respeta de esta forma la naturaleza que en razón a su especialidad posee aquel artículo 27.1 ET. En cuanto a su prevalencia sobre el Decreto de SMI se ha señalado que la redacción del artículo 3.1 del precedente RD 1462/2018, pero predicable igualmente del vigente RDSMI 2024, se separa abiertamente de lo querido por el artículo 27 ET, puesto que *viene a pedir que se compare la remuneración derivada del SMI nuevo no con lo realmente percibido sino con el resultado de sumar al SMI los diversos complementos existentes*. Además, la propia universalidad del concepto “salario mínimo interprofesional” choca con la idea de que su cifra puede ser diversa atendiendo a las previsiones de cada convenio colectivo. De aplicar literalmente ese precepto se desconocería lo prescrito por el legislador y habría que considerarlo *ultra vires*. Y es que siendo la norma con rango de Ley la que prescribe el modo de practicar la absorción y compensación, a ella hay que estar, como venimos explicando, por elementales exigencias de jerarquía normativa y seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Así, el artículo 27.1 *in fine* ET es taxativo cuando prescribe que la revisión del SMI no debe repercutir sobre los salarios que viniesen percibiendo quienes, por tal concepto y en cómputo anual, ya obtienen ingresos superiores. Solo si otra norma de similar rango así lo dispone habría de examinarse la cuestión desde la perspectiva de cómo armonizar ambas previsiones (STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1236; STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1076; STS de 8 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:56; STS de 7 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4904; STS de 1 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1355; STS de 29 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1353).

De lo contrario, la revisión del SMI tendría *un efecto multiplicador* sobre todos los convenios colectivos, cuyos salarios bases fueran inferiores al SMI, que se convertiría, de este modo, en salario base, o salario fijo por unidad de tiempo para todos los trabajadores, cuyos salarios base convenio o pactados contractualmente fueran inferiores al SMI de cada año, lo cual modificaría radicalmente su naturaleza jurídica y, adicionalmente,

vulneraría el papel de la negociación colectiva como espacio natural para la fijación de los salarios (STC 31/84, de 7 de marzo) y podría dejar sin contenido el artículo 37.1 CE, en relación con el Título III ET, puesto que sería el Gobierno, quien decidiría, a la postre, el importe de los salarios base o por unidad de tiempo, al margen de lo pactado en convenios colectivos o contratos de trabajo (la relevante STS de 26 de enero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:292)¹⁰. En definitiva, adicionalmente, ello conllevaría (1) *un efecto multiplicador*, (2) *se socavaría el papel de la negociación colectiva* y (3) *convertiría al Gobierno en el principal agente a la hora de fijar los salarios por unidad de tiempo* (STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1236; STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1076; STS de 8 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:56; STS de 7 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4904; STS de 1 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1355; STS de 29 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1353).

4.2.3. *La relativización de la exigencia de homogeneidad entre conceptos compensables y absorbibles*

Conforme ya se ha dicho, la compensación y absorción de conceptos salariales frente a incrementos del SMI exige *homogeneidad* entre tales conceptos salariales. Siendo la finalidad de la compensación y absorción salarial la de evitar una superposición de mejoras salariales que puedan tener su origen en diferentes fuentes reguladoras, se exige que entre los conceptos retributivos a examinar medie imprescindible homogeneidad para que pueda operar el mecanismo de la absorción y compensación. Sin embargo, dicha exigencia se ha ido relativizando en los últimos años a la hora de reconocer o no la compensación y absorción salarial. Como la propia jurisprudencia ha reconocido (STS de 26 de junio de 2024, ECLI:ES:TS:2024:3648; STS de 26 de abril de 2024, ECLI:ES:TS:2024:2354; STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1236; STS de 8 de enero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:56; STS de 29 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1353; STS de 10 de enero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:625), la complejidad de esta materia; la dificultad de extraer una doctrina universal al respecto; y la necesidad de estar a la casuística y peculiaridades de cada concreto supuesto han provocado una evolución y una relativización del requisito de homogeneidad entre conceptos salariales compensables y absorbibles. Esa necesidad de homogeneidad se ha relativizado en algunos supuestos, como ha sido en el de los conceptos retributivos antigüedad y salario base. Con lo que parece apuntarse al paso *desde una exigencia de estricta homogeneidad a la de posible neutralización entre conceptos que por genéricos* (no determinados por condiciones de trabajo singulares u obligaciones adicionales del trabajador) *resulten homogeneizables*.¹¹ De este modo, la exigencia de homogeneidad pudiera quebrar por mor de la negociación colectiva (en la que cada vez son más frecuentes cláusulas que permiten la neutralización entre partidas salariales heterogéneas), al considerar que entonces no estamos ante el ejercicio unilateral por parte del empresario de la facultad de compensar o absorber determinados incrementos salariales en virtud del artículo 26.5 ET, sino ante una compensación acordada en un

¹⁰ De esta manera, como en un comentario a esta sentencia del Tribunal Supremo ha destacado PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “El salario mínimo interprofesional y la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 163, 2022, páginas 253 y 254, se aprecia que la interpretación jurisprudencial se decanta por una interpretación teleológica, basada en la finalidad del SMI como suelo de contratación y manteniendo la negociación colectiva como lugar natural para fijación de los salarios, lo que justifica que se entienda que lo cobrado como complemento de antigüedad por el trabajador forme parte del salario que debe compararse con el nuevo SMI, precisando que la posterior STS de 29 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1353) ha extendido esta regla a todos los complementos salariales. Destaca finalmente la relevancia de que estas sentencias (y la doctrina que encierran) hayan sido aprobadas por el Tribunal Supremo por unanimidad, sin votos particulares al respecto.

¹¹ Por tanto, resulta que para que opere la compensación ya no resulta imprescindible una estricta homogeneidad, sino que la neutralización de condiciones puede operar entre conceptos genéricos (STS de 26 de junio de 2024, ECLI:ES:TS:2024:3648).

acuerdo colectivo (por lo que la exigencia de homogeneidad queda atemperada por el necesario respeto a la autonomía colectiva). De este modo, ha pasado de conformar un auténtico *presupuesto* a constituir una *posibilidad* a merced del orden retributivo de referencia. De forma destacada, la STS de 6 marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1040), reconocía que aún admitiendo que en este caso no se trate de conceptos homogéneos, “pues, en principio, no parecen serlo, por un lado, las retribuciones abonadas por unidad de tiempo y, por otro, las comisiones por ventas”, sin embargo, pese a ello, el acuerdo expreso en tal sentido entre las partes permite aquí la compensación y absorción, sin que dicho acuerdo vulnere el principio de indisponibilidad del artículo 3.5 ET. La compensación y absorción, al menos cuando se trata, como es el caso, de remuneraciones complejas, debe atenderse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si, como vimos, ello no supone disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

Por otro lado, recientes sentencias del Tribunal supremo recuerdan que no debe confundirse el ámbito aplicativo del artículo 27.1 ET con el de otras previsiones (en particular, convencionales) que exijan la homogeneidad de las magnitudes incluye todos los salarios en su conjunto y cómputo anual, sin realizar distinción alguna entre ellos, con base a la naturaleza homogénea o heterogénea de algunos de sus complementos, de manera que, *solo cabe bloquear la compensación y absorción por heterogeneidad de los conceptos salariales, cuando se haya convenido así en el convenio* (STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1236; STS de 21 de febrero de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1076; STS de 7 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4904; STS de 1 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1355; STS de 29 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1353).

De este modo, operaría la compensación y absorción salarial en los salarios profesionales frente a incrementos del SMI cuando: 1) se trate de conceptos salariales homogéneos; 2) se traten de conceptos no homogéneos (heterogéneos) pero genéricos y por tanto homogenizables si así lo considera un convenio colectivo; y 3) se trate incluso de conceptos heterogéneos que no hayan sido expresamente considerados por el convenio colectivo como no compensables ni absorbibles respecto de los incrementos de SMI.

Como se constata, nuestra doctrina no ha sido uniforme acerca del modo en que debe aplicarse la absorción y compensación, sino que ha evolucionado tanto por lo que se refiere a las previsiones del convenio colectivo, respecto de los salarios individuales, cuanto a las de la norma que establece el SMI anual, respecto de los salarios convencionales (STS de 29 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1353). De esta forma, la jurisprudencia ha entendido que normalmente *la solución del caso ha de estar casuísticamente ajustada a cada situación de hecho*, reiterando que no siempre es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos, sino que casi siempre ha de atenderse al examen de las peculiaridades del caso concreto; pero ello no es obstáculo para que *se pueda afirmar que la compensación que autoriza el art. 26.5 ET es siempre posible en términos generales, salvo que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regula* (entre otras muchas, la STS de 9 de diciembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:4229)

De esta forma, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la consideración (o no) de determinados conceptos salariales y económicos como compensables o absorbibles. Veamos algunos casos:

- 1) *El complemento de antigüedad*. Se trata de un complemento salarial de carácter personal (en atención a circunstancias personales del trabajador), pese

a lo cual, si el convenio colectivo no prohíbe la compensación y absorción del incremento del SMI, su subida se compensa con la suma del salario base y del complemento de antigüedad, siempre que el resultado, en su conjunto y en cómputo anual, sea superior al SMI. De esta manera se reconoce que se trata de conceptos homogéneos y, por tanto, salvo que el convenio lo prohíba, cabe la compensación y absorción. Así se pronunció la STS de 26 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:292). No obstante, no ha sido la única sentencia. Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Supremo a favor de considerar compensable y absorbible el complemento de antigüedad o el complemento de antigüedad consolidada. Respecto de este último supuesto, el complemento de antigüedad consolidada, se han pronunciado la STS de 21 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1236), la STS de 8 de enero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:56); o la STS de 7 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4904), en todos los casos afectando a la empresa ISS Facility Services SA en relación con un complemento de antigüedad consolidada que el Convenio colectivo de Limpieza de edificios y locales de Huesca (artículo 14) establecía como no es compensable ni absorbible, y que sin embargo el Tribunal Supremo consideraba que debía de computarse a los efectos de fijar el salario percibido por las personas trabajadoras para aplicar las subidas del SMI, al entender que las previsiones del convenio colectivo aplicable se refieren a las revalorizaciones que se pudieran efectuar por convenio colectivo ya que “cabe distinguir entre el establecimiento de una garantía personal que se refiere a una concreta partida salarial que se mantiene inmune (no absorbible y no compensable) frente a ulteriores convenios o pactos de empresa (supuesto al que hay que asimilar la regulación de este complemento de antigüedad consolidada), y la garantía del artículo 27.1 ET que se refiere a que la revisión del SMI no afectará a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos en su conjunto y cómputo anual fueran superiores a aquél. No está de más recordar, por último, que el complemento de la antigüedad consolidada forma parte de la genérica retribución por antigüedad, en la que se distinguen los quinquenios y la antigüedad consolidada, ambas con idéntica finalidad, por lo que lo más coherente es dar el mismo tratamiento a ambas remuneraciones que conforman una misma partida o concepto salarial” (como también han puesto de relieve la STS de 1 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1355; y la STS de 29 de marzo de 2022; ECLI:ES:TS:2022:1353). En suma, y tal y como concluye la STS de 26 de abril de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2354), este complemento de antigüedad consolidada ostenta carácter salarial; de manera que resultará computable para obtener la base de comparación con el nuevo SMI, al concurrir una norma con rango de Ley que determina el modo de practicar la absorción y compensación, y a la que se debe someter.

- 2) Un denominado *complemento personal convenido*. La STS de 11 de enero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:117) entiende que dicho complemento, reconocido por el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, es compensable y absorbible frente a incrementos del SMI, pues “la norma convencional permite la compensación y absorción del complemento en litigio aunque no se trate de conceptos homogéneos, posibilitando la aplicación de dicha técnica de reducción salarial sin que por ello se vulnere el principio de indisponibilidad de derechos, y sin que tampoco se esté en presencia de una condición más beneficiosa”.
- 3) *Pluses de sobrecargo, nocturnidad y paga de beneficios*. La STS de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1621) resolvió que procedía la compensación y

absorción coen el SMI de los pluses de sobrecargo, nocturnidad y pago de beneficios (Convenio colectivo de Air Nostrum) en base a que solo cabe bloquear la compensación y absorción por heterogeneidad de los conceptos salariales cuando se haya convenido así en el convenio colectivo, y en este caso “no contiene ninguna previsión específica que impida la absorción y compensación” con lo que no ha razones por las que excluir tales complementos, cuya naturaleza salarial resulta del todo incontrovertida. El hecho de que el abono de tales complementos quede condicionada a la concurrencia de las circunstancias que convencionalmente generan su devengo (como es consustancial a cualquier clase de plus o complemento salarial) no impide su compensación. Además, precisa que no hay norma legal que limite exclusivamente la absorción y compensación con los incrementos del salario mínimo interprofesional a los complementos vinculados a la realización de la jornada ordinaria de trabajo a una prestación de servicios normales, sin que el hecho de que obedezcan a razones singulares impida la aplicación de ese mecanismo, cuando el convenio colectivo no contiene regla que lo imposibilite en razón de la heterogeneidad de los conceptos salariales en juego.

- 4) *Prima de producción*. La STS de 29 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1352), permite la compensación y absorción de un complemento de cantidad o calidad, como es el caso de la prima de producción, con el salario base, con motivo del incremento del SMI. Igualmente, la SAN de 24 de mayo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:2001) ya había considerado que compensable y absorbible respecto de incrementos del SMI a la prima de producción¹².
- 5) *Plus de emergencia*. La STS de 26 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3648) considera que no cabe aplicar la compensación y absorción salarial en el caso del plus de emergencias, una remuneración compleja que retribuye un posible exceso de jornada diaria que puede producirse con ocasión de la realización del turno de 24 horas consecutivas, de modo que retribuye no solo ese tiempo en exceso sino una mayor penosidad en el trabajo, una disponibilidad en caso de que se presente una emergencia justo al final del turno, además de los excesos que los solapes entre el turno y el descanso pudieran producirse. Ello, sin olvidar, que en este caso su complejidad se produce, además, al incluir un concepto extrasalarial, como son las dietas, que por su propia naturaleza, impide que se compensen y absorban.
- 6) *Complementos de transporte y vestuario*. En principio, tales complementos tienen naturaleza extrasalarial, no tienen carácter retributivo, no remunera directamente el trabajo, sino que tienen carácter compensatorio o indemnizatorio de los gastos que la prestación de servicios origina al trabajador. Por no tener naturaleza salarial quedarían fuera del ámbito de aplicación de las reglas de compensación y absorción salarial, no serían compensables ni absorbibles. Así, se ha reconocido por la jurisprudencia que partiendo del carácter extrasalarial del controvertido plus transporte no cabe duda que su compensación y absorción

¹² Dicha sentencia descarta que no quepa la compensación y absorción de los complementos salariales, así como de la prima de producción, argumentando que “no es cierto que el art. 35.2 del convenio de empresa impida la compensación y absorción de los incrementos del SMI, puesto que su simple lectura permite concluir que afecta únicamente a las revalorizaciones del propio convenio colectivo; y que no cabe tampoco neutralizar, a estos efectos, la prima de producción, aunque la Sala comparta que su naturaleza es propia de un complemento salarial de cantidad o calidad, relacionado con el trabajo realizado, tal y como dispone el art. 26.3 ET, por cuanto el art. 27.1 in fine ET incluye todos los salarios en su conjunto y cómputo anual, sin realizar distinción alguna entre ellos, con base a la naturaleza homogénea o heterogénea de algunos de sus complementos, de manera que, solo cabe bloquearla compensación y absorción por heterogeneidad de los conceptos salariales, cuando se haya convenido así en el convenio”.

con el salario base resulta irregular e ilícita por cuanto que se produce entre conceptos no homogéneos, y por tanto la absorción y compensación prevista en el artículo 26.5 ET no es posible cuando uno de los conceptos retributivos que interviene en la operación es inabsorbible por su propia naturaleza, cual ocurre cuando se trata de un complemento no salarial (STS de 9 de diciembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:4229)¹³. El problema es que no siempre está clara la naturaleza salarial de estos pluses. Como recuerda la STS de 20 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1759), en principio, el plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial, en cuanto que se percibe por el trabajador *en concepto de indemnización o suplido por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral*, pero ello no es obstáculo para que, si se averigua que bajo la denominación de “plus de transporte” se disimula una verdadera retribución salarial en contraprestación del trabajo realizado, se tenga en cuenta la realidad efectiva de la remuneración y no la apariencia de la misma¹⁴. Entonces, si no concurren elementos de juicio que permitan considerar que esconde en realidad una retribución salarial y no se aprecia nada que desnaturalice su finalidad indemnizatoria, el plus de transporte (de naturaleza extrasalarial) se considera como no absorbible (STS de 7 de marzo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1621). Pero no siempre es así. En virtud del artículo 26.1 ET ha de presumirse *iuris tantum* que todo lo que el trabajador recibe del empresario es salario (aunque dicha presunción admite prueba en contrario por quien esgrima que se trata de percepciones extrasalariales). Si no se proba el carácter extrasalarial de las percepciones económicas recibidas del empleador, operaría la compensación y absorción. De este modo, la SAN de 18 de febrero de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:18) considera que la verdadera naturaleza de los pluses controvertidos (*plus de transporte y plus de mantenimiento de vestuario*) es salarial, por lo que se pueden compensar y absorber con la subida del SMI, pues pese a la denominación de “extrasalarial” que convencionalmente puedan atribuir las partes (*nomen iuris*) se aprecian otros datos que apuntan a la naturaleza salarial de tales pluses¹⁵. En el mismo sentido, la STS de 23 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4839) entiende que procede compensar y absorber un denominado “plus de transporte” por tratarse verdaderamente de un concepto de naturaleza salarial. Recuerda que el concepto de salario, por su trascendencia económico-social, se encuentra sustraído a cualquier posibilidad de modulación por parte de la autonomía privada, ya sea individual o colectiva, lo que limita el contenido de la relación contractual laboral. La consideración de lo que debe reputarse salario no depende de la denominación que convencionalmente le hayan atribuido las partes, individuales o colectivas (*nomen iuris*), sino que atiende a su verdadera naturaleza. Estas consideraciones

¹³ En el mismo sentido, la STS de 1 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1355) considera que la absorción y compensación no rige cuando uno de los conceptos retributivos que interviene en la operación no es absorbible por su propia naturaleza, cual ocurre cuando se trata de un complemento no salarial.

¹⁴ Citando jurisprudencia anterior: STS de 17 de enero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1485; STS de 25 de noviembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:8606; y STS de 16 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2010:2489.

¹⁵ En dicha sentencia se valora especialmente que los pluses de transporte y vestuario: a) se abonan en los doce meses del año, en cuantía lineal y para todos los trabajadores, al margen de que exista o no la situación de gasto a la que, en teoría, responden; b) la empresa es consecuente con ello pues los integra con normalidad en el salario regulador de indemnizaciones por despido (de tener naturaleza salarial, deberían quedar excluidos); c) los propios representantes de los trabajadores admiten con naturalidad que la retribución anual de los trabajadores comprenda estos pluses, como se observa en la tabla del convenio y en acuerdos laborales posteriores; y d) que no se cuestionó, ni siquiera subsidiariamente, el contenido de la tabla salarial, a pesar de que estaría dando lugar al abono de salarios por debajo del mínimo interprofesional. Por tanto, la Sala de los Social de la Audiencia Nacional considera que del análisis global de la situación se extrae la conclusión de que la verdadera naturaleza de los pluses controvertidos es salarial, quedando la “letra convencional” contradicha por “la realidad fáctica”, sin que esta última se haya logrado desvirtuar.

impiden que los convenios colectivos “puedan acordar la exclusión de la naturaleza salarial de un complemento que tenga su causa en el contrato de trabajo”. A juicio del Tribunal Supremo son varias las razones, que *en este caso* abocan a descartar el carácter extrasalarial que la denominación convencional (*plus de transporte*, que unificó los antiguos complementos de transporte y vestuario) le atribuye: 1) se abona con una misma cuantía a todos los trabajadores con independencia de las circunstancias de cada uno de ellos y de si tienen que realizar desplazamientos dentro de la zona definida como localidad; 2) se paga los 12 meses del año, incluso cuando los trabajadores están de vacaciones¹⁶, durante las cuales no tienen que afrontar ningún gasto de transporte derivado de su actividad laboral, por lo que evidencia que “estamos ante el contravalor asignado a la prestación de servicios y no antela compensación de un (por lo demás inexistente) gasto”; 3) se abona también, con idéntico importe, en las pagas extraordinarias de junio y Navidad (que sea la única partida retributiva que se adicione al salario base a efectos de integrar la cuantía de las pagas extraordinarias casa mal con su pretendido carácter extrasalarial); 4) no se paga con una cantidad distinta en función de cuántos días acude el trabajador a la empresa sino que se paga una cantidad fija mensual; 5) se integra en la base de cotización, por lo que la empresa abona un complemento del subsidio por incapacidad temporal igual a dicho plus de transporte durante los citados días 21 a 40 de estos procesos de incapacidad temporal. Por todo ello “debemos concluir que no se ha desvirtuado la presunción *iuris tantum* de que todas las cantidades que perciben los trabajadores del empresario son salario”, lo que obliga a declarar que este plus de distancia y transporte tiene naturaleza salarial, y consiguientemente es compensable y absorbible por los incrementos del SMI.

En resumen, la jurisprudencia ha precisado que para aplicar la técnica de la compensación y absorción salarial frente a incrementos del SMI *hay que comparar el SMI con el salario base más todos los complementos salariales, incluyendo los complementos variables, y dejando solo fuera de la comparación las percepciones extrasalariales*, que por su naturaleza heterogénea, indemnizatoria, compensatoria, no retributiva, no salarial, no son compensables ni absorbibles. Sin perjuicio de ello *se estará en todo caso a lo que diga el convenio colectivo, y a la eventual prohibición convencional de la compensación y absorción de alguno o de todos los complementos salariales*.

4.3. El papel de la negociación colectiva en la compensación y absorción salarial

Tal y como se ha señalado, el papel del convenio colectivo a la hora de posibilitar la aplicación de la técnica de la compensación y absorción salarial ante las subidas del SMI es determinante, es crucial. Puede tanto permitir la compensación y absorción de conceptos salariales no homogéneos (heterogéneos) como prohibir la compensación y absorción de conceptos salariales homogéneos¹⁷. Por tanto, la negociación colectiva tiene

¹⁶ Sin embargo, este dato, por sí mismo, si fuera el único, no sería determinante del carácter salarial del plus de transporte. En este sentido, la STS de 3 mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2197), consideró que en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Empresas de Vigilancia y Seguridad los pluses de vestuario y transporte, pese a su percepción en cuantía fija y mensual, no tienen naturaleza salarial. Dicha sentencia precisaba que la naturaleza salarial o extrasalarial de los pluses de transporte y vestuario dependerá (al margen de la denominación que las partes le hayan dado en el Convenio) de si tales conceptos remuneran o no de forma efectiva el gasto de transporte o de mantenimiento de vestimenta profesional del trabajador, “sin que pueda deducir de forma automática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remunerar tales complementos”.

¹⁷ Incluso, dada la flexibilización y relativización de la exigencia de homogeneidad de conceptos salariales para aplicar la compensación y absorción, también para prohibir la compensación y absorción de conceptos no homogéneos. Así, como hemos visto, la relevante STS de 26 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:292) recuerda que solo cabe

mucho que aportar a la posibilidad de que el empleador pueda aplicar de la compensación y absorción salarial, tanto en sentido de facilitarla como de limitarla. Desde el ámbito sindical se es también consciente de la importancia del papel del convenio colectivo a la hora de configurar las reglas de absorción y compensación¹⁸.

La mayoría de convenios colectivos contienen cláusulas sobre compensación y absorción salarial, tratándose en muchos casos de una reproducción literal del artículo 26.5 ET. Se trata de cláusulas genéricas sobre compensación y absorción, normalmente establecidas ante las sucesivas revisiones salariales del propio convenio colectivo. Son menos frecuentes las cláusulas específicas de absorción y compensación salarial en caso de incrementos del SMI.

En todo caso, los estudios y análisis de la negociación colectiva evidencian una elevada casuística. Hay convenios colectivos que posibilita la utilización de la técnica de compensación y absorción de condiciones económicas (lo habitual, lo más frecuente) pero también hay supuestos en los que el convenio colectivo reconoce un concepto económico como no compensable ni absorbible. Así, se ha destacado¹⁹ cómo algunos convenios *consideran compensable y absorbible* (por entenderlos como conceptos salariales homogéneos): el complemento de antigüedad (artículo 33 del Convenio colectivo del Trabajo en el Campo de Extremadura, DOE de 29 de junio de 2022), los complementos a bruto (artículo 5.2 del Convenio colectivo de Dadelos Agrosolutions S.L., BOP de Valencia de 5 de enero de 2023), el complemento de mejora voluntaria (artículo 46 del Convenio colectivo de Hopital Quironsalud Ciudad Real, BOP de Ciudad Real de 9 de septiembre de 2022), o el complemento personal asignado (Convenio colectivo de BP Oil España S.A.U., BOCM de 28 de mayo de 2022). Incluso se han detectado cláusulas convencionales que posibilitan que quiebre la exigencia de homogeneidad, en consonancia con la relativización jurisprudencial de dicha exigencia, y así hay convenio colectivo que consideran que todos los conceptos retributivos son homogéneos y compensables (artículo 7 del Convenio colectivo de Grupo Generali España, BOE de 18 de noviembre de 2022), sin importar la naturaleza y el origen de las condiciones salariales (artículo 10 del Convenio colectivo de Prezero, BOP de Pontevedra de 29 de abril de 2022; o artículo 7 del Convenio colectivo del Sector de Suministros industriales de Huelva, BOP de Huelva de 2 de noviembre de 2022), e incluso incluyendo también como conceptos compensables y consolidables percepciones extrasalariales (artículo 18 del Convenio colectivo del Sector del comercio de equipos, recambios, componentes y accesorios del automóvil del Principado de Asturias, BOPA de 17 de octubre de 2022; artículo 35 del

bloquear la compensación y absorción por heterogeneidad de los conceptos salariales cuando se haya convenido así en convenio colectivo.

¹⁸ Así, tal y como se desprende de la ya mencionada *Guía rápida de consulta: aplicación del SMI 2024*, se pone de manifiesto cómo a la hora de revisar las tablas salariales con el nuevo SMI, muchas empresas han interpretado interesadamente los criterios de compensación y absorción de los complementos que se recogen en los convenios colectivos, intentando neutralizar la subida del SMI mediante la compensación y absorción de diferentes complementos con el salario base. De este modo, en muchos sectores suele ser una práctica habitual compensar y absorber la antigüedad y los complementos de transporte, vestuario, etc. con el salario base ante la subida del SMI, de forma que en la práctica, la retribución total queda igual. Por eso, destaca dicha Guía Sindical, “para luchar contra este sinsentido, que las diversas sentencias van amparando, hay que tratar de eliminar de los textos de nuestros convenios las cláusulas de compensación y absorción que suponen un lastre para la mejora de las rentas salariales, sobre todo teniendo en cuenta las subidas del SMI de los últimos años. Otra fórmula posible para alcanzar el mismo fin consiste en especificar en cada complemento salarial que no se puede compensar ni absorber ante subidas del SMI o ante incrementos salariales pactados en el convenio”.

¹⁹ *Vid.* ÁLVAREZ CUESTA, H.; LANTARÓN BARQUÍN, D.; MEGINO FERNÁNDEZ, D.; MORATO GARCÍA, R.M. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El salario base en el marco de la actual riqueza estructural del salario”, en Observatorio de Negociación Colectiva (A. Todolí Signes, A. Esteve Segarra, A. Merino Segovia, A.B. Muñoz Ruiz, H. Álvarez Cuesta, J.L. Monereo Pérez, M.A. Almendros González y R. Gómez Gordillo, coords.): *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, *op. cit.*, páginas 93 a 98.

Convenio colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de Madrid; BOCM de 17 de diciembre de 2022; artículo 6 del Convenio colectivo de Fiat Chrysler Automóviles Spain S.A., BOCM de 16 de julio de 2022; o artículo 35 de Talleres Landaluce S.A., BOC de 5 de octubre de 2022). En ocasiones, aunque se declare con carácter general la compensación y absorción de los conceptos salariales, se establecen excepciones o reglas especiales²⁰.

Desde el otro lado, hay convenios colectivos que *establecen restricciones y limitaciones a la compensación y absorción salarial* de determinados conceptos económicos frente a subidas del SMI. Entre otros muchos, podemos destacar los siguientes:

- La Disposición Transitoria 2ª del Grupo Vips (BOE de 8 de marzo de 2022) establece que la prima de permanencia la prima variable “no podrán ser compensadas ni absorbidas”.
- El artículo 21 (Actualización de salario) del Convenio colectivo del comercio general de Murcia (BORM de 20 de abril de 2024), tras recordar que “prevalecerán sobre estas tablas salariales aquellos pluses que sean de carácter personal y estén consolidados, tales como la antigüedad, peligrosidad, etc”, dispone que “no podrán absorberse por tanto complementos de cualquier naturaleza distinta al abono expreso de una cantidad a cuenta de convenio”.
- El artículo 17 del Convenio colectivo de Servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 9 de marzo de 2022) considera que dadas sus especiales características *no podrán, en ningún caso, tener la consideración de retribución absorbible* el Plus convenio, el Plus de asistencia, el Plus festivos, el Plus NOL (Nuevo Orden Laboral) ni los complementos personales: tales como aplicación de títulos o conocimientos especiales, o cualquier otro de naturaleza análoga que derive de las condiciones personales de la persona trabajadora y que no haya sido valorado al ser fijado el salario base.
- El artículo 35 del Convenio colectivo de Jardinería (BOE de 13 de julio de 2022), dispone que los Pluses de residencia y bonificación de Ceuta y Melilla no podrán ser absorbidos ni compensados, total o parcialmente, sino por otra percepción de la misma naturaleza e igual finalidad.
- El artículo 25 del Convenio colectivo de Empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 10 de octubre de 2022), considera que no serán retribuciones compensables ni absorbibles los complementos salariales de puesto de trabajo (plus de prolongación de jornada) ni los complementos de calidad y cantidad de trabajo ni los complementos personales (tales como aplicación de títulos, idiomas o conocimientos especiales, o cualquier otro de naturaleza análoga que derive de las condiciones personales del trabajador y que no haya sido valorado al ser fijado el salario base), incluyendo entre tales, la antigüedad.
- Muy ilustrativo y relevante es también el artículo 6 del Convenio colectivo de Salas de fiesta, bailes, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE de 5 de abril de 2023), cuando aclara que al objeto de evitar situaciones que representen una merma de poder adquisitivo para las personas trabajadoras a las cuales se les aplique este convenio, se garantiza que el incremento retributivo que aquí se pacta

²⁰ Por ejemplo, el artículo 32 del Convenio colectivo de Grupo Marítima Dávila (BOE de 6 de mayo de 2022), declara que las condiciones económicas serán absorbibles, a excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos; o el artículo 8 del Convenio colectivo de Industrias lácteas (BOE de 17 de junio de 2022) o el artículo 19 del Convenio colectivo para el Comercio de alimentación de Zamora (BOP de Zamora de 3 de octubre de 2022), que impiden la absorción y compensación solo para las escalas salariales, las más bajas.

no es compensable ni absorbible con las mejoras que por cualquier otro concepto perciban las personas trabajadoras. En consecuencia, los incrementos establecidos para cada grupo profesional deberán ser abonados efectivamente sobre los niveles que realmente se vengán percibiendo.

- Por su parte, el artículo 6 del Convenio colectivo de Almacenistas y detallistas de alimentación de Sevilla (BOP de Sevilla de 23 de enero de 2021) dispone que las mejoras económicas establecidas en este Convenio, en Salario Base, Antigüedad y Pagas Extraordinarias, no serán objeto de la absorción o compensación prevista en el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, la eficacia de tales cláusulas convencionales limitativas de la compensación y absorción salarial queda en muchos casos en entredicho y es cuestionada, en la medida que, como ya ha reconocido la jurisprudencia (tal y como ya se analizó en 4.2.3), *no prohíben expresamente la compensación y absorción de los incrementos del SMI, sino que están previstas únicamente para las revalorizaciones del propio convenio colectivo* (por todas, STS de 26 de enero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:292).

5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ÁLVAREZ CUESTA, H.; LANTARÓN BARQUÍN, D.; MEGINO FERNÁNDEZ, D.; MORATO GARCÍA, R.M. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El salario base en el marco de la actual riqueza estructural del salario”, en Observatorio de Negociación Colectiva (A. Todolí Signes, A. Esteve Segarra, A. Merino Segovia, A.B. Muñoz Ruiz, H. Álvarez Cuesta, J.L. Monereo Pérez, M.A. Almendros González y R. Gómez Gordillo, coords.): *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, Ed. Cinca, Madrid, 2024

LLOMPART BENNÀSSAR, M.: “La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social”, *Trabajo y Derecho*, núm. 57, 2019

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIERNO, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Comares, Granada, 2023

MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Política de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)*, núm. 1, 2021

PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “La subida del salario mínimo profesional en 2019 y 2020, contexto y cuestiones jurídico-prácticas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231, 2020

PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M.: “El salario mínimo interprofesional y la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 163, 2022

RUESGA BENITO, S.M. y BAQUERO PÉREZ, J.: “Análisis de los efectos del aumento del salario mínimo en España en 2019”, *Temas Laborales*, núm. 148, 2019

INDEMNIZACIONES POR DESPIDO EN EL EMPLEO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

ARACELI VALLECILLO ORELLANA
*Profa. Asociada. Dpto. Derecho del Trabajo y
Seguridad Social. Universidad de Córdoba.*
dt1vaorm@uco.es
0000-0001-5487-8204

SUMARIO:

1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN
2. TIPO DE EMPLEADO PÚBLICO ADMINISTRATIVO TITULAR DEL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO
3. NATURALEZA JURÍDICA DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

EXTRACTO.

La naturaleza jurídica de las indemnizaciones por despido lleva implícita la especial atención a las consecuencias perjudiciales que la pérdida del empleo le pueda acarrear al trabajador despedido. Atendiendo a la edad y formación del trabajador, la protección que las prestaciones sociales a las que pueda acceder le puedan dispensar, o la situación del mercado laboral, entre otros aspectos, el legislador español ha establecido una valoración estimada del daño que la pérdida del empleo le pueda ocasionar al trabajador afectado por el despido. A dicho resarcimiento compensatorio, en el ámbito público administrativo, donde no resulta tan disponible, se une el efecto punitivo que para una entidad pública que incumple una normativa no directamente aplicable en su ordenamiento jurídico, presenta una tipología de indemnización que resulta exigible sobre conceptos jurídicamente no del todo determinados en el orden legal interno de directa aplicación.

Sobre la conceptualización de una clase de indemnización compensatoria por la pérdida del despido, se elevan en el ámbito empleador público, otros conceptos añadidos al carácter reparador que le corresponde propiciar a la parte empleadora cuando prescinde de los servicios profesionales de su trabajador. Carácter sancionador, preventivo, disuasorio y efectivo, se añaden al efecto compensatorio que la empleadora Administración Pública debe aplicar cuando promueve la finalización de una relación laboral a su servicio.

A partir de dicho contexto conceptual presentamos una breve reflexión sobre la incidencia que los elementos componentes de la indemnización corresponden al caso de los despidos producidos en el ámbito del empleo público administrativo.

1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN

La especial relevancia que ostenta la normativa europea e internacional en materia laboral se deja sentir, también, en materia de indemnización por despido. El artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el artículo 24 de la Carta Social Europea (CSE), y su interpretación por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), reconocen el derecho de los trabajadores despedidos a una indemnización adecuada como efecto apropiado de reparación ante la pérdida de trabajo. Si bien, en el caso del empleo público laboral de las Administraciones Públicas españolas, dicha indemnización cobra un diverso sentido según se trate de indemnización por despido efectuado en el ámbito del objeto contractual que ha llevado a crear el vínculo profesional entre una parte empleadora y otra empleada, indemnización que resulta tasada por la normativa laboral aplicable¹, o indemnización, también por despido, pero provocada por no haber llegado a cumplir la parte empleadora, en sus justos términos, con la normativa laboral o, en su caso, convencional, aplicable en materia del vínculo profesional que la une a la parte trabajadora. En este último caso es en el que focalizamos el objeto de nuestro estudio, si bien, no dejar atrás la base que origina la indemnización por fin de relación contractual laboral.

El reconocimiento del derecho a percibir indemnización por fin de contrato ha seguido una evolución diversa, y más conflictiva, en el caso del empleo público que

¹ Tasación que ha sido cuestionada y renegada por el Comité Europeo de Derechos Sociales cuando el despido ha sido judicialmente calificado como “improcedente”, por considerar que dicho “*quantum*” violael artículo 24 de la Carta Social Europea, por no ser proporcionada para la parte empleada, ni disuasoria para la parte empleadora. Para mayor abundamiento, Cfr. Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la legislación española en materia de despido improcedente. Denuncia núm. 207/2022 (Consultar a través de la URL: <https://hudoc.es.coe.int/fre/?i=cc-207-2022-dmerits-en>)

en el empleo privado cuando se trata de finalizaciones contractuales propiciadas por la voluntad empleadora (por causas objetivas, bien en la modalidad individual, bien en la modalidad colectiva). Aún reconocido el derecho a una indemnización por finalización de la relación laboral, ésta presenta diferente cuantificación en función de si el contrato a extinguir es de naturaleza indefinida o temporal.

Con carácter general, la ejecución que corresponda efectuar a la parte empleadora sobre su decisión extintiva, aparece regulada por lo dispuesto en el art. 53 ET, el cual, en su apartado primero, impone los mismos requisitos establecidos para el despido colectivo regulado en el art. 51 ET y para el despido individual objetivo regulado en el art. 52 ET, esto es, la puesta a disposición, de forma simultánea a la comunicación escrita, del despido², de una indemnización de cuantía correspondiente a veinte días del salario que venga percibiendo el empleado en la parte correspondiente a la cuantía fija de su salario, por año de servicio, con el límite de doce mensualidades. De manera inicial, la Ley no advierte diferencia alguna entre el despido objetivo individual fundado en el art. 52 ET y la ejecución de la medida de despido colectivo preceptuada en el art. 51 ET, ni, si la naturaleza objetiva de la parte empleadora es de operatoria transaccional o presupuestaria pública.

La evolución que, tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional española han venido presentando respecto a la posibilidad de conceder indemnización por despido a los empleados públicos, ha sido una cuestión sujeta a una constante evolución, por cuanto, tanto en el caso del personal laboral temporal como en el del personal laboral fijo, por igual para ambos tipos de empleados públicos, ha sido necesario acudir a la participación del Tribunal Supremo español y a la normativa y jurisprudencia comunitaria europea para homogenizar de forma jurídica los preceptos normativos de ambos órdenes jurídicos.

Bajo el condicionante que establece la Cláusula Cuarta, número Uno, del Acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE³ al establecer que, respecto a las condiciones de trabajo,

«no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

En un primer momento, el Alto Tribunal español⁴, pone en duda el ejercicio de no indemnización a trabajadores temporales cuando la finalización de sus contratos proceda del incumplimiento normativo- fraude de ley- de la parte empleadora, por cuanto entendía que

«la causa relacionada debe ser la extinción 'por causas objetivas legalmente procedentes' (art. 49.1.1. ET (...)) [si] nos encontramos por hipótesis ante trabajadores contratados por tiempo indefinido (para ocupar puestos de trabajo estructurales: empleados públicos laborales para puestos fijos que no se encuentran integrados formalmente en la estructura de la empleadora pública) no parece coherente privarles de cualquier indemnización por fin de contrato, pues les sitúa en una posición más desventajosa que a los trabajadores temporales de la Administración (empleados públicos contratados para

² La parte empleadora cuenta con un margen de quince días para ejecutar su obligación indemnizatoria como efectivo cumplimiento del proceso extintivo. No obstante, circunstancias económicas posibilitan que la empleadora pública pueda retrasar la puesta a disposición de la indemnización a los empleados afectados. Vid. STS 1328/2019, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2019 (Rec. 4251/2017).

³ 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 (DOCE núm. 175, de 10 de julio de 1999).

⁴ Cfr. STS, Sala de lo Social, de 27 de mayo 2002 (Rec. 2591/01). Línea de tendencia interpretativa reiterada en Cfr. STS de 24 de junio 2014 (Rec. 217/13).

ocupar puestos de trabajos no propios de la estructura funcional de la Administración: empleados públicos temporales por el tipo de trabajo a desempeñar».

Al adoptar una línea de tendencia interpretativa que entiende que la relación contractual se puede extinguir *ex arts.* 1117 CC. y 49 ET, no sólo al cubrirse el puesto de trabajo ocupado por el aspirante, como resultado del proceso ordinario de cobertura de puesto de trabajo estructural, y en cuanto circunstancia inherente a la propia naturaleza temporal del contrato que parte con el conocimiento de un término final aunque sin saber cuando llegará⁵, sino también por la amortización del mismo producida previa a la cobertura formal del puesto de trabajo vacante ocupado de modo provisional, y mientras se ocupa de modo definitivo por finalización de proceso reglado- “*amortización simple*”, la jurisprudencia nacional española, sin acabar de admitir diferencias relevantes pero sí diferenciando las tipologías contractuales entre empleados laborales temporales en fraude de Ley, por continuar en activo una vez excedido el tiempo legal establecido- tanto para la duración del tipo temporal de contrato que viene ostentando en puestos de trabajo propios (trabajadores INF interinos) o añadidos (trabajadores INF *strictu sensu*)⁶, como entre los trabajadores temporales con contratos laborales aún en vigencia- “*in vi*”-, ha venido reconociendo a la tipología de empleados temporales para puestos no sujetos a proceso selectivo pendiente- puestos no estructurales- una indemnización por “*amortización simple*” *ex art.* 49.1.C), por incurrir causa extintiva que provoque los despidos con carácter previo a la llegada de la fecha de caducidad inicialmente concertada. A dichas extinciones contractuales les corresponderá, una indemnización de doce días de salario por cada año de prestación de servicios, sin límite cuantitativo alguno, de acuerdo con el art. 49.1.c) ET⁷.

Ello ha conducido a que la tipología del contrato de interinidad en el ámbito público administrativo haya estado planteando, en la última década, ciertas cuestiones y opiniones jurisprudenciales afectantes a la propia conceptualización de su naturaleza jurídica en relación al elemento indemnizatorio.

Acudiendo a la norma comunitaria, proyectada como regulación que fija mínimos de protección para los trabajadores en general, al quedar finalmente sujetos a sus propias legislaciones estatales que definirán los elementos aplicables a cualquier aspecto de la relación interpersonal (artículo 153.2.b del TFUE), en el caso que nos ocupa, en materia indemnizatoria por despido, los Estados miembros han debido adoptar un marco

⁵ Caso de los puestos de trabajo de naturaleza estructural de la Administración Pública que vienen estando ocupados de modo temporal mientras se cubre el puesto mediante el procedimiento legalmente establecido (art. 69 y ss EBEP). En concreto, el art. 70 TREBEP en relación con el art. 10.4 del mismo precepto legal, determina la obligatoriedad de cubrir las vacantes en la Administración Pública, ya sea por personal laboral por personal funcionario, mediante la convocatoria de oposición o concurso oposición de aquellas vacantes que, coyunturalmente, hayan sido ocupadas de manera interina por personal contratado de naturaleza temporal, en el mismo año o en el año inmediatamente posterior a dicho contrato temporal (art. 10) o, en máximo, 3 años (art. 70). La no convocatoria de prueba alguna en el tiempo legal señalado provoque la Administración incumpla reiteradamente la ley por el abuso de la contratación temporal que, en todocaso, siempre cuenta con una limitación de pervivencia en el tiempo al ser para el legislador la tipología temporal una de carácter excepcional para la regulación normativa laboral (El art. 15.1 ET parte de la base de considerar a los contratos laborales como unos de naturaleza indefinida en el tiempo).

⁶ Cfr. STS, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2016 (Rec. 755/2015), en la que, basada en la STS, Sala de lo Social de 24 de junio de 2014 (Rec. 217/2013), relativa a la extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante que ocupaban, establece que a estos trabajadores les es aplicable el art. 49.1 b) del ET con las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c), desde el momento en que la calificación del contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal del vínculo con la Administración, no existiendo ninguna justificación que permita excluir la indemnización por la mera circunstancia de tratarse de relaciones de trabajo que se desarrollan en el sector público.

⁷ Cfr. Sentencia de 24 de junio 2014. (Rec. 217/2013).

lógico y reglado que homogeneice a sus normativas nacionales con los parámetros supranacionalmente marcados⁸.

2. TIPO DE EMPLEADO PÚBLICO ADMINISTRATIVO TITULAR DEL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Tomando como base normativa de referencia a la Ley 3/2012, de Reforma Laboral⁹, entre otras medidas adoptadas resulta destacable la eliminación de la valoración finalista-racionalidad y proporcionalidad- que de los despidos debían realizar los jueces a través de proyecciones de futuro que dificultaban, cuando no impedían, la prueba causal, lo que había dado lugar a efectuar valoraciones por parte de los tribunales

«... en numerosas ocasiones (sobre), juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores (lo que permitirá) que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad. De otra parte, en aquellos despidos colectivos que afecten a más de cien trabajadores, la ley contempla una efectiva obligación empresarial de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa, que incluya medidas de formación, orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo (así como) medidas referidas a las indemnizaciones y otros costes asociados a los despidos (reduciendo cuantías) para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercando los costes del despido a la media de los países europeos» (Preámbulo RDL 3/2012).

En materia indemnizatoria, en concreto, la norma de 2012 proponía reducir, vía negociación colectiva efectuada en el procedimiento de consultas, las cantidades indemnizatorias por finalización de contratos, al considerarlas

«... un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación» (así como abonar los salarios de tramitación) «únicamente en los supuestos de readmisión del trabajador; bien por así haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo» (con la expresa consideración, para con el erario público, de poder abonarle al empleador que despide, los salarios que excedan de 60 días de tramitación procesal del despido, así como ceñir el abono del Fondo de Garantía Salarial a «las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos, que tengan lugar en empresas de menos de 25 trabajadores y no hayan sido declaradas judicialmente como improcedentes» (Preámbulo RDL 3/2012. Apartado V).

⁸ En STJUE, de 11 de febrero 2021 (Asunto C-760/18 “M.V. y otros”), se exige a todas las autoridades de los Estados miembro permanecer sujetas a la obligación de garantizar el pleno efecto de la normativa comunitaria llegando, incluso, a modificar su propia Constitución nacional, si ello fuere necesario (apartado 74). Ello conlleva dejar inaplicados los preceptos constitucionales en base al principio de preferente o prioritaria aplicación del derecho comunitario (apartado 75).

⁹ Sustancialmente por la amplia repercusión innovadora que produjo, no sólo en el procedimiento aplicable a los despidos colectivos, en cuanto medida laboral adoptada que, de modo más directo, se relaciona con el asunto objeto de nuestro estudio, si no, además, por la extensión aplicativa de los preceptos reguladores de esta figura extintiva a todos los empleados públicos contratados por las diversas Administraciones Públicas.

Con tales parámetros argumentales, la indemnización por despido laboral no resultaba diferenciada, ni en el seno del empleo público ni en el del privado, bajo ninguna definición tipológica de puesto de trabajo ni de contrato temporal o indefinido realizado, por cuanto, desde la STC 99/87¹⁰, en el seno empleador público, se toma al personal laboral en la Administración Pública como excepción al reducirlos de modo sustancial a los ámbitos de oficios, siempre y cuando no existiesen cuerpos o escalas de funcionarios para las labores precisadas por la Administración que no supusiesen potestades de autoridad pública, identificando a la Ley como competente para establecer los puestos de trabajo públicos que, por su especial naturaleza, deban quedar reservados a profesionales funcionarios o estatutarios, y los puestos que, de modo excepcional por su naturaleza coyuntural, puedan resultar ocupados por personal contratado por la tipología establecida en la normativa laboral¹¹.

Reconociendo plenamente la aplicación de la normativa laboral en el ámbito del empleo público, la Administración ha venido utilizando la modalidad contractual laboral de carácter temporal por obra o servicio determinado, así como la eventual, o bien la indefinida, tanto en su modalidad continua como en la de carácter discontinuo, que resultan ser, a efectos administrativos, de naturaleza temporal cuando ha decidido participar de actuaciones públicas posibilitadas, sustancialmente, por la existencia de fondos públicos de carácter finalista, generalmente provenientes de dotaciones externas a sus propias arcas. Así mismo, nos encontramos con supuestos donde la modalidad contractual fija continua o fija-discontinua, es utilizada- para atender a necesidades permanentes, recogidas en disposiciones legales y, por ello, planificadas en sus bases de actuación, con dotación presupuestaria de fondos y ordenación de personal, efectuada previamente a la efectiva ocupación organizada, aspecto esencial para ir definiendo la naturaleza jurídica de cada puesto de trabajo público ocupado, de forma reglada.

A estos efectos, el art. 18 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública, en la redacción introducida por la Ley 22/1993, de 29 diciembre, previó que la reorganización y reestructuración de los recursos humanos, tanto en relación con el personal funcionario como con el personal laboral, establece una fórmula específica de ordenación de personal, por la cual, mediante un previo estudio racional de necesidades de personal en cada Administración Pública empleadora, se asignaría el presupuesto económico necesario para mantener a cada personal durante el tiempo estimado de utilidad para llevar a cabo la actuación pública de la que fuera competente cada Administración Pública.

Con la llegada del EBEP, el art. 55.1, de manera mucho más rotunda que el derogado artículo 18.1 LMRFP de 1984, establece el modo de selección de los empleados públicos obedeciendo, exclusivamente, a parámetros objetivos que alejen de posibles injerencias irregulares a los procesos selectivos, especialmente en el régimen de contratación laboral pública¹².

Al quedar reconocido que, con carácter general, los puestos creados en el seno público lo han sido para ser dotados por personal funcionario de carrera- art. 23.2 y 103.3 CE- a

¹⁰ Recurso de inconstitucionalidad número 763/1984. Sentencia número 99/1987, de 11 de junio (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1987).

¹¹ A este respecto, la STS, Sala de lo Social, de 28 de noviembre 1989 (RJ 1989\8273. FD Cuarto), al tratar un asunto sobre contratación temporal de fomento del empleo con posterioridad a unos despidos efectuados que se calificaron como improcedentes, considera el acceso al empleo público como uno sujeto a la normativa administrativa, sin perjuicio de la aplicación de la normativa laboral reconocedora de contratos indefinidos que se consideran existentes para determinados trabajos públicos y que contempla la posibilidad de indemnización por extinción contractual.

¹² A este respecto los arts. 18, 21.2, b) y 29.5 y 7 de la Ley 30/1984, conforme a su reforma por la Ley 22/1993, formalmente derogados por la DD única de la LEBEP, no obstante vigentes en el aspecto sustantivo, a tenor de lo dis-

quienes se les otorga capacidad competencial en régimen de autoridad e inamovilidad del cuerpo funcional o estatutario, salvo en casos excepcionales legalmente determinados, igualmente, en momentos excepcionales, la Administración está habilitada para requerir la cobertura de puestos funcionariales públicos a través de un procedimiento de máxima agilidad por razón de urgencia. Dicho procedimiento de urgencia irá destinado a cubrir, transitoriamente por personal funcionario o estatutario interino e, incluso, por personal contratado laboral temporal, el servicio público dotado que, en tanto se ejecutan los correspondientes trámites procedimentales formales que indica el art. 70 TREBEP y según el procedimiento establecido en el art. 27 del RD 364/1995¹³, deba ponerse en marcha, llegando a extenderse, dicho procedimiento excepcional de ocupación de puesto de trabajo público, a personal laboral de la Administración que, aunque carezca de potestades públicas, tiene concedida la ocupación de un puesto de trabajo público con el carácter de temporal. Dicho personal ostenta la naturaleza jurídica de personal contratado laboral fijo en interinidad por vacante.

En el ámbito europeo, a efectos del concepto de trabajador extraído de la Directiva 98/59/CE, sobre Despidos Colectivos, la STJUE, Sala Primera, de 9 de julio de 2016¹⁴, resulta relevante y novedosa en su consideración conceptual de la figura del trabajador por cuenta ajena, sentando al elemento retributivo como el definidor de la relación laboral al indicar que

«... la retribución que perciba el trabajador debe de proceder directamente del empleador para el que la actividad sea desempeñada en la empresa, debiendo, además, ser catalogada como laboral» (apartado 34).

A ello se unió el hecho de que la Directiva 1999/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada, se aplica también a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público y no exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado¹⁵, si bien, no establece en qué condiciones se puede hacer uso de tales contratos de duración determinada por parte de la Administración Pública por lo que cada ordenamiento jurídico interno lo puede destinar a los considerandos necesarios, siempre que queden respetadas las limitaciones temporales o indefinidas de las necesidades del trabajo a realizar, en definitiva, las necesidades coyunturales o estructurales que la empleadora Administración Pública pueda precisar en cada momento presupuestario.

puesto en la DF 4ª. 3 de la propia LEBEP, indican, en cuanto a su vigencia, que *«Hasta que se dicten las Leyes de la Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo», seguiriarigiendo la normativa laboral común que regule la ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en la propia LEBEP»,* normativa que, no obstante, aborda el tema de los instrumentos de estructuración del empleo público, como mecanismo de ordenación de recursos humanos públicos, en el Capítulo II del Título V, arts. 72 a 77, comenzando el art. 72 con el reconocimiento de que la estructuración de los recursos humanos forma parte de las competencias de autoorganización de la Administración. Para un detallado estudio de la ordenación de personal a raíz del EBEP, Vid. Navarro Nieto, F. “Los planes de estabilización del empleo temporal en el estatuto básico del empleado público”. TEMAS LABORALES 103/2010, pp. 67-98.

Pág. 13, en cuanto a ser estructurales los puestos “que cuentan con un marco competencial propio, concreto y específico, así como, con un cuadro financiero justificativo del carácter estructural de los puestos de trabajo, ...

¹³ Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (BOE núm. 85, de 10 de abril de 1995).

¹⁴ Asunto C-229/14, Balkaya.

¹⁵ Cfr., en este sentido y entre otras, SSTJUE, de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Adeneler y otros, apartado 91; de 3 de julio de 2014, Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13, Flamingo y otros; de 26 de noviembre de 2014, Asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros; Auto de 11 de diciembre de 2014, Asunto, C-86/14, apartado 47, así como, STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto C 16/15, Pérez López, y de 25 de octubre de 2018, Asunto C-331/17, Sciotto.

En este contexto normativo, se empieza a denotar cierta incongruencia actuarial en la medida en la que se va denotando cierto auge de empleados públicos, que desarrollan trabajos inicialmente temporales pero reiterados en el tiempo, presupuesto a presupuesto y que, en consecuencia, se deberían de regularizar a través del procedimiento reglado de dotación de puestos de trabajo públicos y su consiguiente ocupación por personal empleado público.

En la STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2017¹⁶, en reclamación por despido ante la ocupación de un puesto de trabajo público cubierto, hasta la celebración del proceso reglamentario, por un trabajador judicialmente reconocido como Indefinido No Fijo- INF que, previamente, había obtenido sentencias favorables, tanto en el Juzgado de lo Social, como en el Tribunal Superior de Justicia, en materia indemnizatoria por finalización de contrato por causas objetivas (20 días de salario por año de servicio), el Alto Tribunal, cambiando su doctrina mantenida hasta entonces, viene a reconocer el derecho al cobro de una indemnización por finalización de contrato para el trabajador que no ocupe la vacante que venía ocupando cuando finalice el procedimiento reglado de cobertura (FD 4º. Apartado 4). Dicha STS provocó algunas dudas aplicativas, entre ellas, en materia indemnizatoria, por cuanto, hasta entonces al personal contratado laboral para ocupar vacante- puesto de trabajo aun formalmente no ocupado por vía reglada-, al finalizar dicho contrato laboral por ocuparse el puesto de trabajo de modo definitivo por persona distinta a quien lo venía ocupando hasta entonces, no recibía indemnización por fin de dicho contrato laboral.

A raíz de la cuestión prejudicial que el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona eleva al TJUE¹⁷, bajo la consideración de que el ordenamiento jurídico interno español distingue entre contratos temporales, fijos e indefinidos no fijos para el ámbito laboral público, prohibiendo, a su vez, la conversión directa de los contratos de duración determinada en contratos de duración indefinida en el sentido de naturaleza estable y no sujeta a condición o término que propicien su extinción, y ante la falta de regulación normativa de los elementos esenciales del régimen jurídico de la tipología de personal ING, más en concreto, de su régimen extintivo, plantea al TJUE que se pronuncie en el sentido de considerar dicha categoría contractual INF como temporal o de duración indefinida estable, al objeto de dilucidar la correspondencia o no de indemnización procedente de extinción del contrato del empleado no estabilizado, a razón de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal, para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas, precepto al que acude el juzgador por entenderlo asimilable a las causas recogidas en tal art. 52 ET.

Con todo ello, la consideración de empleado público INF pudiera significar, en un primer momento, el carácter estable de su vínculo profesional, por lo que quedaría excluido *per se*, de ser despedido y, con ello, ser indemnizado por extinción de su relación laboral, si bien, dicha estabilidad no se adquiere de modo tácito y por su calificación judicial como personal INF, al no quedar directamente vinculado al puesto de trabajo que ha dado lugar a dicha contratación y calificación. Para que la Administración Pública considere a un puesto como fijo, previamente tendrá que haber nacido como tal, esto es, ha debido ser previsto dicho puesto como estructural, catalogado como tal en la relación

¹⁶ Rec. de casación número 1664/2015 (ECLI:ES:TS:2017:1414).

¹⁷ Auto de 27 de julio de 2021 (Procedimiento ordinario 308/2019-A), posiblemente, sin tener en cuenta losprevis pronunciamientos del TJUE en el Auto Huétor Vega (ATJUE de 11 de diciembre de 2014. C- 86/14) y en la sentencia Vernaza Ayovi (STJUE, de 25 de julio de 2018. C- 96/17), en los que ya indicó que los trabajadores de la Administración Pública española contratados laborales por tiempo indefinido *ab initio* osobvenido, se les debe considerar como trabajadores temporales de naturaleza laboral.

de puestos de trabajo de la entidad creadora correspondiente, dotado presupuestariamente de una valoración económica en función del grado de competencias profesionales necesario para desarrollarlo funcionalmente en la Administración que vaya a ejercer de empleadora, y, a través de un proceso administrativo de selección que implique valoración de capacidades y méritos de los aspirantes libremente concurridos para ocupar de modo definitivo el puesto ofertado, finalmente ocuparlo. De este modo, el aspirante que haya obtenido la mayor puntuación será quien ocupe la plaza estable con una tipología de relación laboral, a su vez, de carácter estable y, con ello, alejada de la posibilidad extintiva y, consecuentemente, indemnizatoria por fin de contrato¹⁸.

2.1. Tratamiento indemnizatorio para el personal interino. Angulosos caminos hasta la consideración final

La diversidad de interinidades que han campado por el orden normativo laboral ha provocado en el ámbito público una variedad de situaciones, la mayoría de las veces, solucionadas a base de pronunciamientos judiciales. Interinidades por sustitución y por vacantes, por prolongación de tiempo legal estipulado para la realización de la obra o servicio determinado que, sin embargo, se perpetua en la entidad empleadora, ha dado lugar a que, a la hora de ocupar de modo reglado un puesto de trabajo ocupado mediante un contrato temporal hayan aflorado, respecto al trabajador que viene ocupando el puesto de trabajo de modo temporal, una pluralidad de casuística cuya divagación aún perdura en la actualidad.

El contrato de interinidad por sustitución se extingue por la finalización de la causa que da lugar a la reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido, esto es, por la reincorporación del trabajador que ostenta titularidad del puesto, lo que ha venido siendo interpretado como una situación no necesitada de indemnización por fin de relación laboral¹⁹. En el caso del contrato de interinidad por vacante, del mismo modo, no ha sido reconocida tampoco ningún tipo de indemnización, máxime, cuando la prevista en el art.49.1.c) ET para la extinción de los contratos temporales ha excluido, expresamente a los contratos de interinidad. Dicha situación cambió en el año 2016, cuando la STJUE, de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596-14 “De Diego Porras”) estableció que toda finalización contractual debía llevar aparejada una indemnización pecuniaria²⁰.

Ante la eclosión producida, el TJUE rectificó su doctrina (STJUE, de 21 de septiembre de 2018. Asunto C-619/17, de Diego Porras-2), pasando a considerar que el contrato de interinidad, al vencer el término de su objeto contractual, tiene que ser indemnizado por cuanto dicha indemnización sí se ofrece a los trabajadores fijos que vean extinguidos sus contratos de trabajo por causas objetivas²¹.

¹⁸ En este sentido, Cfr. STS 777/2020, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2020 (Rec. 154/2018).

¹⁹ Hasta la STS, Sala Social, de fecha 28 de marzo de 2017 (Rec. número 1664/2015), ninguna de las situaciones legalmente determinadas para realizar contratos temporales por interinidad ha considerado indemnizable la finalización contractual del sustituto.

²⁰ En concreto manifiesta el TJUE que *«la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la española controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus 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.»*

²¹ Tras la STJUE, «de Diego Porras», de 14 de septiembre 2016, por la que se confirma el derecho a la percepción de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio por extinción de un contrato de interinidad por sustitución, la parte demandada- Ministerio de Defensa- recurrió la aplicación por el Tribunal español de la decisión europea al entender que no existía una razón objetiva que no reconociera un trato diferenciado entre la indemnización por extinción del contrato por cumplimiento del término y la derivada por causas objetivas de los contratos indefinidos,

A partir de entonces, la jurisprudencia interna (STS, Social, de 13 de marzo de 2019)²², asumiendo la doctrina De Diego Porras-2, niega la posibilidad de acudir a fijar una indemnización estática de veinte días a la finalización de cualquier contrato de trabajo temporal, al entender que las indemnizaciones correspondientes son las que, en cada caso, establece el legislador para la finalización de cada tipo de contrato, sin que tenga que ser, con carácter general, la de veinte días. Ello conduce a considerar que no existe discriminación alguna por el hecho de que la finalización de los contratos temporales conlleve una indemnización de 12 días, de conformidad con el ET, y los contratos de interinidad no, dado que el legislador ha precisado indemnizaciones diferentes a supuestos diferentes, lo que impide cualquier indicio de discriminación²³.

Aún a sabiendas de que el trabajador INF de la Administración Pública española tiene reconocida una indemnización superior a la que corresponde a la extinción contractual por cobertura reglamentaria de la plaza (20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades, frente a los 12 días reconocidos al finalizar los contratos temporales), dicha indemnización queda vinculada a la extinción contractual por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo a través de un proceso selectivo convocado al efecto de asumir como estructural dicho puesto de trabajo público.

Tipología de trabajadores y situaciones objetivas de extinción contractual que ha provocado variado llamamiento al TJUE para que ayude a crear jurisprudencia homogénea en el Ordenamiento Jurídico español. No se entiende de otro modo el silencio del legislador desde la implantación de la norma legal limitadora de la temporalidad contractual en el sector público (Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público²⁴), ni las dudas que al respecto sigue generando su aplicación en el ámbito judicial²⁵, por cuanto la norma limitadora de la temporalidad de 2021 sigue ocasionando numerosos llamamientos por parte del orden judicial al TJUE al objeto de solicitar pronunciamiento cierto y ajustado del Derecho nacional al Derecho europeo²⁶.

al no considerarlas como situaciones equiparables. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, a través del Auto de 25 de octubre de 2017 (Rec. 3970/2016), formuló una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE en la que vino a preguntar, si, en virtud de la cláusula 4ª (no discriminación), existe (o no) una razón objetiva que justifique un trato diferenciado entre la no percepción de una indemnización en el contrato de interinidad en caso de extinción por reincorporación de la persona sustituida y la compensación cuando el contrato se extingue por otras causas tasadas, si, en virtud de la cláusula 5ª, los trabajadores interinos tienen derecho a la misma indemnización que el resto de extinciones de contratos temporales, y, en tercer lugar, si dicha indemnización procedería, igualmente, aunque sólo se formalice un solo contrato. Habiéndose pronunciado en anteriores ocasiones el TJUE, en concreto en el caso

Con los pronunciamientos previos (SSTJUE, de 5 de junio de 2018, Asunto 677/2016, Montero Mateos, y asunto 574/2016, Grupo Norte Facility, que defienden que existe una razón objetiva que justifique un trato diferenciado entre temporales e indefinidos, la materia indemnizatoria adquirió especial significado.

²² Rec. 3970/16.

²³ La indemnización por finalización de la relación laboral, según los arts. 51, 52 o 53 ET, aparece limitada en las cuantías de 12 días- temporales- o 20 días- causas objetivas- de salario por año de servicio, si bien, el art. 56 ET viene a regular una indemnización tasada por despido improcedente equivalente a 33 días de salario por año de servicio con un límite de 24 anualidades.

²⁴ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

²⁵ Vid. Costa Reyes, A. "El abuso de la temporalidad en las Administraciones públicas. El complejo de Penélope del Derecho español". TEMAS LABORALES, núm. 172/2024, PP. 59-90.

²⁶ A título de ejemplo, Cfr. ATSJ M 554/2021, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2021 (Rec. 753/2021); ATSJ M 563/2021, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2021 (Rec. 830/2021); ATSJ- Madrid, 48/2022, Sala de lo Social, de 03 de febrero de 2022 (Rec. 797/2021), por los que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se interesa por el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE] en materia de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, respecto a la procedencia o no de transformación en fijos del personal público laboral víctima de un abuso. Dichas cuestiones prejudiciales han dado lugar a la STJUE, de 22 de febrero de 2024, Sala Sexta, Asuntos acumulados C- 59/22, C-110/22 y C-159/22, que analizaremos *supra*.

Más recientemente, y aún en tramitación, se encuentra la cuestión prejudicial elevada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español mediante el ATS 6188/2024, de 30 de mayo de 2024 (Rec. 5544/2023), aún en tramitación.

Con la STS, Social, de 28 junio de 2021²⁷, por la que rectifica su doctrina para adecuarla a la Jurisprudencia del TJUE²⁸, el TS, y con él el ordenamiento jurídico español, entiende que debe darse un paso más en la adecuación normativa interna de la situación jurídica de los empleados públicos de naturaleza laboral, con el Derecho europeo. De este modo, en materia indemnizatoria queda equiparado el contrato de interinidad por vacante superior a 3 años con el contrato indefinido no fijo, afincándose el reconocimiento indemnizatorio por fin de contrato equivalente a la del despido procedente por causas objetivas cuando se produce la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo por persona distinta a quien lo venía ejercitando. Con ello, se deja sentada la indemnización por finalización de contrato fruto de la resolución de un proceso selectivo, con la naturaleza jurídica que conlleva la indemnización por fin del objeto contractual, esto es, la compensación específica que para el trabajador supone finalizar una relación laboral perdiendo, en consecuencia, el empleo.

Sin embargo, pese a situarse como medida equivalente a la indemnización por despido objetivo procedente del orden laboral español, dicha indemnización ha sido considerada como solución de carácter insuficiente para dar cobertura a la naturaleza indemnizatoria preconizada por la normativa europea, en caso de abuso de temporalidad contractual. Una indemnización específica que tiene por objeto compensar un uso abusivo de contratación temporal²⁹ no resulta ser lo suficientemente útil al efecto abusivo si queda vinculada a la finalización de un contrato temporal³⁰, esencialmente, por no suponer un incentivo para paralizar la conducta irregular de la Administración para con el trabajador contratado laboral público, si no, antes bien como un complemento, que ya había venido contemplando la jurisprudencia para los trabajadores INF, inicialmente, y, en un momento temporal posterior, para los trabajadores interinos por vacante devenidos en INF.

2.2. Personal contratado temporal perpetuado

Volviendo a traer a colación al personal INF que ocupa puestos de trabajo no estructurales, cuando dicho trabajador no ha acudido al orden jurisdiccional para reclamar

la consideración de su situación laboral, normalmente extralimitada en el tiempo, la situación administrativa en la que quedan ubicados el puesto de trabajo, así como, el propio trabajador, es la de puesto de trabajo temporal ocupado por una persona contratada de modo laboral por tiempo indefinido, bien *ab initio*, bien por superación del plazo legal para mantenerlo. Mientras la Administración empleadora no participe de otra voluntad sobre dicho puesto de trabajo, esto es, estructurarlo dentro del organigrama funcional de la entidad pública empleadora y bajo el seguimiento de un proceso de estructuración formal que posibilite, a quien viene ocupando dicho puesto de trabajo, el carácter estable de su relación laboral, en ese caso, tanto el puesto de trabajo, como el contrato que lo ocupa devendrán en estatus de temporal hasta que se decida amortizar el puesto y, con él, extinguir la relación laboral que lo mantiene activo. A partir de entonces, el puesto de trabajo público y el contrato laboral que lo ocupa, finalizarán, bien de modo justificado-procedente- por haber concurrido alguna o una serie de causas laborales que legitimen la decisión empresarial de extinguir los contratos, o bien, de modo injustificado-improcedente-, o, incluso, nulo, con las consecuencias legales que ello tiene para con el trabajador afectado.

²⁷ Cfr. Rec. 3263/2019.

²⁸ En concreto, de la STJUE, de 3 de junio de 2021, IMIDRA, si bien también impulsada por la anterior STJUE, de 19 de marzo de 2020, Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras.

²⁹ Como proclama la STJUE de 19 de marzo de 2020 (Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras).

³⁰ Cfr. STJUE 3 de junio de 2021, pero también de 22 de febrero de 2024 (Asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22), y de 13 de junio de 2024 (Asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22).

A partir de entonces, la consideración de una indemnización compensatoria para la parte trabajadora, adicional a la indemnización compensatoria recibida per se por la finalización de la relación laboral, podría devenir factible si, el legislador nacional español la contempla de modo cierto y objetivo como consecuencia de un comportamiento abusivo de la parte empleadora³⁴.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL EMPLEO PÚBLICO ESPAÑOL

Detectada una amplia temporalidad en la relación laboral contractual existente en la Administración Pública española, la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, sobre elementos determinantes de las relaciones laborales de los ordenamientos internos como son las condiciones laborales en igualdad de trato y no discriminación, y la estabilización del objeto contractual de la relación laboral y, con él, de la persona trabajadora que lo ejecuta, conlleva el deber de la Administración nacional de aplicar dicha normativa mediante disposiciones que prevengan, eviten y sancionen la aplicación contraria a la norma pero, además, que lo eliminen. En el caso de la relación laboral de una cantidad ingente de empleados públicos, la cuestión de la excesiva temporalidad de sus contratos, en muchas de las ocasiones en situación de fraude de Ley por haberse perpetuado en el tiempo en claro incumplimiento de los preceptos normativos bajo los que quedaban regulados, provocó que, con carácter general, el ordenamiento jurídico español se encontrase en situación jurídica de incumplimiento de normativa europea desde no hacía poco tiempo. A pesar de varios intentos normativos por adaptar el ordenamiento jurídico interno a los preceptos normativos de la Directiva 1999/70/CE, el aspecto de la igualdad y no discriminación primó sobre el de la temporalidad³⁵, por lo que el uso o sucesión de contratos temporales continuó siendo práctica habitual y sin tomar en consideración como acto peyorativo. Debiendo establecer cada ordenamiento interno estatal determinadas medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias que garanticen la evitable utilización abusiva de la contratación temporal como salvaguarda del efecto útil de la directiva, en todo caso, en el orden jurídico español, se han considerado como tales medidas eficaces a efectos preventivos, disuasorios y sancionadores el acceso a convocatorias públicas de ocupación de puestos de trabajo de la estructura pública, así como, la indemnización pecuniaria al trabajador afectado que tuviese que extinguir su contrato laboral por no haber superado tal proceso. En el concreto caso de la indemnización por extinción de contratos temporales en la Administración Pública, ésta ha dado lugar, en la última década, a una variedad no menor de pronunciamientos judiciales, tanto a nivel interno³⁶ como comunitario³⁷.

³⁴ Situación que ha venido a recalcar el Tribunal europeo a través de la STJUE, de 13 de junio de 2024, Asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22, resultado de dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 17 de Barcelona, mediante autos de 12 de mayo de 2022 y de 6 de mayo de 2022, respectivamente.

³⁵ 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 (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001), recoge, en su art. 1.10, preceptos indicativos de la equiparación de condiciones laborales entre personal contratado laboral temporal y personal contratado laboral indefinido, tanto para el ámbito público, como para el privado. Conposterioridad, el LEBEP y, más tarde, el TREBEP, recogen la triada de empleados laborales existentes en la Administración Pública pero sin desarrollar el régimen jurídico de ninguno de ellos.

³⁶ Cfr. a título de ejemplo, STS de 13 de marzo de 2019 (Rec. 3970/2016).

³⁷ A título de ejemplo, Cfr. STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, Diego Porras I; de 5 de junio de 2018 (C-677/16 y C-574/16, Montero Mateos); de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17, Diego Porras II); o, de 11 de abril de 2019 (C29/18, C30/18 y C44/18, Cobra), entre otras.

En el orden jurídico interno, tanto el Tribunal Supremo³⁸, esencialmente la Sala de lo Social por ser ésta una figura considerada por la jurisprudencia procedente de la contratación laboral y no consecuencia del acceso a un puesto de trabajo administrativo en toda su conformación, como el Tribunal Constitucional³⁹ españoles se han venido conformando con el acto de catalogar como INF a los trabajadores en abuso de temporalidad, lo que no ha llevado aparejada indemnización reparadora alguna para el trabajador ni, por ende, actuación sancionadora para la Administración incumplidora del Derecho interno en materia de duración contractual laboral, ni del Derecho de la UE, en materia de limitación del uso de la contratación temporal. Postrado en evidencia el hecho del descuadre jurídico entre el ordenamiento normativo interno español y el comunitario, está continuamente siendo reclamado el Estado español por el TJUE, en la medida en la que el ordenamiento interno español ha considerado la celebración de un proceso selectivo como el modo apropiado de posibilitar la prevención y evitación de la temporalidad contractual pero, a su vez, la asunción de un puesto de trabajo inicialmente temporal como estructurado que conlleva, para la parte trabajadora, la posibilidad de acceder a empleo público de modo estable aunque sin garantía de que lo consiga.

Bajo esta consideración, el legislador nacional español deja a un lado la cuestión indemnizatoria por haber permanecido el trabajador público de modo extralimitado en situación de temporalidad pero, a su vez, deja sin seguridad jurídica la posibilidad de poder alcanzar la estabilidad en el puesto de trabajo que viene desempeñando desde hace un tiempo extralimitado normativamente.

En esencia, el legislador nacional español, no ha venido contemplando otra indemnización diferente a la de finalización de contrato para los empleados contratados laborales bajo cualquiera de los tipos contractuales previstos en la normativa laboral. A mayor abundamiento, posibilitada la contratación laboral temporal para ocupar por tiempo determinado puestos de trabajo estructurales de la Administración Pública que aún no han podido ser ocupados de modo definitivo, la finalización contractual de estos puestos no ha venido siendo considerada por el orden administrativo como susceptible de ser indemnizada por cuanto la ocupación de tales puestos conlleva la efectiva finalización contractual aunque no se sepa la fecha cierta del “*quando*”.

La Jurisprudencia administrativa, mucho más reacia a aceptar cambios en su rígida y poco conforme doctrina respecto a lo que requiere el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE, ha venido negando al personal funcionario y al personal estatutario que se vea objeto de finalización contractual por no superación de un proceso selectivo, el derecho a una indemnización, desde dicha vertiente administrativa considerada, en todo caso, de naturaleza compensatoria de daños y perjuicios⁴⁰. En tal caso, ha venido remitiendo a las vías ordinarias de responsabilidad patrimonial de la Administración la posibilidad de reclamar indemnización civil por daños y perjuicios que el acceso a un proceso selectivo le haya producir⁴¹, si bien el orden jurisprudencial social entiende que cuando la norma laboral prevé una cuantía en concepto indemnizatorio no resulta factible acudir a las previsiones de la norma de derecho común (Civil)⁴²

³⁸ A título de ejemplo, Cfr. STS de 24 de noviembre de 2021 (Rec. 4280/2020).

³⁹ Cfr. ATC 427/2023, de 11 de septiembre

⁴⁰ Cfr., a título de ejemplo, STSJ Baleares 695/2024, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de julio de 2024 (Rec. 556/2021).

⁴¹ Cfr. STS, Sala C-Adv, de 9 de mayo de 2023 (Rec. 5132/2019).

⁴² Cfr. STS. Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2004 (Rec. 3994/2002).

3.1. Indemnización por despido o indemnización sanción para la parte empleadora

Con la llegada de fondos públicos europeos la Administración Pública española se ve obligada a adoptar una serie de medidas para modernizar, no sólo sus instalaciones, si no, sobre todo, el modo de gestión de los servicios públicos que presta. Ello conduce a promover una reforma funcional, y hasta normativa, de urgencia que, finalmente, acaba respondiendo a una finalidad distinta a la reclamada por el ámbito europeo, cual es, la reducción de la temporalidad en el ámbito público español, no como símbolo esencial de modernización funcional, sino como sanción condicionada a la recepción de fondos económicos comunitarios⁴³.

No obstante, dicha solución de “*auto-sanción*” que esgrime la Administración Pública española ante el abuso de temporalidad contractual provocado por ella misma, en realidad, no resulta tal sanción para ella, según interpreta la jurisprudencia europea⁴⁴, por cuanto supone una medida dirigida a los trabajadores, pacientes de la situación abusada que, no obstante, quedan obligados a participar de un proceso selectivo ordenado- y puede que hasta organizado, a pesar de que la normativa de reducción de la temporalidad (Ley 20/2021), da la posibilidad de negociar con la parte social (art. 2.4)-, para intentar lograr superarlo y, con ello, permanecer en el puesto hasta ahora ocupado, con el agravante, además, de que dichos procesos, cuyo resultado es, a su vez, incierto, están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso, lo que no garantiza el cumplimiento de la sanción para la empleadora pública si el trabajador no supera dicho proceso o, aspecto más conflictivo, decide no acudir al mismo⁴⁵.

A partir de la normativa *ex profeso* de 2021- Ley 20/2021- se establece legalmente la exigencia de responsabilidades para las Administraciones que no cumplan con el carácter preventivo y disuasorio que deben tener las medidas que adopten en la contratación laboral de carácter temporal. No obstante, la adopción de dichas medidas exigentes de responsabilidad- no tanto sancionadoras- ha sido cuestionada por el TJUE⁴⁶ al entender que la expresión «*actuaciones irregulares*», que dan origen a la exigencia de responsabilidades, no está definida en la normativa interna española y, por lo tanto, es demasiado imprecisa para permitir la imposición de sanciones o la imputación de responsabilidades que cumplan con un principio de tipicidad y certeza del acto fraudulento cometido. La falta de especificación de las responsabilidades que se puedan exigir, al limitarse la normativa interna a remitir a «*la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas*», el ejercicio responsable, no deja identificar a quien deba responder de incumplimiento normativo y, en consecuencia, solicitar su cumplimiento⁴⁷.

Unido a ello se debe tomar en consideración que el abuso de la temporalidad por el que exige la normativa europea sancionar a la empleadora pública incumplidora, ha sido considerado por el Alto Tribunal español⁴⁸ como aspecto que ya venía siendo asumido por el ordenamiento jurídico español, por cuanto, a través de la calificación jurisprudencial de los trabajadores abusados como personal INF de la Administración pública, se ha entendido

⁴³ Situación *in extremis* a la que se vio obligado el Gobierno español a recogerla en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -PRTR-, en el Componente 11 Modernización de las Administraciones públicas” de la Palanca IV (Una administración para el siglo XXI).

⁴⁴ Cfr. STJUE de 13 de junio de 2024, Asuntos acumulados C331/2022 y C 332/2022.

⁴⁵ Cfr. STJUE de 19 de marzo de 2020, Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 y STJUE de 22 de febrero de 2024, C-59, C110 y C159/2022.

⁴⁶ Cfr. SSTJUE de 22 de febrero de 2024 y de 13 de junio de 2024.

⁴⁷ En este aspecto la Evaluación del Desempeño, juega una baza esencial. Cfr. al respecto, STJUE de 7 de marzo de 2018, Asunto C 494/16.

⁴⁸ Cfr. ATS, Sala de lo Social, 6188/2024, de 30 de mayo de 2024 (Rec. 5544/2023), Cuestión Prejudicial elevada al TJUE

cumplida dicha obligación de sancionar la actuación fraudulenta, esencialmente, por la consecuencia que ello conlleva, esto es, la obligatoriedad de mantener al trabajador en activo, así como, convocar dicho puesto de trabajo a proceso de estabilización estructural en el seno funcional de la empleadora pública (art. 70 EBEP). De este modo, no sólo se “auto-condena” la Administración a quedarse con dicho puesto de trabajo y el trabajador a él implícito si no que, además, debe asumir como estructural, más pronto que tarde, dicho puesto de trabajo que ha venido perdurando en el tiempo, no obstante no suponer, dicha posibilidad de estabilizar su puesto, resarcimiento compensatorio alguno para el trabajador afectado.

3.2. Indemnización tasada versus indemnización complementaria

El Legislador español considera a la indemnización por fin de contrato fruto de un proceso de estabilización de puesto de trabajo público como mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio para el cumplimiento del deber de evitar abusos en la temporalidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas” (Exposición de Motivos de la Ley 20/21, en cumplimiento de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE). No obstante, no será una respuesta adecuada a las exigencias de la cláusula 5ª Directiva (suficiente y disuasoria) si la indemnización por fin de contrato queda compensada con la indemnización que proceda de una sanción a la Administración incumplidora. La indemnización por fin de contrato surge, como sabemos, para intentar paliar, en cierto modo, una situación peyorativa afectante a la propia persona del trabajador que pide un puesto de trabajo considerado, en líneas generales, como medio de sustento de vida. Por su parte, la indemnización sanción, existente por abusar la parte empleadora de la temporalidad contractual del puesto de trabajo y, por ende, del contrato del trabajador que lo venga desempeñando, sí conllevaría un real efecto sancionador para la Administración infractora que, sin embargo, no ha quedado regulado, hasta hoy, por el legislador nacional español.

No sólo en el aspecto sustantivo (causa del nacimiento de la indemnización complementaria al finalizar un contrato abusado) dicha indemnización no supone una medida suficiente, efectiva, proporcionada y disuasoria para el cumplimiento de la normativa europea por parte de la empleadora Administración Pública, también el “*quantum*” se erige en aspecto decisivo para producir los efectos evasivos de la infracción.

Tomando en consideración que para el personal funcionario interino queda reconocido 20 días de sus retribuciones fijas por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades, solo respecto al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento, la no consideración de las posibles cuantías correspondientes a anteriores relaciones de trabajo que pudieran suceder a éste, conlleva entender como causa específica de extinción las exigencias y costes propios de los despidos por causas objetivas del último que traiga causa.

Respecto al personal laboral temporal contratado en puestos de trabajo no estructurales, tal compensación equivaldrá a la diferencia existente entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, por lo que, para los casos *a futuro*, la antigüedad para determinar la cuantía de la compensación vendrá, igualmente, referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento, lo que minora sobremanera la posibilidad de complementar la pérdida del empleo por una causa empresarial sin cobertura legal, esto es, el incumplimiento normativo. Sin una compensación proporcionada y suficiente, por cuanto el trabajador solo percibirá la cuantía indemnizatoria que le hubiera correspondido como a cualquier

otro trabajador no afectado por este concreto abuso, se impide la consideración como medida disuasoria para la Administración incumplidora de la norma europea pero, a su vez, la consideración como medida compensatoria al trabajador por haber permanecido en abuso de temporalidad por tiempo extralimitado por cuanto, se torna como posible la circunstancia de que tal indemnización compensatoria puede que ni llegue a existir⁴⁹.

La normativa de 2021, establece unas exigencias de responsabilidades, a partir de su entrada en vigor (nueva DA 17 TREBEP), que pasan por exigir resarcimiento del daño a quien participe en evitar la estabilización de la relación contractual cuando normativamente proceda (art. 70 TREBEP). Por ello, fija una compensación económica para los casos de incumplimiento del plazo máximo de vigencia del contrato temporal cuando el trabajador afectado cese definitivamente en el puesto que venía ocupando fruto del acceso a un proceso selectivo del que se presume que va a salir victorioso, esto es, con la obtención como estable del puesto de trabajo hasta entonces temporalmente ocupado. Dicha medida prevista exclusivamente para el supuesto de incumplimiento empleador del plazo máximo de permanencia según establezca la normativa para el tipo contractual por el que se venga contratado, deja fuera a los encadenamientos de contratos (supuesto ordinario del art. 15.5 LET, en los términos de la DA 15ª LET), lo que justifica el percibo de compensación, aunque no siempre, si no sólo cuando se produzca la extinción contractual por el correspondiente cese del puesto hasta entonces ocupado, y por el motivo de la superación del específico proceso selectivo que posibilite el acceso al puesto de trabajo estable y, con ello, la estabilidad de la relación profesional de quien logre ocuparlo, a partir de entonces de modo fijo según la normativa administrativa (ex arts arts. 10.4, 2º y 70 LEBEP).

De este modo, finalizaría el contrato laboral temporal que viene ostentando para pasar, *ipso facto* tras superar el proceso selectivo con éxito, a la situación de empleado laboral de la estructura fija de la Administración que lo emplea. En dicho tránsito no queda normativamente reconocido el derecho a indemnización resarcitoria para el trabajador por cuanto éste va a permanecer en activo ocupando puesto de trabajo público, por lo que una posible indemnización por fin de contrato temporal cuando procede dicha extinción por la continuidad estable, en el mismo o diferente puesto de trabajo que venía ostentando hace perder el sentido compensador de la indemnización por pérdida de trabajo que supone su reconocimiento por la normativa laboral (ex arts. 49, 51, 52, 53 y 56⁵⁰ ET). Empero, el TJUE, en Sentencia de 13 de junio de 2024, reconoce dicha posibilidad indemnizatoria, incluso aunque no haya concurrido el trabajador al proceso selectivo que le ofrecía la empleadora.

La indemnización complementaria, en esencia, no nace cuando la causa de la extinción de la relación de trabajo responde a razones distintas al incumplimiento normativo de la empleadora, caso, a título de ejemplo, de la extinción contractual por motivos disciplinarios, o por dimisión voluntaria por parte del trabajador, o continuidad de la relación laboral- bien porque sea él quien obtenga el derecho a ocupar el puesto de trabajo ofertado tras la ejecución del proceso de cobertura reglamentaria, bien, porque, de ser funcionario interino, acontezca la excepción que permite la sucesión y extensión del contrato prevista en el art. 10.4 LEBEP). Cuando el trabajador afectado haya concurrido a la convocatoria excepcional de cobertura del puesto de trabajo que venga ocupando

⁴⁹ Cuando el salario de referencia solo incluya partidas fijas o las variables sean marginales con relación al total, no habrá apenas diferencia entre la indemnización por fin de contrato y la compensación por abuso de la Administración empleadora.

⁵⁰ Actualmente el art. 56 ET está a debate debido a la decisión de 20 de marzo de 2024, del Comité Europeode Derechos Sociales (<https://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=cc-207-2022-dmerits-en>) relativa a la incompatibilidad del sistema español de indemnización del despido improcedente ex art. 56 ET con el art.24 de la Carta Social Europea.

y no lo obtenga, o, ni siquiera haya concurrido a la convocatoria, o, finalmente, no se estuviera en activo en la condición de funcionario interino o laboral temporal, por haberse extinguido tal relación temporal con anterioridad, o por emplearse en otro puesto fijo que hubiera obtenido, etc., resultará aplicable la indemnización por fin de contrato y no la complementaria por abuso de la temporalidad por parte de la empleadora⁵¹.

En cualquier caso, tras la reforma laboral de 2021 la indemnización estará prevista para el caso de extinción del contrato temporal en cuantía de doce días de salario por año de servicio, *ex art. 49.1.c) ET*, fijada para el caso de finalización del contrato por circunstancias objetivas y no para la finalización del contrato de interinidad, salvo que se superen los plazos máximos de vigencia, *ex art. 70 EBEP*, en cuyo caso, cabría acudir a las disposiciones marcadas en el art. 2 Ley 20/2021, en materia de indemnización compensatoria aún pendiente de regular en el Ordenamiento Jurídico español. No obstante, desde hace dos décadas, el Alto Tribunal español es plenamente consciente, y de este modo lo mantiene llevado a la práctica, de que en el contexto del contrato de trabajo la indemnización pecuniaria debe resarcir, por un lado, los daños que el legislador vincula a la extinción de la relación laboral y, por otro, el relativo al incumplimiento de algún aspecto contractual por alguna de las partes contractuales. El primer caso cuenta con el acomodo legal del art. 56 del ET, y para el segundo caso, alejado del contexto laboral, se debe acudir a la normativa laboral común de relaciones contractuales⁵².

3.3. Indemnización preventiva y disuasoria

Para prevenir y evitar el abuso de la temporalidad, en la Administración Pública, ésta debe de asumir una serie de responsabilidades *ex art. 1.3 Ley 20/2021*.

Desde 2017, ya existían medidas que debía cumplir la Administración empleadora para ordenar de modo efectivo y ajustado a Derecho a su personal. Los dos primeros apartados de la DA 17^a LEBEP, pretendieron reforzar el cumplimiento de la normativa que regula la contratación temporal determinando un periodo máximo de duración de los contratos de interinidad por vacante, y en general de cualesquiera temporales, así como reafirmando, aunque de modo indirecto, la obligación para la Administración de llevar a cabo la celebración de los procesos selectivos para la cobertura definitiva de los puestos de trabajo temporales, en el plazo máximo de 3 años (art. 70.1, *in fine* LEBEP).

A partir de normativa de 2021- Ley 20/2021- se introducen medidas que, supuestamente, impedirán extender tales relaciones de interinidad más allá del plazo de vigencia de los contratos (art. 10.4 LEBEP). Cuando ello no ocurra, la norma posibilita al trabajador a solicitar el ejercicio de responsabilidad a la empleadora pública por incumplir las previsiones dirigidas al control de la temporalidad (art. 1.3. Ley 20/2021, en relación con la DA 17^a TREBEP). No obstante, como venimos manifestando, dicha acción de ejercicio de responsabilidad ante actos realizados no queda expresamente determinada por el legislador por lo que, ante la indeterminación de su ejecución, en la actualidad, el TJUE⁵³ considera que no existen en el ordenamiento jurídico español medidas preventivas y disuasorias suficientes para entender aplicado internamente el efecto útil de la normativa europea. De este modo, *sensu contrario*, podemos entender que la indemnización referida por el legislador (art. 1 Ley 20/2021), no comporta efecto preventivo ni disuasorio para

⁵¹ “Tal compensación “no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión (...), porque tal abono por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos” (STJUE 03/06/2021 (C-726/19).

⁵² Cfr. STS, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2004 (Rec. 3994/2002).

⁵³ Cfr. STJUE, de 13 de junio de 2024.

el trabajador por cuanto dicho efecto corresponde ejecutarlo a la parte empleadora y ésta, mediante el pago de una cantidad pecuniaria por extinción de contrato o por incumplimiento de plazos normativos no está previendo futuros comportamientos en el mismo sentido, ni, tampoco, disuadiéndose de hacerlo por cuanto dicha disuasión no va a producirse nunca al sólo corresponder en la actualidad el pago pecuniario indemnizatorio al trabajador, bien por finalización del contrato, bien por sanción ante cumplimiento de plazos legalmente determinados en el momento de producirse el ilícito legal.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La compensación- indemnización resultante de la extinción de un contrato temporal resultado de un proceso selectivo efectuado en cumplimiento de la Ley 20/2021, o la calificación de la improcedencia de un despido y, consecuentemente, la indemnización *ex art. 56 ET* que ello conlleva, así como las finalizaciones contractuales *ex arts 49. b), c) y l) ET*, continúan dando pábulo a la cuestión indemnizatoria, en cuanto medida sancionadora o bien disuasoria que impone el orden jurídico europeo para no volver a incumplir la parte empleadora, y, a su vez, posibilitar el resarcimiento para la parte trabajadora del posible daño que el mantenimiento de la temporalidad haya podido provocar en su relación profesional.

Al respecto, la Sala de lo Social del TS⁵⁴ sigue considerando, a dicho tipo de indemnización aplicable a las extinciones contractuales en abuso, como medida disuasoria para motivar a la Administración Pública a no volver a exceder la temporalidad de las contrataciones que efectúe, si bien, presenta dudas⁵⁵ sobre si dicha medida indemnizatoria resulta adecuada para prevenir *ad futurum* dicha práctica abusiva y, a su vez, sancionarla hacia el pasado (*in praeteritum*) el abuso cometido.

Desde nuestro punto de vista, los pronunciamientos efectuados hasta la fecha por el TJUE no dejan lugar a dudas. La Administración española debe dejar de contratar de modo temporal- recurriendo a la normativa laboral- para ejecutar sus acciones de servicio público. La normativa española es clara y firme al respecto. Superados los plazos máximos de cobertura temporal del puesto estructural, éste debe ser ocupado o amortizado pero, a su vez, indemnizado el trabajador que en él venga prestando servicios profesionales, si bien, sólo en caso de reclamación de estabilización de su situación profesional se posibilita en la actualidad dicha acción reclamadora. En caso de consentimiento en el mantenimiento de la situación de temporalidad por parte del trabajador, al no reclamar la excesiva temporalidad que viene manteniendo su relación contractual, se podría entender como una aceptación tácita de temporalidad que, no por extraña o absurda, puede condicionar a que no sólo se considere como culpable de abuso a la parte empleadora, si no, con ella, a la otra parte de la relación laboral, la empleada.

En este contexto, y a su vez, las finalizaciones de contratos laborales en la Administración pública se erigen en realidad suficientemente elocuente como para echar la mirada hacia un lado y obviar que las indemnizaciones por fin de contratos pueden llegar a ser un grave problema para las arcas públicas nacionales. Ello explicaría, en su caso, las continuas dudas que legislativo y judicial, de modo principal, están planteando sobre el carácter sancionador que la actuación fraudulenta- ya sí reconocida- de la Administración Pública en materia de contratación de personal ha venido manteniendo.

⁵⁴ Cfr. Auto del Tribunal Supremo español, núm. 6188/2024, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2024(Rec. 5544/2023).

⁵⁵ Cfr. Cuestión Prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE (Asunto C-418/24, Obadal).

Aún es este un asunto inconcluso que, a pesar de la incuestionable literalidad de la norma y de los variados pronunciamientos judiciales europeos, no queda plenamente asumido en el ordenamiento jurídico español. Confiamos, no obstante, en pronta solución por necesaria asunción interna de los clarificados preceptos normativos europeos.

**PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS
AL TERCER PANEL:**

OTRAS MANIFESTACIONES DE FLEXIBILIDAD

**(MSCT, Directiva condiciones transparentes,
modificación del despido)**

**ROBOTIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL
EN EL TRABAJO: SU REGULACIÓN EN CASO DE
DESPIDO**

ANA HUESO MORAL
*Becaria de Colaboración en el Área de Derecho Público
y Derecho Privado Especial*
Universidad de Jaén
ahm00046@red.ujaen.es
ORCID 0009-0003-3920-3112

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PASO DE LA INDUSTRIA 1.0 A LA INDUSTRIA 4.0
3. LA ROBOTIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD LABORAL Y SU IMPACTO EN EL MERCADO DE TRABAJO.
4. LA REGULACIÓN DEL DESPIDO FRENTE A LA ROBOTIZACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA
7. WEBGRAFÍA

RESUMEN

El paso de la Industria 1.0 a la Industria 4.0 ha sido paulatino y vertiginoso. La Cuarta Revolución Industrial ha llegado a España de la mano de la robótica y la Inteligencia Artificial; herramientas de flexibilidad laboral que han dejado un nuevo nicho de mercado para el Derecho Laboral, que tiene que tomar medidas de protección frente al despido de trabajadores que han sido sustituidos por *bots*. Por ello, este estudio analiza la Sentencia del Juzgado de lo Social de las Palmas, nº10, con fecha de 23/09/2019 la cual condena a una empresa hotelera que intentaba camuflar un despido improcedente bajo la máscara del despido objetivo haciendo una interpretación abusiva del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.

Palabras claves: Robótica, Inteligencia Artificial, despidos, Industria 4.0, Estatuto de los Trabajadores y causas técnicas.

ABSTRACT

The transition from Industry 1.0 to Industry 4.0 has been gradual and dizzying. The Fourth Industrial Revolution has arrived in Spain thanks to robotics and Artificial Intelligence; labor flexibility tools that have left a new market niche for Labor Law, which has to take protective measures against the dismissal of workers who have been replaced by bots. For this reason, this study analyzes the Judgment of the Social Court of Las Palmas, No. 10, dated 09/23/2019, which condemns a hotel company that tried to camouflage an unfair dismissal under the mask of objective dismissal by making a abusive interpretation of art. 52 c) of the Workers' Statute.

Keywords: Robotics, Artificial Intelligence, dismissal, Industry 4.0, Workers' Statute and technical reasons.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra trabajo proviene del término latino *tripaliare* y a su vez, de *tripalium* el cual era una especie de yugo para azotar a los esclavos en el Imperio Romano. Sin embargo, la palabra trabajo ha ido evolucionando a medida que lo hacía la sociedad por lo que este término es ahora considerado como el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos.¹

Desde su primera conceptualización hasta la actual, el término se ha ido transformando, no solo a nivel etimológico sino también a nivel práctico. Todo ello, ha sido fruto de las distintas Revoluciones Industriales que han surgido, pues estas, han causado un gran impacto en tiempo y forma en la sociedad trabajadora. No cabe duda que, desde la primera aparición del concepto trabajador hasta el actual, se han ido remodelando los medios y los métodos de empleo pasando de ser esclavos personales a ser esclavos de la tecnología.

En la actualidad, la digitalización de la información y la Revolución Industrial 4.0 han producido una transformación radical en formas y modos de organización del

¹ <https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3315?page=1#~:text=Conjunto%20de%20actividades%20humanas%2C%20remuneradas,sustento%20necesarios%20para%20los%20individuos.>

trabajo. El paso del trabajo analógico al trabajo digital supone un cambio importante en la metodología del empleo, en la ordenación de la relación laboral. Hogaño, es inconcebible formar parte de un mundo en el que la sociedad no se relacione con las TICs y en el ámbito del trabajo, esta situación también ha hecho mella; pues la automatización, robotización e Inteligencia Artificial se han ido abriendo paso en un mundo laboral bastante incierto, donde, en gran parte, los trabajadores desconocen cuáles son los límites de su uso. Por ello, se considera adecuado hacer hincapié en la regulación de la tecnología y en concreto, en la legalización de los derechos de los trabajadores. ¿Se está viviendo una época en la que las máquinas pueden sustituir a los empleados a toda costa? ¿Qué derechos tienen frente al despido con respecto a la robotización de los puestos de trabajo?

Esta transformación tan vertiginosa, ha generado una nueva ola de ansiedad por la automatización y ha creado un miedo al inevitable y mayoritario desempleo tecnológico donde la Inteligencia Artificial y la robotización, unen sus fuerzas para hacer desaparecer el empleo humano. Por consecuencia, esta circunstancia ha supuesto una obsolescencia del Derecho del Trabajo, especialmente, en la regulación del desarrollo de la relación laboral individual y de las causas de despido. Por ello, este trabajo se enfocará en conocer cómo la tecnología ha ido cobrando importancia en el mundo laboral y cómo los trabajadores han de estar amparados por normas que respalden sus derechos frente al despido tecnológico, conociendo ya, en materia práctica, alguna sentencia mediática condenatoria hacia la organización. Se demuestra así, la afectación de la robotización en el mantenimiento del empleo y el rechazo de la justicia ante las artimañas empresariales que intentan tapar un despido improcedente con la cortina legislativa del despido objetivo.

2. EL PASO DE LA INDUSTRIA 1.0 A LA INDUSTRIA 4.0

Para conocer cómo la robotización y la Inteligencia Artificial han ido ganándose un hueco en el mercado laboral, se considera oportuno comprender cómo las Revoluciones Industriales han creado paulatinamente nuevos métodos de trabajo ajustándose a las necesidades de la propia sociedad y cómo la sociedad laboral se ha adaptado a la introducción de nuevas herramientas y modos de organización de la producción.

La Primera Revolución Industrial (Industria 1.0) se desarrolló entre los siglos XVIII y XIX fundamentándose en la creación de la máquina de vapor, los telares y los ferrocarriles, creaciones que pretendieron incrementar la productividad. La Segunda Revolución Industrial (Industria 2.0) se dio en el siglo XX y se basaba en la producción en masa, promoviendo la división de tareas y el uso de energía eléctrica; en esta época se apostó por la utilización del petróleo, la electricidad y la farmacéutica. A finales de este mismo siglo, surge la Tercera Revolución Industrial (3.0) basada en el uso de la electrónica y la informática para promover la producción automatizada. En esta etapa, se empiezan a romper los moldes de un trabajo repetitivo y rutinario, favoreciendo el trabajo cualificado. Finalmente, en el siglo XXI florece la Cuarta Revolución Industrial (4.0) basada en el uso de tecnologías que permiten fabricar productos y prestar servicios en lugares completamente nuevos, siendo la conectividad la característica principal que une a estas tecnologías y las hace auténticamente disruptivas.²

Algunos autores³, no hablan de una Cuarta Revolución Industrial, sino de una Segunda Era de las Máquinas. La primera era comenzó con la máquina de vapor, mientras

² Blanco F., Castro J.M, Gayoso R. y Santana W. “Las claves de la Cuarta Revolución Industrial”. Ed. Marcia Pons, Madrid, 2019.

³ Brynjolfsson, E. y McAfee, A.. (2014) “The Second Machine Age. Work, Progress and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies”. Ed. W.W. Norton & Company, Nueva York, 2014

que la segunda era se basó en los ordenadores y el mundo digital, que pueden llevar a una economía global de la abundancia en la que se espera un crecimiento sin precedentes. Mientras en la primera era de las máquinas los avances tecnológicos complementaban al trabajador (él llevaba el control del trabajo) siendo elongaciones de su cuerpo, en la segunda, a menudo son las máquinas quien toman decisiones más relevantes, mientras que el humano queda ligado a una producción que pierde importancia. Se convierte así el empleado en una distensión de la maquinaria, donde esta asume el papel de protagonista y el trabajador adopta un rol mayoritariamente secundario.

En la Industria 4.0, las personas pueden conectarse a Internet de forma masiva, generando un gran conjunto de datos propios e intercambiándolos con otras personas que también residen en el ciberespacio. Sin embargo, la tecnología que hoy en día forma parte de la rutina popular, aún necesita un proceso de evolución para garantizar su buen uso; no obstante, ya ocurrió esto en las otras Revoluciones Industriales, pues las máquinas de vapor, a pesar de mejorar la productividad, tuvieron que perfeccionarse a través de motores térmicos para que se aplicaran a diferentes procesos productivos. Así ocurrió, del mismo modo, con la electricidad la cual necesitó redes de suministro estables para que llegara a los hogares. En esta misma línea, se puede fundamentar que la tecnología requiere continuos moldeamientos para conseguir reducir su complejidad y para facilitar su universalización.⁴ Hablar de la Revolución 4.0 (revolución actual) conlleva necesariamente, enunciar sus 9 pilares fundamentales⁵:

- A) *Big Data* y análisis de datos: Cuando se habla de Big Data se hace referencia a cualquier colección grande y compleja de datos que pueden ser estructurados o no y cuya gestión no puede ser procesada de manera tradicional debido a su dificultad. Por su parte, el análisis de datos es el proceso de extracción de información relevante de todos los datos recopilados, provenga de donde provengan.⁶
- B) Robots autónomos: Son máquinas diseñadas para trabajar de manera flexible sin recibir una instrucción directa o que no requieren un control manual explícito. Estos tipos de robots son requeridos a nivel industrial por su capacidad de crear entornos colaborativos, liberando de tareas pesadas o peligrosas al ser humano.⁷
- C) Simulación 3D: Es el acto de imitar el funcionamiento o comportamiento de un sistema o grupo de sistemas mediante un modelo digital en tres dimensiones. En la actualidad, es un método muy popular para recrear componentes de realidad con el fin de realizar las modificaciones necesarias.⁸
- D) Integración de sistemas horizontales y verticales: La integración horizontal es la interconexión entre máquinas, elementos de equipamiento o unidades de producción individuales; la integración vertical es la conexión más allá de los niveles de producción tradicionales, desde los sensores hasta el plano de negocios de la empresa. Los fabricantes, proveedores y clientes estarán estrechamente enlazados por sistemas informáticos, facilitando cadenas de valor automatizadas.⁹

⁴ Blanco F. et al. "Las claves..." Op.cit.

⁵ Marín Nelson, A "Automatización e Inteligencia Artificial (IA): revolución y desocupación laboral". ResearchGates

⁶ Lorenz M., Rübmann M., Strack R., Lueth K. y Bolle M. "How will a Tecnology Transform the Industrial Workforce Through 2025 ?". *Man and Machine in Industry 4.0 (The Boston Consulting Group)*

⁷ Lorenz M. et al. "How will a Tecnology..." Op.cit.

⁸ Lorenz M. et al. "How will a Tecnology..." Op.cit.

⁹ Lorenz M. et al. "How will a Tecnology..." Op.cit.

- E) Internet de las cosas (*Internet of things, lot*): Es el conjunto de sensores, instrumentos y dispositivos autónomos conectados a través de Internet a aplicaciones industriales. Esta red permite recopilar datos, realizar análisis y optimizar la producción, aumentando la eficiencia y reduciendo los costes del proceso de fabricación y prestación de servicios.¹⁰
- F) Ciberseguridad: Es la habilidad de proteger y defender las redes o sistemas de los ciberataques. En la Industria 4.0 se aumenta la conectividad y, de igual manera, se debe aumentar la protección de la propiedad intelectual, los datos personales y la privacidad. Si la ciberdelincuencia representa una de las amenazas más temidas para las empresas de nuestro tiempo, la ciberseguridad constituye uno de los nuevos sectores de negocio para paliar los efectos que desemboca este peligro internáutico.¹¹
- G) La nube: Es una red de servidores remotos conectados a Internet para almacenar, administrar y procesar datos, bases de datos y *software*. Con la Industria 4.0 las empresas relacionadas con la producción requieren un mayor intercambio de datos con otros sitios y a su vez, necesitan romper las fronteras organizacionales que separan físicamente a una empresa de otra, por ello, la nube supone una buena herramienta para poder conectar organizaciones entre sí.¹²
- H) Fabricación aditiva: La fabricación por adición es un conjunto de tecnologías que permiten la construcción de objetos 3D de forma secuencial en un proceso de adición de capas de material (plástico, metal, yeso). La impresión 3D, además de hacer prototipos y componentes individuales, producirá pequeños lotes de productos personalizados, reduciendo materias primas, stocks y distancias de transporte.¹³
- I) Realidad aumentada: Es la versión mejorada e interactiva de un entorno del mundo real, lograda a través de elementos visuales digitales, sonidos y otros estímulos sensoriales mediante tecnología holográfica (técnica avanzada de fotografía que consiste en crear imágenes tridimensionales basada en el empleo de la luz). Estos sistemas están ahora mismo en una fase de nacimiento, pero, en el futuro las empresas lo usarán para proporcionarles al trabajador información en tiempo real y para que puedan mejorar su toma de decisiones y procedimientos de trabajo.¹⁴

Asimismo, se han realizado estudios que sostienen nuevos adelantos en genética, nanotecnología y biotecnología añadiendo, de igual manera, que los sistemas inteligentes, como pueden ser las casas, fábricas, granjas, redes y ciudades, permitirán afrontar un amplio abanico de problemas que van de la gestión de las cadenas de suministro hasta el cambio climático. Al mismo tiempo, el auge de la economía colaborativa (modelo económico en el que, fundamentalmente, los usuarios se aprovechan de las nuevas tecnologías para prestar, comprar, vender, compartir o alquilar bienes y servicios), permitirá a las personas monetizarlo todo, desde una casa desocupada hasta el coche.¹⁵

¹⁰ Lorenz M. et al. "How will a Technology..." Op.cit.

¹¹ Molina Navarrete, C. "Nuevas claves para la salud psicosocial en las organizaciones". *Ambivalencia de la ciberseguridad: ¿prevención del riesgo de la ciberdelincuencia para la empresa, nuevo factor de riesgo psicosocial en el trabajo?* (Molina Navarrete, Cristóbal)

¹² Lorenz M. et al. "How will a Technology..." Op.cit.

¹³ Lorenz M. et al. "How will a Technology..." Op.cit.

¹⁴ Lorenz M. et al. "How will a Technology..." Op.cit.

¹⁵ World Economic Forum. "The future of jobs : employment, skills and workforce strategy for the Fourth Industrial Revolution" *World Economic Forum*

Estos pilares no son más que herramientas que se encuentran en el día a día y que han ido sumergiéndose en un mercado laboral cada vez más automatizado y robotizado. La Industria 4.0 es una realidad que acecha a la población y que puede facilitar las tareas a los trabajadores, reduciendo los costes e incrementando la productividad gracias a la creación de procesos más rápidos, flexibles y eficientes. No obstante, conocer su impacto en el empleo ha de ser clave para saber si su uso realmente aumenta la productividad o si son usadas, para engrosar las tasas de desempleo de nuestro país. Dominar la línea fronteriza que separa su buena utilización de su mala aplicación, será necesario para proteger a los trabajadores ante una futura realidad, donde el pasado solo será una huella legislativa que permita actuar en un presente cargado de astucias empresariales que intenten, en definitiva, erradicar los derechos de los trabajadores.

3. LA ROBOTIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD LABORAL Y SU IMPACTO EN EL MERCADO DE TRABAJO

La flexibilidad laboral consiste en flexibilizar la oferta y demanda de los trabajadores, facilitando la contratación y despido e individualizando formas de pago de acuerdo con la productividad marginal¹⁶. Dentro de esta flexibilidad hay dos tipos, por un lado, la flexibilidad externa que es la capacidad de un empleador de aumentar o disminuir la cantidad de trabajadores y la flexibilidad interna que es la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios económicos, productivos y organizativos necesarios para ser competitivas en el mercado sin necesidad de acudir a otras medidas llamadas de flexibilidad externa por la intervención de agentes ajenos a la empresa en su aplicación (administración, tribunales, etc.) y que consistirían, principalmente, en la adecuación a los nuevos entornos del mercado a través de reducciones de plantilla.¹⁷ La inclusión de los robots en la producción supone esta forma de flexibilidad interna, ya que requiere la adaptabilidad de la empresa a los cambios tecnológicos que se presentan y cambios de organización.

Al hilo de lo anterior, no se debe olvidar que la robotización requiere innovación y que esta característica se ha proclamado un elemento clave para el devenir de las organizaciones. Sin innovación, las empresas quedan atascadas en un modelo productivo arcaico, donde la globalización y la competitividad son las encargadas de engullir este sistema tradicional, digiriendo a las empresas que no son capaces de adaptarse a nuevos proyectos. Así es que, las organizaciones han ido desarrollando nuevos métodos de trabajo e incluyendo en su cadena de producción flamantes herramientas como los robots y la Inteligencia Artificial (IA), pero, ¿a qué hacen referencia estos dos términos y cuál es su influencia en el mercado laboral?

Un robot se define como un sistema controlado automáticamente, programado en tres o más ejes, que puede ser estacionario o móvil, para su uso en aplicaciones de automatización industrial.¹⁸ Esta herramienta está caracterizada por unas habilidades muy peculiares que son: la percepción, actuación, aprendizaje, auto localización, navegación e interacción física y no física. Hasta hace unos años, los robots se limitaban a realizar actividades industriales, pero, recientemente se han desarrollado robots domésticos que

¹⁶ Ibarra Cisneros, M.A y González Torres, L.A. "La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo." *Contaduría y administración* 231/2010 pp. 33-55

¹⁷ Díez Esteban, A. "Flexibilidad interna y Reforma Laboral" *Noticias Jurídicas*. (Díez Esteban, A.)

¹⁸ <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:en>

comparten espacio con los seres humanos contando así con mayor autonomía y capacidad de percepción y adaptación al entorno, todo ello mediante Inteligencia Artificial.¹⁹

Por su parte, la Inteligencia Artificial es la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido para tomar decisiones tal y como lo haría un humano. Sin embargo, a diferencia de las personas la IA no necesita descansar y puede analizar grandes volúmenes de información a la vez. Asimismo, la cantidad de errores que cometen son menores en relación con los que tienen las máquinas tradicionales que realizan las mismas tareas.²⁰ Su uso está siendo cada vez más extendido en las empresas y la población ya se ha topado con la IA en varias ocasiones, por ejemplo, cuando se realiza una llamada telefónica y la persona que hay a través de la línea es un robot que ha sido configurado con Inteligencia Artificial para satisfacer las necesidades de la población de manera rápida y eficaz o la conocida, Alexa de Amazon, un asistente virtual que permite responder a los usuarios sobre cualquier duda e incluso realizar procesos como la compra de productos e incluso manejar las instalaciones de la vivienda personal (subir o bajar la intensidad de la luz, apagar o encender el televisor, entre otros).

Sin duda, estas dos herramientas cotidianas están presentes en las empresas y ya han generado un debate que enfrenta una nueva realidad de mercado futuro, tan ilusionante por librar a los trabajadores de tareas rutinarias y pesadas, como alarmante al encontrarse como un destructor de empleo. Esto ha llevado a dos posiciones totalmente contradictorias y amparadas por dos grandes defensores; por un lado, los tecno-optimistas que respaldan los beneficios de los robots y la IA para el empleo y, por otro lado, los tecno-pesimistas que sostienen el impacto negativo de estos dos artefactos considerándolos aniquiladores de puestos de trabajo.

En el lado más optimista, se encuentran estudios que afirman que el uso de los robots industriales no tienen efectos negativos sobre los puestos de trabajo, sino que parece que su efecto positivo sobre la productividad y el incremento de las ventas puede estimular el crecimiento del empleo. Además, afirman que las organizaciones que utilizan robots industriales durante el proceso de manufactura muestran una tendencia más baja a la deslocalización de la producción fuera de Europa.²¹ Del mismo modo, otro estudio refuerza la idea de que en 2025, la Industria 4.0 incrementaría el PIB un 1% anual, aumentando puestos de trabajo relacionados con I+D+I en una cifra próxima a los 960.000.²² En esta línea, OpenIA, empresa creadora de ChatGPT, ha argumentado que hay empleos que jamás podrán ser sustituidos por la Inteligencia Artificial ya que, requieren habilidades exclusivas del ser humano como la creatividad, motivación, persuasión, cooperación y capacidad de comunicar y emprender, entre ellos se encuentran: puestos de trabajo de los sectores de la salud, educación, servicios sociales y arte.²³

En la otra cara de la moneda, los tecno-pesimistas consideran que la robotización supondrá la destrucción de miles de puestos de trabajo. Apuestan por que, a medida que aumenta la autonomía de los robots, se incrementa también el abanico de actividades que pueden realizar por lo que, los trabajadores ven peligrar su empleo.²⁴ Se advirtió ya en

¹⁹ Poquet Catala, R. “Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral”. *AIS: Ars Juris Salmanticensis*, 8/2020 pp.167–183.

²⁰ Macías García, M. del C. “La inteligencia artificial para el entorno laboral. Un enfoque en la predicción de accidentes”. *E-Revista Internacional De La Protección Social*, 7/2022, pp.84–101.

²¹ Zanker, C., Moll, C., Jäger, A., y Som, O. “Analysis of the impact of robotic systems on employment in the European Union” 003/2013 pp. 8-93

²² Lorenz M. et al. “How will a Tecnology...” Op.cit.

²³ Díaz, J. “Los 10 empleos que la inteligencia artificial eliminará primero- y los que están a salvo”. *El confidencial (Cardero Nacho)*

²⁴ Poquet Catala, R. “Cuarta Revolución Industrial...” op.cit. *AIS* 8/2020 pp.167–183.

2016 que entre los años 2015 y 2020, la digitalización de la industria podría conllevar a la desaparición de 7,1 millones de puestos de trabajo.²⁵ En este mismo estudio se abordaron los sectores más perjudicados por la IA, poniendo en la cúspide a aquellas industrias que no necesitan una cualificación especial y cuyas tareas son muy repetitivas, como es el caso de la industria manufacturera o el sector de la logística, el cual ya ha sido automatizado en procesos como la manipulación, el almacenaje y el envío de productos. No obstante, los puestos de trabajo de cualificación media, como los contables u oficinistas, también tienen riesgo de desaparición ya que, los propios empleados pasarían a desarrollar actividades con un nivel más bajo de competencias, lo que se traduce en menores salarios y mayor posibilidad de perder sus empleos.

Frente a estas opiniones es indudable que un nuevo modelo de trabajador está surgiendo, los considerados trabajadores de futuro o *Knowmad-workers* basados en su conocimiento polivalente, que tienen máxima movilidad para llevarlo a cualquier lugar y ponerlo al servicio de la empresa, sin ningún tipo de vínculo estable y que se adaptaría al nuevo modelo de negocio fundamentado en las tecnologías.²⁶ Para 2025, se presupone que las cualidades que van a reunir los empleados deberán centrarse en habilidades transversales que comportan todos los perfiles, siendo los criterios de selección más relevantes las habilidades personales, las actitudes y las habilidades sociales, seguidas de las competencias transversales y por último, la formación académica y la experiencia previa²⁷. Sin embargo, se considera que no solo el trabajador tiene que poner énfasis en su reciclaje formativo por lo que resultaría adecuado poner en marcha políticas públicas consensuadas entre empresas y sindicatos para invertir en formación permanente y en educación técnica intentando romper esa brecha digital que aumenta, en última instancia, las desigualdades laborales y sociales.

4. LA REGULACIÓN DEL DESPIDO FRENTE A LA ROBOTIZACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO

El artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)²⁸ se diseñó para que el empresario pudiera despedir al empleado cuando existen causas objetivas que dificultan que el mismo pueda seguir prestando servicios en la empresa (por ejemplo, ineptitud del trabajador y falta de adaptación). Del mismo modo, el apartado c) del precepto dispone que, por las mismas causas económicas, organizativas, técnicas o productivas previstas para justificar el despido objetivo, aquel sea posible, si afecta a un número de trabajadores inferiores al del despido colectivo. La verdad es que es una medida que modificada en el ordenamiento²⁹ no ha quedado exenta de polémica ya que, otorga el poder al empleador para despedir a cualquier trabajador, basándose en estas causas.

El despido individual supone la extinción del contrato de uno o varios trabajadores, siempre que no supere el umbral marcado por el propio Estatuto de los Trabajadores, basándose en las causas que nos da el artículo 52, anteriormente mencionado. Aquí, resulta de gran importancia saber diferenciar el despido disciplinario, del despido

²⁵ World Economic Forum. "The future of jobs..." *World Economic Forum*

²⁶ S. C. "Derecho y trabajo en la era digital: ¿"revolución industrial 4.0" o "economía sumergida 3.0"?" *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita 2/2017* pp. 403-424

²⁷ <https://www.adecogroup.com/es-es>

²⁸ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015

²⁹ BOE núm 122, de 23 de mayo de 1994

objetivo porque si bien ambos se refieren a un solo sujeto, no comparten la misma causa. En el despido disciplinario (art 54 ET) el trabajador incumple sus obligaciones laborales de forma grave y culpable mientras que, en el despido objetivo, el trabajador ha sido despedido no por el incumplimiento de sus obligaciones, sino por causas económicas, organizativas, tecnológicas o productivas, previamente mencionadas y posteriormente comentadas.³⁰

Tradicionalmente, las causas técnicas eran aquellas que afectaban a los cambios que se producían en los medios o instrumentos de producción; las causas organizativas son aquellas que afectan a los sistemas y métodos de trabajo o en el método de organizar la producción; las productivas aquellas relacionadas con el entorno de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado y las económicas se vinculan a los resultados de la organización cuando estos generen una situación económica negativa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo.³¹ En relación a las causas técnicas se trata de posibilitar precisamente la incorporación de tecnologías destinadas a sustituir métodos y procesos de trabajo que han quedado obsoletos y faltos de competitividad por otros más modernos³², ya que van relacionadas con la obsolescencia de las tecnologías y medios de producción aplicados a un determinado puesto de trabajo³³. Es necesario tener en cuenta que la existencia o no de estas causas de despido, como bien menciona el art. 52 del ET, dependen de la apreciación del empresario por lo que, la continuidad de los trabajadores en su puesto de trabajo dependerá de la discrecionalidad del empleador, siempre que se ampare en los requisitos pedidos por el Estatuto de los Trabajadores.

La entrada de los robots y de la Inteligencia Artificial, podría constituir en sí misma una causa técnica, siendo estos los artífices de un nuevo método de trabajo mucho más eficiente y productivo que incluso puede eliminar ciertas funciones realizadas por los humanos. De cualquier forma, las causas técnicas son aquellas que afectan a los medios o instrumentos de producción y cuando se trata de la aparición de un nuevo elemento que genere la necesidad de prescindir del trabajo humano, este debe de acreditarse de forma fehaciente, demostrando mediante datos reales que la automatización conlleva una mejora de la eficiencia que hace prescindir, en última instancia, de la mano de obra.³⁴ En 2009 se dictó sentencia³⁵ con respecto a la inclusión de robots en un proceso productivo, validando el despido por causas técnicas ya que, la entrada de *bots* supone que sobrarán aquellos soldadores que desarrollaran el trabajo que ahora realizan dichos robots de forma más rápida y eficaz, lo cual, por sí solo, justificaría el despido efectuado y añade que la obsolescencia en el proceso productivo puede justificar esta causa de despido.

Al fin y al cabo, se debe de tener en cuenta que la automatización (como causa del despido objetivo) implica un duelo entre los Derechos Sociales conseguidos por los trabajadores (salario mínimo, jornada laboral, etc.) y los nuevos instrumentos tecnológicos que pueden realizar la tarea de los humanos sin límite de horas, ni cotizaciones ni un salario mensual. Por consiguiente, los robots y la Inteligencia Artificial, se han usado como única excusa para reducir costes, aumentando así la competitividad empresarial que traducido al Derecho Laboral podría ser: Eliminemos el Derecho del Trabajo y aumentemos la Libertad de Empresa.

³⁰ González Posada Martínez, E.. “El despido objetivo y el despido disciplinario”. *Revista General del Derecho de Trabajo y Seguridad Social* 34/2013 pp 1696-9626

³¹ STS de 14 de junio de 1996, rec. Núm. 3099/1995

³² STSJ Comunidad Valenciana, de 28 de marzo de 2003

³³ STSJ La Rioja, de 8 de abril de 1997, rec.núm. 47/1997

³⁴ Poquet Catala, R. “Cuarta Revolución Industrial...” op.cit. *AIS* 8/2020 pp.167–183.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, 23 de julio de 2009

En definitiva, no se debe de olvidar que las organizaciones siempre han sido vistas como agentes creadores de riqueza y empleo, pero, ¿será la sociedad digital la que las vislumbren como aniquiladoras de puesto de trabajo? Y en ese caso, ¿qué protección tienen los trabajadores frente a estas armas aniquiladoras de empleo? Una sentencia mediática, puso en la palestra las consecuencias que tenía el despido objetivo para las organizaciones ante la sustitución del humano por *bots*. Así pues, actualmente esta cuestión está generando movimientos legislativos y judiciales en el Derecho Laboral, constituyendo una nueva fuente de estudio y regulación novedosa e incluso compleja de tratar.

4.1. Caso Práctico: La SJS N° 10 de Las Palmas como referente jurisprudencial para fijar los límites de la Inteligencia Artificial

Ya se ha expuesto que las empresas tienen la posibilidad de despedir, amparadas bajo el concepto de causa técnica, a los trabajadores, los cuales serán sustituidos por robots. Y aunque la teoría resulta imprescindible para el conocimiento, la puesta en práctica será quien se apodere de la realidad; por ello, se considera conveniente conocer alguna sentencia que ya ha condenado a la organización por realizar prácticas abusivas en el despido tecnológico. El caso más mediático y actual con el que se encuentra la jurisprudencia es la Sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de las Palmas de Gran Canaria³⁶ que declaró improcedente el despido *ex art. 52 c) ET* de una trabajadora, habiendo invocado la empresa para acometer tal despido la automatización de las tareas de la misma a través de la implantación de un *software* (robot informático).

Según figura en los hechos probados, se trata de una trabajadora que prestaba servicios como administrativa en un hotel en Gran Canaria con una antigüedad de 13 años. Recientemente, la organización llevó a cabo la instalación de una RPA (acrónimo de *robotic process automation* o lo que es lo mismo, la automatización de los procesos mediante la robótica), usando el *software* para realizar tareas rutinarias como el procesamiento de formularios, la entrada de datos, etc. Estas operaciones se realizaban desde las 17:15 horas hasta las 06:00 horas, incluyendo festivos y fines de semana. En un momento concreto, la trabajadora remitió la relación de tareas que desarrollaba y el tiempo que dedicaba a cada una, y posteriormente recibió la carta de despido por causas productivas, técnicas y organizativas, de conformidad con el artículo 52, c) del ET. Ante estos hechos, la empleada decidió demandar a la empresa, considerando que su despido fue improcedente.

De los hechos probados se desprende que: 1) La empleada despedida trabajaba a tiempo completo para una empresa, cuya actividad se centra en la gestión turística hotelera, prestando servicios para otras diversas empresas. 2) La trabajadora desarrollaba tareas propias de la categoría de contabilidad, dedicándose, entre otras funciones, a las de cobro y conciliación de facturas impagadas de grandes clientes. 3) La empresa en un momento determinado adquiere la licencia del *software* Jidoka cuya función es la de realizar tareas repetitivas, mecánicas y que varían muy poco en cada interacción y que la empresa se destina particularmente a las tareas de gestión de cobros y conciliación de los mismos. El *software* es capaz de leer información que remiten los clientes, verifica si hay reclamaciones pendientes de enviar, descarga informes sobre las facturas pendientes de pago, realiza un tratamiento de datos del cliente y envía por email el informe generado de reclamación.

³⁶ SJSO Palmas de Gran Canaria, 23 de septiembre de 2019, rec.núm 470/2019

Es cierto que, existen razones económicas que justifican la sustitución. Así, los costes asociados a la implantación de la automatización de procesos mediante la robótica (licencia de servidor, nodo de producción y configuración) ascienden a un total de 12.900 euros anuales, en tanto que el coste de mantenimiento del puesto de trabajo de la demandante representa para la empresa un total de 28.412,44 euros anuales entre salario y costes de seguridad social. Por lo demás, conviene considerar que el *bot* trabaja de 17.30 a 6.00 horas entre semana (doce horas y media), y veinticuatro horas los fines de semana y festivos. Eso significa que por 12.900 euros anuales se desempeña un trabajo de trescientas noventa y dos horas (noventa y ocho a la semana), mientras que por 28.412,44 euros se desempeña un trabajo de ciento sesenta horas (cuarenta a la semana). El *bot* desempeña, pues, el trabajo correspondiente a 2,45 trabajadores al mes (por eso, la empresa prescindió de tres trabajadores, aunque aquí sólo se plantea la reclamación interpuesta por la trabajadora demandante). Esto es así porque, aunque el *software* hiciera el trabajo en la misma cantidad de tiempo que la trabajadora, la posibilidad de tenerlo trabajando durante más horas permitiría sustituir a más trabajadores.

No obstante, en ningún momento la empresa justifica el despido (a través de una carta) por causa económica, sino que se ampara en las causas técnicas, organizativas y productivas para realizarlo; causas que no se han logrado probar en el proceso. En cuanto a la causa productiva, la Sentencia razona en el Fundamento de Derecho Cuarto que: la invocación que se hace en la carta de causa productiva no puede ser tal, ya que, las causas productivas afectan al ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, y estos productos o servicios, que son de gestión de intermediación turística y de administración, gestión, explotación y gerencia de sociedad dedicadas a la actividad turística no había cambiado al tiempo del despido. No ha surgido un nuevo producto turístico, ni ha desaparecido ninguno. La empresa demandada pretende hacer valer que el mercado turístico está en declive, que los datos y las expectativas son negativos, sin embargo, lo que hace es adelantarse a un futuro que aún no se ha producido. La causa productiva podría afectar a que el producto o servicio que ofrece la empresa, estuviera en franca decadencia, sin embargo, no puede basarse la causa productiva en que dicho producto tiene visos de alcanzar la decadencia en un futuro, incierto y sin proximidad definida.

Con respecto a la causas técnicas y organizativas, la empresa alegó que se robotizó parte de las funciones administrativas que hasta el momento venían siendo desarrolladas directamente por el personal. No obstante, la Sentencia señala que, desde el punto de vista puramente técnico, la empresa no ha procedido a la robotización, sino a la automatización a través de *software*, es decir, no existe robot físico alguno que haya asumido tareas, sino que un *software* dotado de reconocimiento óptico de caracteres, lee determinados documentos, extrae la información y hace con ella aquello para lo que está programado. Es cierto que, la automatización conlleva una mejora de la eficiencia, pero en el supuesto estudiado no hay una acreditación específica, con números concretos y destallados de los mismos; así pues, no queda acreditada la causa técnica ligada a la organizativa.

Asimismo, como ya se ha mencionado con anterioridad, la carta de despido que recibió la trabajadora se centra en analizar el mercado turístico, proyectando previsiones negativas en el futuro y sin tener en cuenta, el tiempo del despido. Por lo tanto, se tratan de indicadores adelantados que pueden cambiar en cualquier espacio temporal y que podrían llegar a ser buenos métodos para predecir la economía a corto plazo, pero en ningún caso, han de ser la causa de un despido objetivo y mucho menos, han de elegirse como motivo justificador amparándose en el art. 52 del ET.

Por otro lado, la sentencia hace referencia a dos elementos enfrentados en un despido objetivo: la libertad de empresa y el Derecho del Trabajo, la sentencia sostiene que la mejora de la eficiencia empresarial no puede ser el elemento que justifique la inclinación de la balanza a favor de la libertad de empresa. Asimismo, se aportan los siguientes datos es la resolución judicial: la robotización implicará una destrucción de empleos al menos en el 35% de la población activa, por lo que siendo el despido objetivo una forma privilegiada y si se quiere excepcional, de concluir una relación laboral con una indemnización inferior a la ordinaria, no puede calificarse de excepcional, aquella causa que pueda afectar al 35% de todos los trabajos.

Del mismo modo continua: La introducción de *bots* en el entorno laboral implica la multiplicación de la productividad (...). Esto es, se erige la mejora de la competitividad como elemento único que justifique el despido, mediante la introducción de *bots* que automaticen el trabajo, desplazando a la masa laboral humana. Definitivamente, esto no puede ser tenido como una causa justa para un despido objetivo procedente, por cuanto lo contrario implicaría favorecer, so pretexto de la competitividad, la subestimación y minimización del Derecho al Trabajo. Concluyendo finalmente con la automatización mediante *bots* o robots, con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar lo mismo que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la Libertad de Empresa. Siendo así por tanto que no puede tenerse por procedente un despido en estos términos, en atención a la interpretación que (...) ha de darse del despido objetivo por causas técnicas (...) Finalmente, y como es lógico, el despido objetivo es improcedente ya que, el juzgador valora la razonabilidad, la proporcionalidad y la justificación de la medida en los cuales se fundamenta. Del mismo modo, el pronunciamiento nos dice que la automatización no es un cambio en sí, sino una irrupción de algo nuevo que produce una sustitución de un trabajador por un instrumento y por tanto concluye que, al no existir cambio alguno el despido es improcedente.

Acercándonos a la actualidad, en mayo de 2023, el gigante empresarial Domestika destinado al sector de la enseñanza en línea, pretendía negociar un ERE para despedir a 89 trabajadores y sustituirlos por la plataforma ChatGPT. Este despido afectaría al 45% de la plantilla de su filial madrileña Dmstk SL amparándose en las causas económicas, técnicas y productivas³⁷. Asimismo, en junio de 2023, IBM (una de las mayores empresas de informática y consultoría del mundo) planeó usar la Inteligencia Artificial para reemplazar 8.000 puestos de trabajo.³⁸ Arvind Krishna, el CEO de la compañía, anunció que detendría la contratación de empleados durante junio y que buscarían sustituir casi 8.000 trabajadores utilizando la IA. El ejecutivo señaló que las funciones administrativas, específicamente en el sector de recursos humanos, serían las primeras en enfrentar estos cambios

Sin duda el uso de la IA sigue proyectando nuevos pasos en nuestro entorno. Este mismo año, el formato televisivo de Supervivientes ha usado la Inteligencia Artificial para sustituir la presencia física de una presentadora por una imagen creada. En su nuevo espacio titulado Supersecretos, la presentadora no es más que una Influencer virtual, con una voz algo robótica, pero, con unos movimientos humanos que podrían generar incertidumbre al espectador.³⁹ La bot conocida como Alba Renai, ya generó un gran

³⁷ https://www.lasexta.com/noticias/ciencia-tecnologia/empresa-estadounidense-domestika-despedir-89-trabajadores-espana-sustituirlos-inteligencia-artificial_202304026429f48df7cb370001dae567.html

³⁸ <https://www.entrepreneur.com/es/noticias/ibm-planea-utilizar-la-inteligencia-artificial-para/453653#:~:text=for%20%245%2Fmo,IBM%20planea%20utilizar%20la%20inteligencia%20artificial%20para%20reemplazar%208%2C000%20puestos,ocupados%20por%20la%20inteligencia%20artificial.>

³⁹ https://etl.es/wp-content/uploads/2024/03/20240324_pc-HALLON_-_ETL_GLOBAL-20240324-el-pais.com-negocio-020-01-1711251187.56392.pdf

debate en Twitter, sobre las consecuencias de la Inteligencia Artificial en los puestos de trabajo. Los tuiteros visibilizaban las ventajas y riesgos que podría generar esta nueva creación, argumentando que Alba Renai no dependía de un salario mensual, ni disponía de la capacidad de enfermar o cometer errores; simplemente supone la imagen perfecta de una presentadora con costes más bajos y sin contratiempos que perjudiquen a la propia organización.

Con la Inteligencia Artificial *in crescendo*, el Derecho Laboral ha de galopar al mismo ritmo. La Sentencia comentada con anterioridad, no es más que un punto de referencia para aplaudir la buena actuación de la jurisprudencia. Sin embargo, la legislación ha de actualizarse con regularidad para seguir protegiendo los derechos de los trabajadores ante los nuevos modelos de empleos que surjan. Es por ello que, este mismo año, después de un proceso muy arduo, se ha publicado el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio⁴⁰, en virtud del cual se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (IA) y se modifican varios Reglamentos y Directivas pertinentes. Se trata de una norma de enorme complejidad que afecta a diversos ámbitos de las relaciones económicas, sociales y laborales. Su principal objetivo es promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, proteger frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación.

En definitiva, es evidente que la Inteligencia Artificial está en nuestro día a día y que el Derecho Laboral está creando nuevos escudos protectores para los trabajadores. Por ello, si se usa la robotización o automatización como causa técnica del despido objetivo, esta llevará aparejada dos consecuencias: la primera, deberá justificarse bajo datos reales que esa robotización influye en la mejora de la productividad de la empresa y en segundo lugar, un inevitable duelo entre los Derechos Sociales que han conseguido, con gran esfuerzo los trabajadores, tales como el salario mínimo, la limitación de las horas extras, el derecho vacacional, entre otros y el uso de instrumentos que pueden realizar el mismo trabajo que los humanos eso sí, sin límites horarios, ni salario, ni cotizaciones. Así pues, ampararse en falsos argumentos donde el trabajador sale damnificado, solo lleva a pensar que aún queda mucho recorrido en materia de derechos y concienciación social, sobre todo porque el uso de los robots y la inteligencia artificial podría ser complementario para agilizar procesos, pero, en ningún caso, ha de convertirse en una excusa para aquellos empresarios que quieren justificar el despido objetivo jugando con la carta comodín del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

5. CONCLUSIONES

Como se ha podido deducir del estudio realizado, el paso de la Industria 1.0 a la Industria 4.0 ha resultado paulatino; sin embargo, la implantación y consolidación de la Cuarta Revolución Industrial pone de manifiesto la necesidad de adaptarse a los cambios, no solo fuera de la órbita empresarial sino también en el núcleo de las organizaciones. Los nueve pilares de esta industria, mencionados con anterioridad, no son más que el reflejo de una tecnología puntera que está al alcance de toda la población y que permitirá, en definitiva, facilitar y agilizar procesos. No obstante, estas herramientas inciden en los

⁴⁰ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202401689

medios y métodos de trabajo interfiriendo en menor o mayor medida en el desempeño de las tareas por parte de los trabajadores.

No se puede mirar hacia otro lado, de hecho, resultaría incomprensible luchar contra una realidad que se apodera de nuestro día a día. La robotización y la Inteligencia Artificial ya han plantado su base en el mercado de trabajo y, cómo no, diversas son las opiniones que han generado. Las personas tecno-pesimistas advierten que son armas de destrucción masiva de empleo y que ya están erradicando la plaga de trabajos rutinarios; por su parte, los tecno-optimistas apuestan porque esta nueva tecnología no es más que una ayuda a los medios y métodos de trabajo. En esta misma línea, la OCD apunta que, a pesar de la ansiedad por la destrucción de empleos provocada por la globalización del cambio tecnológico, es improbable que se produzca una fuerte disminución del empleo; en general, la cantidad de puestos de trabajo va en alza y si bien algunos pueden desaparecer (el 14% tiene un alto riesgo de automatización), otros surgirán⁴¹. No obstante, aunque las opiniones son diversas, hay un criterio que parece ser coincidente y es que, los trabajadores tendrán que reciclar sus conocimientos para adaptarse a un mercado laboral cada vez más robotizado.

Expuesta la introducción de los robots y de la Inteligencia Artificial en el mundo laboral y la sustitución de los trabajadores por estas herramientas, resultada indudable la intervención de los Tribunales en materia de despidos ya que, el panorama económico y laboral plantea muchas incertidumbres que requieren inevitablemente, unas garantías reforzadas. Este papel de la buena actuación de la jurisprudencia se ve reflejado en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº10 de las Palmas, vislumbrando que la mala praxis tiene sus consecuencias y que no todo vale en materia de despido. Esta sentencia, reconoce que la innovación tecnológica puede motivar la reducción del trabajo manual, pero, en el caso de la empresa hotelera, no se trata de una reducción de mano de obra; sino una sustitución completa del trabajo de una persona por un *software* por lo que, ampararse en el pretexto del aumento de la competitividad es solo una excusa para minimizar y dañar el Derecho del Trabajo.

Esta sentencia, en definitiva, permite llegar a las siguientes conclusiones y es que, el artículo 52 del ET está formulado de manera generalista, sin una concreción exacta, dejando en manos del empresario el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas; causas que no son más que un cajón de sastre y que algunos empresarios ya utilizan para eludir sus responsabilidades. Sin embargo, el hecho de que estas causas sean holgadas, no supone que la ley favorezca al empleador en materia de despido ya que, si ocurre como en la sentencia anteriormente descrita, un despido por causas técnicas ha de ser demostrado con datos reales e indiscutibles y no se puede acreditar basándose en un futuro incierto que podría llegar a deteriorar a la organización. En definitiva, el hecho de que en ciertas ocasiones diversas causas extintivas estén formuladas de manera abstracta, no da carta blanca para que el empresario trate de enmascarar un despido improcedente con la careta de un despido objetivo bajo el pretexto de ahorro de costes.

Es cierto que, la economía española está en una fase débil en cuanto a crecimiento de la productividad, lo que genera un lastre para variables de gran importancia en la economía del Estado de Bienestar, tales como el crecimiento de los salarios, un mayor consumo o nuevas inversiones, de ahí que sea importante aprovechar la productividad en esta revolución digital. Pero, estas medidas han de ir acompañadas inevitablemente del Derecho del Trabajo, poniendo especial hincapié en políticas que permitan la transición laboral donde se ajusten los puestos de trabajo a las nuevas tecnologías; donde los

⁴¹ https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=134_134944-0ca5d9p2e8&title=Employment-Outlook-Spain-ES

empleados puedan sentirse amparados en caso de despido y donde el abuso empresarial no quede respaldado por la justicia.

Se ha avanzado, judicialmente hablando, pero el Derecho del Trabajo ha de estar preparado para los nuevos cambios que se aproximan; la Cuarta Revolución Industrial no ha hecho más que empezar y los puestos de trabajo necesitan medidas claves para que los trabajadores puedan actuar de forma clara y conozcan los límites de la tecnología. La experiencia ha revelado cómo el poder tecnológico del empresario pone en peligro y moviliza numerosas libertades públicas, tales como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen o la libertad informática. Y ese poder puede ser adicionalmente utilizado, de manera directa o indirecta, con fines discriminatorios. Este carácter pluriofensivo de los adelantos técnicos, particularmente manifiesto ante el ingente almacenamiento de datos que permite la reconstrucción de las señas e identidades más profundas de la profesionalidad y de la personalidad de los trabajadores, obliga a buscar el difícil punto de equilibrio entre el derecho del empresario a optimizar las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen no sólo a la actividad económica sino a la gestión del personal, y el ejercicio por los trabajadores, en el seno de la relación laboral, de sus derechos de ciudadanía⁴²

Así pues, no se ha de permitir que los empresarios pongan en peligro los derechos de las personas ni mucho menos los derechos laborales que tanto tiempo han costado conseguir; una lucha que aún sigue abriendo telediaris; una lucha que no es individualista, sino que afecta a todas las personas independientemente de los factores que las caracterizan. Y aquí es donde entra el Derecho del Trabajo como herramienta clave para tomar medidas que minimicen el impacto de esta nueva reconversión protegiendo a todos los trabajadores, poniendo énfasis en las clases más vulnerables y sensibles a esta transformación, aquellos a los que se les cataloga de sufridores de la brecha digital bien sea por edad, por sexo o por falta de recursos económicos. Pero, se ha de tener cuidado con quienes son juzgadores de esta materia, porque podría llegar a usarse peligrosamente su legislación para estimar que la prestación de servicios de un trabajador y la prestación de servicios de una máquina son igualitarios, aceptando, en definitiva, que el rendimiento normal sea el de la herramienta tecnológica y asumiendo así, que existe la posibilidad de despido disciplinario por la disminución de ese rendimiento.

En un mundo cada vez más digitalizado, es indudable que la tecnología ha transformado la forma en la que se llevan a cabo las relaciones laborales, facilitando la comunicación, la gestión de recursos humanos e incluso implementando medidas de seguridad en el trabajo. Sin embargo, el uso de herramientas tecnológicas en el ámbito laboral, ha generado a su vez nuevos desafíos legales como la protección de datos personales, la regulación del teletrabajo, la garantía de la ciberseguridad en el entorno de trabajo y la protección del desempleo ante esta materia. Por ello, es necesario seguir investigando y debatiendo sobre el impacto de la tecnología en el derecho laboral, con el objetivo de promover una legislación que se adapte a los cambios tecnológicos y proteja los intereses de los trabajadores en el siglo XXI.

En conclusión, es indudable que la sociedad seguirá avanzando y con ella llegarán nuevas tecnologías que irrumpirán en nuestro panorama actual, pero, que exista un gran número de avances no debe suponer un colapso del derecho laboral, sino un impulso para seguir creciendo y remodelando los estudios ya contrastados. Vendrán nuevos mecanismos que requerirán una pausa en el Derecho del Trabajo para analizar su impacto e incluso, los sindicatos y las asociaciones empresariales tendrán que adoptar medidas para que

⁴² Rodríguez Escanciano, "Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes". *Thomson Reuter - Aranzadi, Cizur Menor*, 2/2019 pág. 17

estas nuevas herramientas se introduzcan de una manera justa y equitativa en el trabajo, minimizando de esta manera, el impacto negativo en el empleo. Es cierto que la nueva maquinaria supone innovación y comodidad en las tareas, pero, no podemos eliminar la idea de que estas herramientas son prolongaciones del cuerpo y de conocimientos del ser humano que ayudan a desempeñar actividades, mas no sustituyen características esenciales del trabajador, porque como bien argumentaba Elbert Hubbard:

Una máquina puede hacer el trabajo de 50 hombres corrientes. Pero, no existe ninguna máquina que pueda hacer el trabajo de un hombre extraordinario.

6. BIBLIOGRAFÍA

Blanco F. , Castro J.M, Gayoso R. y Santana W. (2019) “Las claves de la Cuarta Revolución Industrial” Disponible online: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/capitulo-gratis-las-claves-de-la-cuarta-revolucion-industrial.pdf>

Brynjolfsson, Erik y McAffé, A. (2014) “*The Second Machine Age. Work, Progress and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies.*” Ed. W.W. Norton & Company, Nova York.

Díaz J. (2023). “Los 10 empleos que la inteligencia artificial eliminará primero- y los que están a salvo”. El Confidencial. Disponible online: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2023-03-24/chatgpt4-openai-trabajo_3599085/

Díez Esteban, A. (2012). “Flexibilidad interna y Reforma Laboral” Disponible online: [https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4748-flexibilidad-interna-y-reforma-laboral-/\)](https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4748-flexibilidad-interna-y-reforma-laboral-/)

Foro Económico Mundial (2016). “The future of Jobs. Employment, skills and workforce strategy for the Fourth Industrial Revolution”. Disponible online: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf

European Commission: Directorate-General for the Information Society and Media, Zanker, C., Moll, C., Jäger, A., & Som, O. (2015). *Analysis of the impact of robotic systems on employment in the European Union : final report*, Publications Office. Disponible online:

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fa9a1167-fcd6-4ed8-9491-ce451fc22e9c/language-en>

González Posada Martínez, E. (2013). “El despido objetivo y el despido disciplinario”. Revista General del Derecho de Trabajo y Seguridad Social nº 34.

Hallon (2024). Informe de negocio 020-01. ETL Global. https://etl.es/wp-content/uploads/2024/03/20240324_pc-HALLON_-_ETL__GLOBAL-20240324-elpais.com-negocio-020-01-1711251187.56392.pdf

Ibarra Cisneros, Manuel Alejandro, y González Torres, Lourdes Alicia. (2010). “La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo”. *Contaduría y administración*, (231), 33-52. Disponible online: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-10422010000200003

Informe Adecco (2016). “Informe Adecco sobre el futuro del trabajo en España”. Disponible Online: <https://www.adeccoгруп.com/es-es>

Lorenz M. , Rübmann M., Strack R. , Lueth K. y Bolle M. (2015). “How will a Technology Transform the Industrial Workforce Through 2025 ?”. *Man and Machine in Industry 4.0 (The Boston Consulting Group)* Disponible online: https://www.academia.edu/33012444/Man_and_Machine_in_Industry_4_0

Macías García, M. del C. (2022). “La inteligencia artificial para el entorno laboral. Un enfoque en la predicción de accidentes”. *E-Revista Internacional De La Protección Social*, 7(1), 84–101. Disponible online: <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips/article/view/20330>

Marín Nelson, A. (2024) “Automatización e Inteligencia Artificial (IA): revolución y desocupación laboral” Disponible online: https://www.researchgate.net/publication/377300767_Automatizacion_e_inteligencia_artificial_IA_revolucion_y_desocupacion_laboral

Molina Navarrete, C (2017). “Derecho y trabajo en la era digital: ¿ “revolución industrial 4.0” o “economía sumergida 3.0”?” Disponible online: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6277246>

Molina Navarrete, C. (2022) “Nuevas claves para la salud psicosocial en las organizaciones”. Disponible online: [https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2022/09/Boletin_001_22_\(enero_abril_2022\)_LARPSICO.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2022/09/Boletin_001_22_(enero_abril_2022)_LARPSICO.pdf)

Poquet Catala, R. (2020). “Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral”. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 8(1), 167–183. Disponible online: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/23856>

Rodríguez Escanciano, S. (2019) “Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes”. Thomson Reuter - Aranzadi, Cizur Menor, pág. 17.

World Economic Forum (2016): “*The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*”. *Global Challenge Insight Report*.

7. WEBGRAFÍA

Entrepreneur. (2023). “IBM planea utilizar la inteligencia artificial para reemplazar 8,000 puestos de trabajo.” Disponible online : <https://www.entrepreneur.com/es/noticias/ibm-planea-utilizar-la-inteligencia-artificial-para/453653>

International Organization for Standardization (2012). “Robotics-Vocabulary” (ISO Standard No. 8373:2012). Disponible online: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:en>

La Sexta. (2024). La empresa estadounidense Domestika prepara el ERE de 89 trabajadores para sustituirlos por inteligencia artificial. Disponible online: https://www.lasexta.com/noticias/ciencia-tecnologia/empresa-estadounidense-domestika-despedir-89-trabajadores-espana-sustituirlos-inteligencia-artificial_202304026429f48df7cb370001dae567.html

OECD (s.f) “*Employment outlook: Spain.*” OECD iLibrary. Disponible online: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=134_134944-0ca5d9p2e8&title=Employment-Outlook-Spain-ES

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (s.f). “Trabajo”. Disponible online: <https://www.oitinterfor.org/taxonomy/term/3315?page=1#:~:text=Conjunto%20de%20actividades%20humanas%2C%20remuneradas,sustento%20necesarios%20para%20los%20individuos.>

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de septiembre de 2024 relativo a EUR-Lex. <https://eur-lex.europa.eu>

**IMPREVISIBILIDAD EN EL PATRÓN DE TRABAJO
DE LAS PERSONAS FIJAS-DISCONTINUAS:
PROPUESTAS DE MEJORA PARA LA
TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2019/1152**

FRANCISCO MANUEL EXTREMERA MÉNDEZ
*Investigador del Aula Universitaria José Vida Soria.
Máster Universitario en Abogacía y Procura. Universidad de Jaén.
fem00011@red.ujaen.es
ORCID: 0009-0000-9385-3712*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL NUEVO RÉGIMEN DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO DEL RDL 32/21:
¿HACIA UNA ESTABILIDAD PRECARIZADA?
3. LA TRANSPOSICIÓN PENDIENTE DE LA DIRECTIVA 2019/1152: ¿UNA
OPORTUNIDAD PERDIDA PARA EL TRABAJO-FIJO DISCONTINUO?
4. CONCLUSIONES

EXTRACTO

La reforma operada por el RDL 32/2021 supuso la considerable ampliación del ámbito de aplicación del contrato fijo-discontinuo, el cual actualmente puede ser utilizado para cubrir necesidades de trabajo muy variadas. Entre ellas, junto con la ejecución de contratos mercantiles y su posible utilización por las ETT, se encuentran las referidas a prestaciones intermitentes, ajenas al clásico carácter estacional o de temporada, y caracterizadas en caso de indeterminación de los periodos de ejecución, por sus altos niveles de imprevisibilidad. Ello provoca la inclusión de esta nueva modalidad de trabajo fijo-discontinuo dentro de aquellas formas de empleo con “*patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible*” introducida por la Directiva 2019/1152, cuyas novedades deberían ser incorporadas al régimen del artículo 16 del ET. En este sentido, el presente estudio contiene algunas propuestas de transposición de la norma europea al contrato fijo-discontinuo en aras a dotarlo del nivel de previsibilidad mínimo exigido por la misma.

ABSTRACT

The reform introduced by RDL 32/2021 has considerably expanded the area of application of the permanent-discontinuous contract, which can now be used to cover a wide variety of employment needs. These include, as well as the execution of mercantile contracts and their possible use by temporary employment agencies, intermittent services, which are far removed from the classic seasonal nature, and are characterized by their high levels of unpredictability in case of undetermined periods of execution. This leads to the fact that this new form of fixed-discontinuous work is included in the forms of employment with a ‘totally or mainly unpredictable work pattern’ introduced by Directive 2019/1152, whose new features should be incorporated into the regime of Article 16 of the ET. In this sense, this study contains some proposals for the transposition of the European regulation into permanent-discontinuous contracts in order to provide them with the minimum level of predictability required by the Directive.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹, en adelante RDL 32/2021, supuso una considerable expansión del ámbito de aplicación del contrato fijo-discontinuo, el cual ahora cuenta con nuevas modalidades que permiten flexibilizar su utilización, como el contrato fijo-discontinuo “*de prestación intermitente*” o el previsto para la ejecución de contratos mercantiles y ETT. De esta forma, el legislador español pretendía poner fin a la excesiva temporalidad que caracterizaba nuestro mercado laboral, debido en buena medida a la utilización fraudulenta o abusiva de la contratación eventual, estableciendo nuevos límites para ambos contratos.

Sin embargo, junto con su objetivo principal de favorecer la estabilidad en el empleo, el RDL 32/2021 no logrado reducir la precariedad laboral, especialmente en aquellas formas de trabajo fijo-discontinuo en las que la incertidumbre acerca de cuándo y en qué términos se producirá el llamamiento se convierte en la tónica general. Es por ello, que todas las miradas se centran ahora en la calidad real del empleo de los millones de

¹ BOE núm. 277, de 30 de diciembre de 2021.

nuevos contratos fijos-discontinuos suscritos tras la reforma, muchos de ellos para cubrir presentaciones intermitentes con periodos de ejecución desconocidos para la persona trabajadora. En este contexto, cabe plantearnos si en realidad la reforma no ha hecho sino avanzar hacia una especie de indeseada “*estabilidad precarizada*”.

Es ahí donde entra en juego la la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, en adelante Directiva 2019/1152², cuyas novedades en materia de transparencia y previsibilidad mínimas parecen ser un buen remedio para muchas personas fijas-discontinuas cuyo patrón de trabajo es “*total o mayoritariamente imprevisible*”. A pesar de ello, pasados más de cinco años desde su adopción, la norma europea no ha sido aún traspuesta, y ni siquiera los proyectos de ley adoptados hasta el momento incluyen entre sus actuaciones al contrato fijo-discontinuo, como sí hacen con otras formas de empleo de características similares como el contrato a tiempo parcial con realización de horas complementarias.

Ante esta situación, resulta necesaria una actuación legislativa dirigida a implementar las garantías de transparencia y previsibilidad previstas por la mencionada Directiva 2019/1152, al nuevo régimen del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores³, en adelante ET. En el presente estudio analizaremos.

- Las principales novedades introducidas en la contratación fija-discontinua por el RDL 32/2021.
- Las formas de precariedad, especialmente en cuanto a los tiempos de trabajo, que caracterizan a la contratación fija tras la reforma.
- Algunas propuestas de transposición de la Directiva 2019/1152 al régimen de la contratación fija-discontinua.

2. EL NUEVO RÉGIMEN DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO DEL RDL 32/21: ¿HACIA UNA ESTABILIDAD PRECARIZADA?

2.1. Objetivo y principales líneas de actuación de la reforma

Como se ha indicado *ad supra*, la reforma laboral operada por el RDL 32/2021, tuvo como principal objetivo aumentar la estabilidad en el empleo, o lo que es lo mismo, reducir el exceso de temporalidad imperante en el mercado de trabajo español, en aras a reducir los efectos derivados del abuso de la contratación temporal en nuestro país. A tal objeto diseñó dos grandes líneas de actuación fácilmente identificables:

- a) Estrechamiento de los límites legales del contrato temporal. La reforma acaba con el contrato temporal por obra o servicio, el contrato eventual que más situaciones de fraude generaba. Así, esta modalidad contractual se limita ahora a dos supuestos, la prevista por circunstancias de producción, del artículo 15.2 del ET, y por sustitución, del artículo 15.3 del ET.

De igual forma, el artículo 15.1 del ET refuerza las garantías frente a su uso abusivo con la exigencia de justificar en el contrato la “*causa habilitante de la contratación temporal*”. Esta obligación es acompañada en el artículo 15.4 del ET, de la presunción aplicable a aquellas personas trabajadoras con un contrato

² DOUE L 186 de 11 de julio de 2019, pp. 105-121.

³ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

temporal fraudulento, es decir suscrito fuera de los supuestos legalmente señalados, quienes adquirirán la condición de fijas.

- b) Impulso de la contratación fija-discontinua. Como respuesta, el legislador aumenta los límites del contrato fijo-discontinuo a fin de atender a las exigencias de flexibilidad demandadas por las empresas⁴. La intención no es otra que reconducir hacia la contratación fija-discontinua aquellos empleos que se venían desarrollando por la vía de la contratación eventual sin causa⁵, al objeto de configurar un nuevo paradigma de contratación en el que los contratos indefinidos fijos-discontinuos sean la alternativa a la temporalidad injustificada⁶.

En el ámbito de la contratación fija-discontinua, de acuerdo con la tendencia simplificadora de la reforma, se acaba con la poco práctica diferenciación entre contratos fijos-discontinuos y fijos-periódicos existente hasta el momento, en función de la certeza o incertidumbre en la repetición temporal de los periodos de ejecución. Así, se deroga el artículo 12.3 del ET y el reformulado artículo 16 del ET pasa a contemplar ambos contratos bajo una modalidad contractual y régimen comunes, poniendo fin así a la innecesaria disparidad de regulaciones.

Junto con el trabajo fijo-discontinuo previsto para la realización de “*trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada*”, el nuevo artículo 16.1 del ET incorpora una nueva modalidad de contrato fijo-discontinuo prevista para aquellos trabajos que no posean tal carácter pero que “*siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados*”⁷. Con ella, se logra dar cobertura a necesidades de mano de obra muy diversas, convirtiéndose la periodicidad de la prestación extendida en el tiempo en la esencia de la contratación fija-discontinua, con independencia de que esta sea de carácter estacional o de temporada⁸. A su vez, la ampliación del ámbito de aplicación de la contratación fija-discontinua viene dada por su extensión, en el segundo párrafo del artículo 16.1 del ET, a “*la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa*”, así como a las ETT⁹.

2.2. Novedades del contrato fijo-discontinuo en cuanto a transparencia y previsibilidad

El reformado régimen de la contratación fija-discontinua modifica numerosos aspectos de esta modalidad contractual, debiendo detenernos en el análisis de algunos de ellos, aún de forma sumamente breve, pues en mayor o menor medida son determinantes

⁴ Vid. Conde-Ruiz, J. I., y Lahera Forteza, J. “Retos Futuros del Mercado de Trabajo en España”, *Fedea Policy Paper* 5/2023, p. 4. Una mayor flexibilidad interna con mayor capacidad de adaptación a las necesidades empresariales gracias a la cual se logra poner fin a la destrucción sistemática de empleo sufrida en anteriores crisis económicas. Vid. Lahera Fortaleza, J. “La contratación laboral tras un año de reforma”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 4/2023, p.163.

⁵ Vid. López Balaguer, M. “El nuevo contrato fijo-discontinuo”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales* 13/2023, p. 4.

⁶ Vid. Goerlich Peset, J.M, “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 3/2022, p. 61.

⁷ Parte de la doctrina afirma que la inclusión del trabajo fijo-discontinuo intermitente no se trata en realidad de una nueva modalidad, o no constituye una ampliación de los límites de esta modalidad contractual, únicamente supone una “*configuración amplia y agotadora de los supuestos de fijeza discontinua*” a través de la cual “*se cierra toda posible veleidad interpretativa*”. Lousada Arcochena J.F., *El contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2024, p. 25.

⁸ Vid. Goerlich Peset, J.M, “Contrato fijo-discontinuo...”, *op. cit.*, *LABOS* 3/2022, p. 63.

⁹ Tales modalidades no constituyen propiamente supuestos de trabajo estacional o intermitente, pues en estas “*la norma tiene eficacia constitutiva y la discontinuidad se establece por ministerio de la ley*”, dando lugar así a la

de las condiciones de transparencia y previsibilidad en las que estas personas trabajadoras desarrollan su actividad laboral. En este sentido, aquellas cuestiones objeto de análisis son:

- a) Exigencias de forma e información del contrato fijo-discontinuo. La nueva redacción del artículo 16.2 ET señala que el contrato fijo-discontinuo “*se deberá formalizar necesariamente por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria*”, aunque éstos últimos podrán figurar “*con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento*”. La reformulación de este apartado no constituye una modificación destacable, pues se hace referencia a aspectos ya previstos con anterioridad. En este sentido, el deber de informar sobre “*los elementos esenciales de la actividad laboral*”, más allá de los expresamente fijados, constituye la principal novedad. Cabe lamentar el fin de la obligación de informar acerca del “*orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable*”, una incomprensible reducción de la garantía de transparencia que la reforma pretende reforzar¹⁰.
- b) Exigencia de forma e información del llamamiento. La nueva redacción del artículo 16.3 ET señala que el llamamiento deberá llevarse a cabo “*por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada*”. La reformulación de este apartado sí constituye una novedad destacable con respecto a la regulación anterior, pues ésta simplemente remitía al convenio colectivo aplicable, sin recoger requisitos de forma e información legalmente exigibles. De este modo, la nueva redacción refuerza la seguridad, tanto para la empresa, quien puede demostrar que ha cumplido con su deber de llamamiento, como para la persona trabajadora, al permitirle tener perfecto conocimiento de aspectos esenciales como el plazo de incorporación, el puesto que desempeñará o el lugar de trabajo¹¹.
- c) Criterios de llamamiento para la incorporación al trabajo. La nueva redacción del artículo 16.3 ET señala que “*mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas*”. De este modo, el legislador continúa dejando en manos de la negociación colectiva su fijación, vital en términos de transparencia y previsibilidad, obviando la fijación de un régimen legal supletorio¹². Por el momento, la norma solo establece como limitación que los criterios han de ser “*objetivos y formales*”, en aras a evitar parámetros arbitrarios y discriminatorios¹³. Asimismo, el legislador introduce la obligación

diferenciación entre “*discontinuidad real*” y “*discontinuidad ficticia*”. Lousada Arochena J.F., *El contrato fijo discontinuo...* op.cit. p. 21.

¹⁰ La obligación de incluir en el contrato el orden de llamamiento otorgaba cierta seguridad a las personas incluidas en las bolsas de fijos-discontinuos, si bien los contratos podrán seguir incluyendo esta información. Vid. López Balaguer, M. “El nuevo contrato...”, *op. cit.*, RDS 13/2023, p. 18.

¹¹ Vid. Gorelli Hernández, J. “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 161/2022, p. 237.

¹² La remisión a la norma paccionada resulta criticada por parte de la doctrina, al entender que ello puede conducir hacia una situación de inseguridad jurídica, especialmente en caso de “*vacío convencional*” al respecto. Vid. Lahera Fortaleza, J. “La contratación...”, *op. cit.*, LABOS 4/2023, p.166; Martínez Barroso, M. D. L. R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral. Revista española de derecho del trabajo”, *Revista española de derecho del trabajo* 251/2022, p. 31.

¹³ Dejar al arbitrio empresarial plenamente la decisión acerca de tales criterios de llamamiento podría ocasionar la negación del derecho al trabajo de la persona trabajadora fija-discontinua. Vid. Gorelli Hernández, J. “El nuevo régimen...” *op. cit.*, TL 161/2022, p. 239.

de trasladar a la representación legal de los trabajadores un “*calendario con las previsiones de llamamiento anual o, en su caso, semestral*” de acuerdo con los criterios de llamamiento fijados, extendiendo así la garantía de transparencia más allá del contrato y del propio llamamiento.

Por su parte, el artículo 16.5 del ET deja un amplio margen de decisión a la negociación colectiva sectorial en cuanto a la adopción de medidas relacionadas con las condiciones de transparencia y previsibilidad. En este sentido, contempla la posibilidad de recoger por esta vía “*la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo*”, permitiéndole así tener acceso a una relación de personas fijas-discontinuas que serán llamadas siguiendo los criterios de llamamiento. De igual forma, se contempla la posibilidad de que la negociación sectorial incluya “*un periodo mínimo de llamamiento anual*” en pro de una mayor seguridad para las personas trabajadoras.

2.3. Efectos de la reforma tras su entrada en vigor: ¿mejora en materia de precariedad?

Pasados dos años y medio desde la entrada en vigor de la reforma, el análisis de la estadística de contratos elaborada por el SEPE¹⁴ evidencia que ésta ha logrado alcanzar su objetivo de reducir el exceso de temporalidad. Así, se observa una reducción significativa del número de contratos temporales, que pasaron de 17.030.166 en 2021 a 7.851.174 en 2023, acompañada del aumento exponencial de la contratación indefinida, que pasó de constituir 1.226.736 contratos en 2021 a 6.113.022 en 2023, siendo para ello determinante el impulso de los contratos fijos-discontinuos¹⁵.

Sin embargo, el cambio legislativo no ha conseguido que la contratación indefinida desplaze a la temporal como modalidad de contratación más habitual tras la reforma. El estudio comparativo entre los meses de marzo de 2021 y 2024 permite observar que, mientras que en 2021 los contratos indefinidos constituyeron el 7,32% del total de los suscritos, tres años después la contratación indefinida ascendió hasta un 43,10%. Este aumento es acompañado del descenso en el número de contratos temporales, que pasan de constituir el 91,48% de los contratos suscritos en 2021 al 50,24% 2024 un porcentaje que sigue siendo superior al de la contratación indefinida.

Si bien el impulso de la contratación fija-discontinua ha permitido reducir la temporalidad, no es posible afirmar que este descenso haya venido acompañado de una mejora en términos de precariedad laboral, pues la reforma no ha logrado mejorar la intensidad del empleo o la calidad del mismo. El motivo principal radica en las prácticas empresariales adoptadas tras la considerable ampliación del contrato fijo-discontinuo, cuyas nuevas modalidades pueden provocar en muchos casos una importante flexibilización con efectos, tanto en la cantidad de horas de trabajo garantizadas y retribuciones salariales, como en la intermitencia e imprevisibilidad de la actividad.

Tras la reforma operada por el RDL 32/2021, muchas personas fijas-discontinuas continúan experimentando elevadas dosis de precariedad dada la escasa cuantía de trabajo mínimo garantizado, los bajos salarios, los elevados periodos de inactividad o la volatilidad de los perdidos de ejecución. Por este motivo, la mirada se centra ahora en la calidad real de los contratos fijos-discontinuos, caracterizados por constituir una especie de “*estabilidad precarizada*”, especialmente en el trabajo fijo-discontinuo intermitente

¹⁴ Datos estadísticos de contratos ofrecidos por el SEPE en este [enlace web](#). Fecha de consulta: 16/08/2024.

¹⁵ Para un estudio detallado de la evolución de la contratación laboral tras la reforma laboral operada por el RDL 32/2021. *Vid.* Alujas Ruiz, J. A., “Efectos de la reforma laboral de 2021 sobre la contratación y la temporalidad” *CEF: Revista de Trabajo y Seguridad Social* 475/2023, pp. 75-106.

cuya tónica son los periodos de actividad cortos y muy discontinuos¹⁶. Así, las prácticas empresariales adoptadas por la reforma han provocado que la fórmula utilizada por el legislador, en lugar de colocar al contrato fijo-discontinuo como una forma de transición hacia la contratación indefinida ordinaria, tal y como se preveía en un principio, finalmente haya provocado que éste absorba gran parte de la precariedad asociada a los desaparecidos contratos eventuales por obra y servicio.

Por su parte, tras la reforma la precariedad también ha alcanzado a la previsibilidad de los tiempos de trabajo. Ello se observa principalmente el nuevo contrato fijo-discontinuo intermitente, de modo particular cuando sus periodos de trabajo se tornan inciertos al no ser determinados desde un principio por la empresa, sin contar la persona trabajadora con un mínimo de previsibilidad en lo que a la pauta de reiteración de los mismos se refiere. Esta situación dibuja la “*imagen de la nueva precariedad*”¹⁷ en la que muchas personas fijas-discontinuas ven confundidos los límites entre su vida social, familiar y laboral, tornándose harto difícil lograr conjugarlas satisfactoriamente dada la constante disponibilidad a la que este tipo de contratos los somete. Como consecuencia, parece lógico incluir dentro del amplio concepto de “*patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible*”¹⁸ introducido por la Directiva 2019/1152 este tipo de contratos fijos-discontinuos, caracterizados por la inexistente organización temporal del trabajo, lo que a su vez los convierte en destinatarios de las garantías de transparencia y previsibilidad previstas en la norma europea para este tipo de empleos.

3. LA TRANSPOSICIÓN PENDIENTE DE LA DIRECTIVA 2019/1152: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA EL TRABAJO-FIJO DISCONTINUO?

3.1. Novedades introducidas por la Directiva 2019/1152 en materia de tiempo de trabajo

En junio de 2019 se adopta la Directiva 2019/1152. La norma nace como garantía de un empleo más seguro y predecible, motivo por el cual fija desde un principio como su principal objetivo “*mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores*”, reflejo de su “*alma dual*”¹⁹.

La Directiva 2019/1152 reconoce que la aparición de nuevas formas de empleo alejadas de las relaciones tradicionales, como el trabajo “*a demanda*” desarrollado en plataformas o el contrato de “*cero horas*”, generan una considerable incertidumbre a las personas trabajadoras con este tipo de contratos (considerando 35). En este contexto, incrementa considerablemente la información que debe ser trasladada a la persona trabajadora, dedicando un apartado específico a aquellos empleos con “*patrón de trabajo*

¹⁶ Como resultado, muchas personas fijas-discontinuas declaran encontrarse en una situación de precariedad idéntica a la propia de la contratación temporal, y alejada de la que experimentan aquellas con un contrato indefinido ordinario. Vid. Estudio de negociación colectiva CCOO “La influencia de la negociación colectiva en el bienestar laboral, la precariedad laboral, el compromiso y el rendimiento en el trabajo”, 2023, p. 20.

¹⁷ Conformada en su mayoría por trabajos de pocas horas y con jornadas fragmentadas o con periodos de trabajo inciertos. Vid. Serrano Olivares, R., “La ordenación del tiempo de trabajo y el derecho al tiempo. Reflexiones sobre algunas desigualdades en el uso del tiempo de trabajo”. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales* 9/2024, p. 36.

¹⁸ El artículo 2.c) de la Directiva 2019/1152 define ampliamente el patrón de trabajo como “*la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador*”.

¹⁹ Vid. Elorza-Guerrero, F., “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 168/2023, p. 71.

total o mayoritariamente imprevisible". Para éstos, el artículo 4.2 m) de la norma europea incorpora el deber de otorgar una información más completa que permita condicionar la potestad del empleador para imponer la realización de este tipo de trabajos²⁰. Así, en estos casos, "el empleador informará al trabajador sobre:

- I. *el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas,*
- II. *las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje,*
- III. *el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3."*

Por su parte, el artículo 10 de la Directiva 2019/1152, queda exclusivamente dedicado a aquellos empleos que presentan un "patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible". En aras a dotar este tipo de trabajo de un nivel mínimo de previsibilidad, este artículo declara la imposibilidad de obligar a trabajar a la persona trabajadora "a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) *el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso ii),*
- b) *y el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable (...) "*²¹.

En caso de no respetarse una o ambas condiciones, el apartado segundo declara que la persona trabajadora "tendrá derecho a rechazar la tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables", un *ius resistentiae* que impide a la empresa sancionar disciplinariamente al trabajador o despedirlo a causa de la negativa a realizar el trabajo²². Asimismo, el apartado tercero incorpora la posibilidad de que la empresa cancele el trabajo, siempre y cuando lo haga dentro del plazo de preaviso fijado, pues fuera del mismo la cancelación supondrá el correlativo deber de indemnizar a la persona trabajadora.

Por último, el artículo 11 de la Directiva 2019/1152 recoge una serie de medidas complementarias dirigidas a los "contratos de trabajo a demanda o similares" al objeto de evitar el desarrollo de prácticas abusivas en el uso de los mismos²³. Tales medidas se identifican con:

- a) *limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares;*

²⁰ La imprevisibilidad total o mayoritaria del patrón de trabajo de las prestaciones es compensada con requisitos mínimos de información más exigentes que favorecen la previsibilidad. *Vid.* Canalda Criado, S., "La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral", *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social* 440/2024, p. 174.

²¹ Así, el deber de trabajar sólo concurre cuando la tarea tenga lugar en las horas y días de referencia señalados y siempre que la persona trabajadora sea informada con una antelación razonable. *Vid.* Argüelles Blanco, A.R., "Previsibilidad y transparencia de los tiempos de trabajo en la Directiva 2019/1152", *NET 21* 10/2022, p. 4.

²² En efecto, esta garantía implica la nulidad del despido en caso de que éste se haya producido como consecuencia de la negativa de la persona trabajadora a la realización de la tarea asignada. *Vid.* Fotinopoulou Basurko, O., "Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* 13/2021, p.10.

²³ La previsión de un artículo específico para el trabajo "a demanda o similares" refleja la importancia que la norma europea atribuye a estas formas de empleo caracterizadas por su imprevisibilidad, generadoras de "en una situación especialmente vulnerable" para la persona trabajadora (Considerando 12. *Vid.* Mercader Uguina J.R., "Los tiempos

- b) *una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado;*
- c) *u otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas.*

3.2. Proyectos de transposición adoptados: abandono del contrato fijo discontinuo

La Directiva 2019/1152 establece que su transposición no podrá demorarse más allá del 1 de agosto de 2022, fecha en la que los Estados miembros ya debían haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a sus disposiciones. Sin embargo, pasados más de dos años desde la expiración del plazo concedido a tal efecto, la norma europea aún no ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento laboral, a pesar de que no han faltado iniciativas al respecto, todas fallidas, de momento: un primer Anteproyecto de Ley de 2022; un segundo Proyecto de Real Decreto de 2023; hasta llegar al final Proyecto de Ley adoptado el pasado 16 Febrero de 2024²⁴.

Si bien los distintos proyectos de transposición prevén la introducción en nuestra legislación laboral de muchas de las novedades incluidas en la Directiva 2019/1152, éstos adolecen de una limitada proyección en términos de condiciones laborales relacionadas con la previsibilidad del tiempo de trabajo²⁵. En este sentido, destaca la ausencia del nuevo contrato fijo-discontinuo, una omisión sorprendente pues, tal y como se ha indicado *ad supra*, su nueva modalidad prevista para trabajos “*de prestación intermitente*”, responde al concepto de “*patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible*” incorporado por la norma europea.

El legislador hasta el momento limita la aplicación de las novedades introducidas por el artículo 10 de la Directiva 2019/1152 al incremento de la previsibilidad en la regulación de las horas complementarias del contrato a tiempo parcial. En este sentido, introduce la exigencia de que el pacto de horas complementarias contenga la “*indicación de los días y las horas de referencia*” en los que la empresa puede “*solicitar los servicios de la persona trabajadora*” (artículo 12.5.c. ET); así como su derecho a ser indemnizada en caso de que la empresa cancele la tarea asignada fuera del plazo de preaviso legalmente fijado (artículo 12.5.d. ET).

3.3. Algunas propuestas de transposición aplicadas al contrato fijo-discontinuo

3.3.1. En materia de información a la persona trabajadora

Como se ha indicado *ad supra*, el artículo 16.2 del ET es el encargado de fijar qué información debe ser proporcionada a la persona fija-discontinua al momento de formalización del contrato. Sus exigencias de información pueden dividirse en dos obligaciones con distinto alcance:

- a) Un deber de información genérico, referido al deber de la empresa de informar sobre “*los elementos esenciales de la actividad laboral*”.

de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos”, *Documentación laboral* 122/2021, p.15.

²⁴ BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 8-1, de 16/02/2024.

²⁵ Escaso alcance en la transposición que reprochado por la doctrina al legislador, quién debería haber agregado las novedades de la norma europea también al contrato fijo-discontinuo. *Vid.* Pastor Martínez, A., “Algunas cuestiones sobre el proyecto de Ley de Transposición de la Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles y el contrato fijo discontinuo”, *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball* 2/2024, p.4.

- b) Un deber de información específico, identificado con el deber de informar sobre “*la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria*”.

El análisis de ambos deberes requiere de su comparativa con el contenido del artículo 4.2.m) de la Directiva 2019/1152, al objeto de determinar hasta qué punto éstos cumplen con las exigencias de información específicamente previstas para este tipo de empleos con un “*patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible*”.

El genérico deber de informar a la persona trabajadora acerca de las “*condiciones esenciales de la relación laboral*”, se encuentra estrechamente vinculado a la obligación de informar sobre “*los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución*” del artículo 8.5 del ET. Este deber es desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto-ley 1659/1998²⁶, cuyo artículo segundo fija los aspectos concretos sobre los que se ha de informar a la persona trabajadora, ampliados por los distintos proyectos de ley gracias a la incorporación de las exigencias del artículo 4.2. de la Directiva 2019/1152. Así, una vez se efectúe la transposición, la empresa deberá informar a la persona fija-discontinua sobre todos los aspectos contenidos en la misma²⁷. Sin embargo, esto aún no ha ocurrido, por lo que no es posible afirmar que gracias a éste genérico deber el artículo 16.2 del ET cumpla con las exigencias de información previstas por la norma europea para los empleos con mayor imprevisibilidad en cuanto a los tiempos de trabajo.

Afirmación que sería incluso difícil sostener en caso de que la Directiva 2019/1152 hubiese sido traspuesta a nuestro ordenamiento, pues el legislador no identifica los contratos fijos-discontinuos “*de prestación intermitente*” con un “*patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible*”. Ello deja al arbitrio empresarial la consideración de que la relación laboral que se suscribe presenta tales características, lo que en muchos casos llevaría al incumplimiento de las exigencias informativas previstas en el artículo 4.2.m). Sin embargo, la interpretación *sensu contrario* de la definición de “*condiciones de trabajo previsibles*” del futuro artículo 8.6 del ET²⁸ podría provocar que esta desprotección no fuera tal, pues sí conduciría a la mencionada identificación, obligando a la empresa a incorporar en el contrato las exigencias informativas del artículo 4.2.m) de la Directiva 2019/1152.

De todos modos, se trata de una vía demasiado intrincada o confusa para poder extraer conclusiones acerca del ajuste, en cualquier caso futuro, del artículo 16.2 del ET a las exigencias de información contempladas por la norma europea para estas formas de empleo dotadas de mayor incertidumbre. Por este motivo, las propuestas de transposición que a continuación se exponen, se dirigen a incorporar de forma expresa las exigencias de información contenidas en el artículo 4.2.m) de la Directiva 2019/1152 al artículo 16.2 del ET, reforzando así el deber de informar sobre aspectos específicos de la relación laboral.

Por su parte, el específico deber de informar a la persona fija-discontinua sobre “*la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria*”, requiere del análisis individualizado de su comparativa con los principales elementos acerca de los

²⁶ BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1998.

²⁷ Transposición que aún parece lejana pues el último Proyecto de Ley de febrero de 2024 ni siquiera incorpora las novedades en materia de información del artículo 4.2 de la Directiva 2019/1152 al Real Decreto-ley 1659/1998, como si hacían sus antecesores. En este sentido, se limita a señalar que el Gobierno procederá a su modificación “*antes del 1 de agosto de 2024*” (disposición final cuarta).

²⁸ Los proyectos de transposición incorporan un nuevo artículo 8.6 en el ET, en virtud del cual existen condiciones de trabajo previsibles cuando “*la persona trabajadora conozca o pueda conocer de antemano de manera efectiva y por escrito, durante todo el periodo al que se extiende la prestación de servicios, su pauta de trabajo o, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar*”.

cuales el artículo 4.2.m) de la Directiva 2019/1152 exige informar en caso de “*patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible*”. Éstos se identifican con:

- a) Deber de informar sobre la “*cantidad de horas pagadas garantizadas*”. La actual redacción del artículo 16.2 ET cumple, más solo parcialmente, con esta exigencia de información, entendida como garantía de una cantidad mínima de horas de trabajo. Así, mientras que la Directiva 2019/1152 contempla este deber en términos absolutos, es decir, sin dejar la puerta abierta a la posterior concreción, el ET sí prevé la posibilidad de que “*la duración del periodo de actividad*”, figure en el contrato de forma estimada, pudiendo concretarse en el llamamiento.

De esta forma, la actual redacción incorpora una garantía de información meramente relativa en tanto no permite a la persona fija-discontinua conocer con certeza el número de horas de trabajo garantizadas *ab initio*, sino una simple aproximación que resultará actualizada y concretada en los sucesivos llamamientos. A mi juicio, hubiese resultado más adecuado optar por el tenor de la Directiva 2019/1152, incorporando al artículo 16.2 del ET el deber de fijar en el contrato de forma precisa la “*duración de los periodos de actividad*”, sin posibilidad de concreción posterior. Ello permitiría conocer el número de horas de trabajo desde el mismo momento de formalización del contrato, frente al amplio margen que actualmente posee la empresa en este ámbito.

- b) Deber de informar sobre “*las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje*”. Exigencia de información que es posible identificar en el contrato fijo-discontinuo con la previsión acerca de cuándo van a tener lugar los periodos de actividad y cuáles van a ser las condiciones de jornada y distribución horaria dentro de los mismos. En este sentido, un mejor análisis precisa de la diferenciación entre los conceptos “*horas de referencia*” y “*días de referencia*”.
- c) En cuanto a las “*horas de referencia*”. El artículo 16.2 del ET, señala el deber de informar, aún de forma estimada acerca de “*la jornada y su distribución horaria*”, lo que permite afirmar que nuestro ordenamiento ya prevé en el contrato fijo-discontinuo esta exigencia de información. Así, la persona trabajadora ha de conocer desde un inicio, aún de forma referencial y sin perjuicio de su concreción en el llamamiento, cuál será su jornada y su distribución horaria durante los diferentes periodos de ejecución.
- d) En cuanto a los “*días de referencia*”. Su interpretación aplicada al contrato fijo-discontinuo conduce a entender esta expresión como los días, semanas o, en su defecto, meses determinados en los que la persona trabajadora puede ser llamada. En este caso, si bien el artículo 16.2 del ET, señala el deber de informar acerca de la “*duración del periodo de actividad*”, nada indica sobre el momento en qué este podrá producirse. De este modo, las personas fijas-discontinuas, contratadas para cubrir “*prestaciones intermitentes*” con periodos de actividad indeterminados, desconocen cuándo serán llamadas al trabajo, dada la amplia flexibilidad empresarial para realizar llamamientos atendiendo únicamente a sus necesidades productivas u organizativas.

La transposición de la Directiva 2019/1152 exige poner fin a estas situaciones de incertidumbre. En este sentido, una solución pasaría por incorporar al artículo 16.2 del ET la exigencia de informar, a modo de referencia, sobre “*los días, semanas o, en su defecto meses determinados en los podrán tener lugar los periodos de actividad*”, sin perjuicio de concreción en el llamamiento. De este

modo, la empresa no podría requerir a la persona trabajadora fuera de los periodos señalados o ésta podría negarse a trabajar sin sufrir consecuencias desfavorables, tal y como se analizará *ad infra* con el análisis del artículo 10.2 de la Directiva 2019/1152.

- e) Deber de informar sobre “*el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea*”. El artículo 16.3 del ET, indica que el llamamiento ha de producirse “*con una antelación adecuada*”²⁹, más guarda silencio acerca de un plazo mínimo de preaviso determinado³⁰. Ante esta ausencia, sería adecuado fijar un periodo mínimo de preaviso de carácter supletorio que deba ser respetado en todo caso al momento del llamamiento, sin perjuicio de que pueda acordarse otro superior vía negociación colectiva. Al igual que en el caso anterior, si la persona trabajadora es requerida sin observar esta antelación mínima, tendrá derecho a rechazar el llamamiento sin sufrir represalias. Una vez fijado este periodo mínimo de preaviso, el cumplimiento del artículo 4.2.m) de la Directiva 2019/1152, requerirá la adición al artículo 16.2 del ET del deber empresarial de informar en el contrato sobre el mismo.

Para determinar su duración, puede resultar útil acudir a los ya previstos en nuestro ordenamiento laboral. Así, en la distribución irregular de jornada el artículo 34.2 del ET señala “*un preaviso mínimo de cinco días*”. Por su parte, para la realización de horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, el artículo 12.5 del ET señala “*un preaviso mínimo de tres días*”. De igual forma, la jurisprudencia del orden social se ha pronunciado sobre este asunto, concretamente la Sala de lo Social de la AN declaró en 2022 la imposibilidad de contratar personas fijas-discontinuas para cubrir prestaciones con un plazo de preaviso inferior a 48 horas³¹.

3.3.2. En materia de previsibilidad de los tiempos de trabajo

Tal y como se ha indicado a lo largo del presente estudio, algunas modalidades de trabajo fijo-discontinuo, en particular el intermitente con periodos de ejecución indeterminados, presentan un “*patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible*”. Ello provoca que las previsiones del artículo 10 de la Directiva 2019/1152 deban ser aplicadas a esta modalidad contractual, al objeto de dotarla de un nivel de previsibilidad mínimo³². En concreto, este artículo reconoce el derecho a rechazar la tarea asignada fuera de las horas y días de referencia y/o el plazo mínimo de preaviso, en su apartado segundo; y el derecho a ser indemnizado en caso de cancelación extemporánea por la empresa, en el apartado tercero.

²⁹ Inconcreción que el artículo 16.3 del ET comparte con el artículo 10.1 de la Directiva 2019/1152, el cual se limita a señalar que la persona trabajadora ha de ser informada de la tarea asignada “*con un preaviso razonable*”. Vid. Ordoñez Pascua, N. “El contrato fijo-discontinuo: presupuestos, revisión y balance un año después de la reforma laboral”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* 7/2023, p.78.

³⁰ Ello abre la puerta a “*llamamientos sorpresivos*” que comprometen la capacidad de la persona trabajadora para reincorporarse al trabajo, dada la inmediatez entre el momento de llamamiento y el comienzo de la prestación Vid. Gorelli Hernández, J. “El nuevo régimen...”, *op. cit.*, TL 161/2022, p. 237.

³¹ SAN 162/2022, de 5 de diciembre. La exigencia de previsibilidad mínima propia del contrato fijo-discontinuo impide que ésta sea empleado para atender llamamientos “*sorpresivos*”, de modo que el periodo de preaviso deberá ser como mínimo de 48 horas. Vid. Lopez Balaguer, M.L., “El contrato fijo discontinuo: nuevo tratamiento legal y convencional y primeros problemas de aplicación práctica”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo* 2/2023, p.103

³² Actuación también necesaria en materia de prevención de riesgos laborales, pues una deficiente organización y ordenación del tiempo de trabajo puede ser un factor de riesgo psicosocial al dificultar la conciliación entre la vida laboral y personal. Vid. Argüelles Blanco, A.R., “Previsibilidad...”, *NET* 21 10/2022, p.3; Pastor Martínez, A., “Algunas cuestiones...”, *op. cit.*, *IUSLabor*, p.1.

- a) En cuanto al derecho a rechazar de la tarea asignada fuera de las horas y días de referencia y/o el plazo mínimo de preaviso fijados. El artículo 12.5.f) del ET, sobre las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, reconoce la “negativa del trabajador” ante el incumplimiento de las condiciones de realización de las mismas por parte de la empresa, sin que ello constituya una “conducta laboral sancionable”. Por el contrario, nada señala el artículo 16 del ET sobre este ius resistendae en relación al contrato fijo-discontinuo. Por ello, la transposición de la Directiva 2019/1152 requerirá incluir en este contrato la posibilidad de rechazar el llamamiento, si éste se produce sin respetar las garantías de previsibilidad del artículo 10.1 de la norma europea, es decir, fuera de las “horas y días de referencia” y/o del “período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador”, sin sufrir represalia alguna.
- b) En cuanto al derecho a obtener una indemnización en caso de cancelación de la tarea asignada fuera del plazo de preaviso fijado. Los distintos proyectos de ley acaban con la desprotección de las personas trabajadoras a tiempo parcial frente a la cancelación de horas complementarias fuera del plazo de preaviso fijado, reconociendo su derecho a ser compensadas. Así, el futuro artículo 12.5.d) del ET señala que “*en el caso de cancelación total o parcial por parte de la empresa*”, la persona trabajadora mantendrá su derecho “*a la retribución correspondiente*”³³.

En cambio, el artículo 16 del ET nada señala sobre la cancelación extemporánea del llamamiento por la empresa, por lo que esta situación de vulnerabilidad continúa aún presente en las personas fijas-discontinuas. Por tanto, resulta imprescindible incorporar esta garantía reconocida en el artículo 10.3 de la Directiva 2019/1152 al régimen del contrato fijo-discontinuo. Una labor legislativa que, a mi juicio, debería articularse en dos fases diferenciadas:

- c) Fijación de un plazo mínimo de preaviso para la cancelación del llamamiento. Este deber actúa como *conditio sine qua non* para el establecimiento del derecho de la persona fija-discontinua a ser indemnizada en caso de cancelación extemporánea. En este sentido, el legislador debería introducir en el artículo 16.3 del ET un plazo mínimo de preaviso para la cancelación de obligado cumplimiento para la empresa, sin perjuicio de que vía negociación colectiva se acuerde otro superior. Una vez fijado este periodo mínimo para la cancelación, el cumplimiento del artículo 4.2.m) de la Directiva 2019/1152, requerirá la adición al artículo 16.2 del ET del deber empresarial de informar en el contrato sobre el mismo.

El mencionado artículo 12.5.d) del ET no fija un plazo mínimo específico para la cancelación, identificando éste con el previsto para informar sobre la realización de horas complementarias. Una técnica que debería ser imitada en el contrato fijo-discontinuo, pues impide a la empresa cancelar el llamamiento transcurrido el periodo mínimo de preaviso fijado para realizarlo, protegiendo así a la persona trabajadora frente a cancelaciones “*sorpresivas*”.

- d) Fijación de una indemnización para la persona trabajadora. El artículo 16.3 del ET reconoce el derecho de la persona fija-discontinua a “*ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento*”, dentro de los cuales se incluyen tanto el llamamiento irregular como la ausencia

³³ Así es como resuelve el legislador la fijación de derecho de la persona trabajadora a ser indemnizada en caso de cancelación extemporánea de la tarea asignada establecido por la Directiva 2019/1152. *Vid.* Elorza-Guerrero, F., “La Directiva...”, *op. cit.*, TL 168/2023, p. 89.

del mismo³⁴. En este sentido, una interpretación extensiva del concepto “*incumplimientos relacionados con el llamamiento*” permitiría integrar su cancelación extemporánea dentro de tales supuestos, en cuyo caso la persona fija-discontinua tendría derecho a ejercitar ante el orden social “*las acciones que procedan*”.

Sin embargo, esta interpretación es insuficiente para entender cumplida la exigencia del artículo 10.3 de la Directiva 2019/1152 de “*garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela*” sin atender al plazo de cancelación fijado, pues solo implica el reconocimiento del derecho a reclamarla, no a obtenerla, lo que corresponde en última instancia al poder judicial. En este sentido, el legislador debería contemplar de forma expresa el derecho de la persona fija-discontinua a obtener una indemnización fijada legalmente en estos casos³⁵. Podría optarse por una solución similar a la prevista en el ya mencionado artículo 12.5. d) del ET, el cual prevé a modo de indemnización el derecho a “*obtener la retribución correspondiente*”.

A su vez, la nueva configuración del contrato fijo-discontinuo ha provocado su proximidad a formas de empleo como los contratos “*a demanda*” propios del trabajo desarrollado en plataformas. Los altos niveles de imprevisibilidad derivados de la excesiva disponibilidad a la queda sujeta la persona trabajadora, dada la incertidumbre acerca de cómo y cuándo se producirá el llamamiento, convierten al contrato fijo-discontinuo en una de las modalidades contractuales más próximas al trabajo “*a demanda*” de nuestro ordenamiento laboral³⁶. Tales semejanzas permiten estimar que las medidas recogidas en el artículo 11 de la Directiva 2019/1152 para “*el uso de contratos de trabajo a demanda o similares*” pueden ser aplicadas en la contratación fija-discontinua al objeto de evitar su utilización abusiva.

Sin embargo, los distintos proyectos de transposición dejan escapar la oportunidad de aplicar las medidas del artículo 11 de la Directiva 2019/1152 u otras similares, no solo al contrato fijo-discontinuo, sino también al régimen de horas complementarias del contrato a tiempo parcial³⁷. Así, en aras a garantizar el efecto útil de la norma europea, el legislador debería incorporar alguna de estas medidas que, al igual que las previstas en el artículo décimo, persiguen aumentar la previsibilidad de la relación laboral.

³⁴ No todos los incumplimientos se identifican con la falta injustificada de llamamiento. Pueden deberse a un incumplimiento del orden, la garantía mínima de llamamiento; o su ausencia justificada por causas objetivas, en cuyo caso la persona trabajadora podrá ejercer acciones distintas al despido. De ahí el cambio del artículo 16.3 del ET hacia la expresión “*las acciones que procedan*”. Vid. López Balaguer, M. “El nuevo contrato...”, *op. cit.*, RDS 13/2023, p. 21.

³⁵ Una indemnización que, a juicio de parte de la doctrina, debería ser suficientemente alta para compensar a la persona trabajadora por la disponibilidad de su tiempo ya comprometido. Vid. 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: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 149/2019, p. 93.

³⁶ Vid. Monreal Bringsvaerd, E. “Las causas del contrato temporal por circunstancias de la producción y del contrato fijo discontinuo: problemas de seguridad jurídica”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* 62/2022, p. 66. No es posible afirmar que la nueva configuración del trabajo fijo-discontinuo haya abierto la puerta de nuestro ordenamiento laboral a estos contratos “*a demanda*” o de “*cero horas*”, manteniéndose así la jurisprudencia del TS previa a la reforma que rechaza su legalidad. Lousada Arochena J.F., *El contrato fijo discontinuo...* op.cit. p. 24.

³⁷ El contrato a tiempo parcial con horas complementarias también presenta similitudes con el trabajo “*a demanda*”, motivo por el que el artículo 11 de la Directiva 2019/1152 debe también alcanzarlo. Algunos autores defienden la sujeción del uso de las horas complementarias a condiciones de causalidad. Vid. Martínez Yáñez, N. M., “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* 78/2021, p.18.

Dentro de las medidas contempladas en el artículo 11.a) de la Directiva 2019/1152 dirigidas a establecer “*limitaciones de uso*” en los contratos “*a demanda o similares*”, una posibilidad sería incorporar al artículo 16.1 del ET el deber empresarial de fijar con precisión en los contratos fijos-discontinuos “*de prestación intermitente*” las causas o circunstancias específicas que determinan la discontinuidad de la prestación. La medida emplearía una técnica similar a la aplicada por el RDL 32/2021 al artículo 15.1 del ET, con la intención de reducir los espacios del contrato eventual, según la cual “*será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal*”, así como “*las circunstancias concretas que la justifican*”. De este modo, la empresa se vería obligada a justificar que el contrato fijo-discontinuo no se está utilizando para satisfacer necesidades fijas pero realmente continuas dentro de la empresa, desvinculándolas de forma fraudulenta del contrato indefinido ordinario, al que la contratación fija-discontinua parece estar desplazando³⁸. Asimismo, se garantizaría que la intermitencia de la prestación no quede en manos de la libre voluntad empresarial, empeñada en convertir en discontinuo lo que no es, dada la obligatoriedad de justificar la concurrencia de una razón objetiva que justifique esta alternancia entre períodos de actividad e inactividad³⁹.

Sin embargo, puede resultar difícil identificar si la empresa ha cumplido satisfactoriamente con esta exigencia, dadas las dificultades interpretativas derivadas de la falta una definición legal que permita identificar cuándo es posible entender que una prestación, no estacional o de temporada, puede ser intermitente. Ello podría provocar que esta medida viera en cierto modo limitada su eficacia, dadas los problemas que podrían surgir en la delimitación de esta modalidad de contrato fijo-discontinuo respecto del indefinido ordinario. En este contexto, resulta de gran utilidad acudir a la jurisprudencia del TS acerca del contrato fijo-discontinuo, la cual ha señalado como sus elementos definitorios: la imposibilidad de que dependa de la decisión unilateral de la empresa; la exigencia de que la discontinuidad sea conocida en el sector; así como de que ésta dependa de factores objetivos⁴⁰.

Las transformaciones masivas de contratos temporales en fijos-discontinuos tras la reforma, ha derivado en muchos casos en el uso abusivo de esta última modalidad de contratación, empleada para ocultar verdaderos trabajadores indefinidos ordinarios. Así lo reflejan los datos de la Inspección de Trabajo, según los cuales el pasado año tuvieron lugar 53.000 regularizaciones de contratos fijos-discontinuos fraudulentos, frente a las 17.000 de falsos autónomos⁴¹.

En este contexto, dentro de la referencia que el artículo 11.c) de la Directiva 2019/1152 realiza a “*otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas*”, podría optarse por sancionar a la empresa con la automática conversión del contrato fijo-discontinuo en indefinido ordinario, en caso de

³⁸ La ampliación del contrato fijo-discontinuo, provoca ha desplazado en parte a la indefinida ordinaria, pues muchas empresas presentan fluctuaciones que pudieran cubrirse con contratos fijos-discontinuos, lo que supone trasladar parte del riesgo empresarial derivado de la explotación del negocio a las personas trabajadoras. *Vid.* Serrano Olivares, R., “La ordenación...”, *AIETRL* 9/2024, p. 39.

³⁹ En el contrato fijo-discontinuo no cabe la mera discrecionalidad de la parte empleadora pues su margen de decisión se encuentra limitado a la existencia de razones objetivas que justifiquen su uso. *Vid.* Lopez Balaguer, M.L., “Trabajo fijo discontinuo y precariedad: algunas disfuncionalidades en el régimen jurídico de un modelo contractual renovado”, *NET* 21 17/2024, p. 1. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, señalando la imposibilidad de utilizar el contrato fijo-discontinuo para prestaciones permanentes y ordinarias. *Vid.* SAN 19/2023, de 21 de febrero; STSJ de Madrid 136/2023, de 4 de octubre.

⁴⁰ STS, Sala Social, núm. 971/2017 de 19 de febrero de 2019.

⁴¹ *Vid.* Pascual Cortés, R. “La Inspección de Trabajo regulariza 17.500 falsos autónomos y 53.000 fijos discontinuos fraudulentos”, *El País*, 2 de agosto de 2023. Disponible en este *enlace web*. Fecha de consulta: 31/08/2024.

que éste incumpla las previsiones del artículo 16.1 del ET. Ello supondría establecer una presunción *iuris et de iure* en favor de ésta última modalidad contractual, a través de la cual no sólo se castigaría el uso fraudulento del contrato fijo-discontinuo para la realización de prestaciones que en realidad no presentan tal carácter, sino también la ausencia en el contrato de las causas determinantes de la discontinuidad de la prestación, o incluso su consignación de forma excesivamente genérica. De este modo, se seguiría la técnica aplicada por el RDL 32/2021 al reformulado artículo 15.4 del ET para el contrato temporal, el cual dispone que “*las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas*”, sin posibilidad de prueba en contrario, como refuerzo de las exigencias causales previstas para esta modalidad contractual⁴².

4. CONCLUSIONES

Como se ha mostrado a lo largo del presente estudio, la reforma operada por el RDL 32/2021, si bien ha tenido efectos positivos en nuestro mercado de trabajo, como el considerable aumento de la estabilidad en el empleo, finalmente no ha resultado ser la panacea que en un principio se pudo esperar que fuera. El motivo se identifica con la volatilidad y escasa duración de los periodos de actividad que, junto con la incertidumbre acerca de cuándo y en qué términos se producirá el llamamiento, entre otros factores, lastran el día a día de muchas personas fijas-discontinuas. Especialmente cuando se suscriben contratos fijos-discontinuos de prestación intermitente con periodos de ejecución indeterminados, en los cuales quedan en manos de las necesidades productivas y de organización de la parte empleadora, quién efectuará el llamamiento de forma discrecional cuando así lo precise.

De este modo, es posible afirmar que, a pesar de sus virtudes, como la mejora de la causalidad, la creación de bolsas de empleo, previsión de una cuantía por fin de llamamiento o la limitación de parcialidad según convenio, la deriva en ciertas prácticas tras la entrada en vigor de la reforma, ha provocado que ésta no haya logrado mejorar la intensidad del empleo o la calidad del mismo, lo que en muchos casos ha conducido a esa imagen de “*estabilidad precarizada*” apuntada al inicio.

En este contexto, las novedades incorporadas por la Directiva 2019/1152, aún pendiente de transposición a nuestro ordenamiento laboral, pueden contribuir en buena medida a mejorar las condiciones de trabajo de muchas personas fijas-discontinuas. Así, el legislador aún esta a tiempo de enmendar la ausencia del contrato fijo-discontinuo entre las figuras contractuales beneficiarias de las garantías de transparencia y previsibilidad incorporadas por la norma europea. Para ello, junto con las propuestas de transposición señaladas en el presente estudio, podrían imitarse las soluciones ya previstas para el contrato a tiempo parcial o temporal, las cuales podrían orientar esta labor legislativa en el contrato fijo-discontinuo, al objeto de dotarlo de un nivel de previsibilidad mínimo en materia de tiempos de trabajo.

De acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente estudio, el conjunto de modificaciones que, a mi juicio, debería experimentar el actual régimen del contrato fijo-discontinuo para adaptarse a las novedades introducidas por la mencionada Directiva 2019/1152 son las siguientes:

⁴² Con la nueva redacción no queda ya margen para la distinción entre presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* de modo que cualquier incumplimiento determina la automática conversión del contrato en indefinido. *Vid. De la Puebla Pinilla, “RDL 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición”, Briefs AEDTSS 2022, p. 3.*

- En cuanto al artículo 16.1 del ET. Al objeto de evitar la utilización abusiva del contrato fijo-discontinuo éste podría incorporar el deber empresarial de *“fijar con precisión en el contrato las causas o circunstancias específicas que determinan la discontinuidad de la prestación”*.

Asimismo, como sanción a aquellas empresas que incumplan éste deber o utilicen el contrato fijo-discontinuo allí donde debieran haber empleado el indefinido ordinario, dicho apartado podría incorporar como presunción que *“las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este apartado adquirirán automáticamente la condición de indefinidas ordinarias”*.

- En cuanto al artículo 16.2 del ET. En aras a mejorar los niveles de transparencia y previsibilidad de la relación laboral, debería incorporar el deber de informar *“de forma precisa”* acerca de *“la duración del periodo de actividad”*, eliminando así la incertidumbre que genera a la persona trabajadora que ésta pueda *“figurar con carácter estimado”*. De igual forma, ha de incluir el deber de informar sobre *“los días, semanas o, en su defecto meses determinados en los podrán tener lugar los periodos de actividad”* información que, tal y como ocurre con la jornada y su distribución horaria también podría otorgarse *“sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”*.

Por último, este apartado debería fijar la obligación de indicar en el contrato *“el período mínimo de preaviso a que tiene derecho la persona trabajadora para ser informada del llamamiento antes de su incorporación al trabajo”*; así como el plazo mínimo previsto ante una *“posible cancelación del mismo por parte de la empresa”*.

De este modo, el artículo 16.2 del ET debería quedar redactado de la siguiente forma:

“El contrato de trabajo fijo-discontinuo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2, se deberá formalizar necesariamente por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada, su distribución horaria, así como los días, semanas o, en su defecto meses determinados en los podrán tener lugar tales periodos. Si bien estos últimos elementos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento, la duración del periodo de actividad deberá reflejarse de forma precisa, sin que sea posible su posterior precisión.

El contrato fijo-discontinuo, deberá contener a su vez los periodos mínimos de preaviso señalados en el apartado tercero, a que tiene derecho la persona trabajadora para ser informada del llamamiento antes de su incorporación al trabajo, así como de la posible cancelación del mismo por parte de la empresa.”

- En cuanto al artículo 16.3 del ET. Éste debería reconocer el *“derecho de la persona fija-discontinua a rechazar el llamamiento sin que ello constituya conducta laboral sancionable”* en caso de que éste se produzca de forma irregular, es decir, habiendo efectuado la empresa el mismo *“sin respetar uno o ninguno de los siguientes requisitos:*
 - el trabajo tiene lugar dentro de los días, semanas o, en su defecto meses determinados en los que podrán tener lugar los periodos de actividad
 - *la empresa informa a la persona trabajadora con el preaviso mínimo de cinco días antes de su incorporación al trabajo, sin perjuicio de que vía convenio colectivo de ámbito sectorial se pueda establecer otro superior”*.

Del mismo modo, el legislador debería incorporar “*el derecho de la persona trabajadora a obtener la retribución correspondiente*” a modo de indemnización en caso de “*cancelación unilateral del llamamiento por la empresa sin observar el plazo mínimo de cinco días para la cancelación del mismo*”, de nuevo “*sin perjuicio de que el convenio colectivo de ámbito sectorial pueda establecer otro superior*”.

Sin embargo, por el momento nada se sabe acerca de cuándo se producirá finalmente la transposición de la Directiva 2019/1152, que no parece ser una de las prioridades en la agenda del Ministerio de Trabajo, más preocupado en asuntos como la reducción de la jornada laboral, y al que no estaría de más recordar que si es importante cuánto trabajamos, también lo es cuándo y de qué forma lo hacemos⁴³. ¿Tomará el legislador conciencia en un futuro próximo de la importancia de abordar cuanto antes la transposición de la norma europea, y de incorporar al contrato fijo-discontinuo dentro de la misma?. En ese caso, ¿será ello suficiente para poner fin a la precariedad asociada a esta modalidad contractual? Son preguntas que aún quedan sin respuesta.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alujas Ruiz, J. A., “Efectos de la reforma laboral de 2021 sobre la contratación y la temporalidad” *CEF: Revista de Trabajo y Seguridad Social* 475/2023.

Argüelles Blanco, A.R., “Previsibilidad y transparencia de los tiempos de trabajo en la Directiva 2019/1152”, *NET* 21 10/2022.

Canalda Criado, S., “La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral”, *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social* 440/2024.

Conde-Ruiz, J. I., y Lahera Forteza, J. “Retos Futuros del Mercado de Trabajo en España”, *Fedea Policy Paper* 5/2023.

De la Puebla Pinilla, “RDL 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición”, *Briefs AEDTSS* 2022.

Elorza-Guerrero, F., “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 168/2023.

Fotinoupolou Basurko, O., “Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* 13/2021.

Goerlich Peset, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* 3/2022.

Gorelli Hernández, J. “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 161/2022.

Lahera Forteza, J. “La contratación...”, *op. cit.*, *LABOS* 4/2023, p.166; Martínez Barroso, M. D. L. R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral. Revista española de derecho del trabajo”, *Revista española de derecho del trabajo* 251/2022.

López Balaguer, M.L. “El nuevo contrato fijo-discontinuo”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales* 13/2023.

⁴³ *Vid.* Pastor Martínez, A., “Algunas cuestiones...”, *op. cit.*, *IUSLabor*, p. 1.

Lopez Balaguer, M.L., “El contrato fijo discontinuo: nuevo tratamiento legal y convencional y primeros problemas de aplicación práctica”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo* 2/2023.

Lopez Balaguer, M., “Trabajo fijo discontinuo y precariedad: algunas disfuncionalidades en el régimen jurídico de un modelo contractual renovado”, *NET* 21 17/2024.

Lousada Arochena J.F., *El contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral*, Bomarzo, Albacete, 2024.

Martínez Yáñez, N. M., “Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* 78/2021.

Mercader Uguina J.R., “Los tiempos de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos”, *Documentación laboral* 122/2021.

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: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 149/2019.

Monreal Bringsvaerd, E. “Las causas del contrato temporal por circunstancias de la producción y del contrato fijo discontinuo: problemas de seguridad jurídica”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* 62/2022.

Ordoñez Pascua, N. “El contrato fijo-discontinuo: presupuestos, revisión y balance un año después de la reforma laboral”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* 7/2023.

Pastor Martinez, A., “Algunas cuestiones sobre el proyecto de Ley de Transposición de la Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles y el contrato fijo discontinuo”, *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball* 2/2024.

Serrano Olivares, R., “La ordenación del tiempo de trabajo y el derecho al tiempo. Reflexiones sobre algunas desigualdades en el uso del tiempo de trabajo”. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales* 9/2024.

**LA TRANSPARENCIA Y LA PREVISIBILIDAD
COMO HERRAMIENTAS FRENTE AL USO DE
FACTO DE CONTRATOS A DEMANDA**

LORENA GROSSO ORTEGA

Doctoranda en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-1193-5588>

SUMARIO:

1. CONTEXTUALIZACIÓN
2. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD DE LOS CONTRATOS A DEMANDA
3. LA EVENTUAL REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS A DEMANDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
4. EL ENCAJE NORMATIVO DE LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE PREVISIBILIDAD DEL TRABAJO
5. LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA COMO OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS RELACIONES LABORALES QUE IMPLIQUEN EL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
6. CONCLUSIONES

EXTRACTO

Este trabajo se enfoca en los retos que supone la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea; específicamente, en las cuestiones concernientes a las relaciones contractuales con pautas de trabajo imprevisible cuyo medio de control o espacio de trabajo sea virtual o remoto. Al respecto, se tratan las consecuencias de la economía bajo demanda en el ámbito laboral y el tratamiento normativo del contrato de trabajo a demanda en el derecho interno y comparado. Asimismo, se aborda la posible confluencia de la flexibilidad y de la previsibilidad mínima del trabajo a través de la negociación colectiva; y se estudia también la configuración de la transparencia como una obligación y un derecho de información sobre las condiciones laborales y el uso de algoritmos e inteligencia artificial en el trabajo. Todo lo expresado con el propósito de garantizar los derechos de las personas trabajadoras y evitar la precariedad laboral.

Palabras clave: trabajo a demanda, plataformas digitales, presunción de laboralidad, previsibilidad del trabajo, transparencia algorítmica.

ABSTRACT

This paper focuses on the challenges posed by the transposition to Spanish law of Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union; in particular, on the issues concerning contractual relationships with unpredictable work patterns whose means of control or workspace is virtual or remote. In this regard, it discusses the consequences of the on-demand economy in the sphere of labour and the normative treatment of the on-demand work contract at both domestic and comparative law. The potential confluence of flexibility and minimum predictability of work through collective bargaining is also addressed; and the configuration of transparency as an obligation and right of information about working conditions and the use of algorithms and artificial intelligence in the workplace is as well studied. All this with the aim of guaranteeing the rights of workers and avoiding precarious jobs.

Key words: *on-demand work, digital platforms, presumption of employment status, predictability of work, algorithmic transparency.*

1. CONTEXTUALIZACIÓN

La Comisión Europea define la economía bajo demanda o *gig economy* como aquella en la que las tecnologías y las plataformas digitales permiten, respectivamente, formar equipos de trabajo en torno a un proyecto concreto y conectar a los compradores con los vendedores¹.

Esta forma de economía, al facilitar el desglose y distribución del trabajo en tareas, es presumiblemente la responsable de crear un panorama laboral en el que son comunes los puestos de trabajo temporales y los contratos de corta duración con trabajadores independientes; y supone un riesgo de precarización del trabajo debido a factores como los

¹ “The Future of Work. Skills and Resilience for a World of Change”. EPSC Strategic Notes, Issue 13/2016, 10 June.

horarios e ingresos irregulares, la carente cobertura de derechos laborales y la privación del acceso al desarrollo profesional².

En el mencionado contexto, la Unión Europea ha abogado por proveer a los trabajadores con un nivel de protección adecuado a través de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Esta Directiva se encuentra actualmente en fase de transposición al ordenamiento jurídico español, en espera de la tramitación del Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (en adelante, Proyecto de Ley de Transparencia Laboral).

En particular, la Directiva 2019/1152 destaca que sus disposiciones deben ser aplicadas a las personas trabajadoras que no tienen un tiempo de trabajo garantizado, independientemente del número de horas que trabajen realmente, porque se encuentran en una “situación especialmente vulnerable”³. Este es el caso de las personas con contratos a demanda, que como señala la aludida Directiva en sus Considerandos 21 y 35, son aquellos contratos en virtud de los que “el empleador tiene la flexibilidad de llamar al trabajador para que trabaje como y cuando sea necesario” por no posibilitar la naturaleza del empleo un calendario de trabajo fijo.

Sin embargo, el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral indica, en el apartado tercero de su exposición de motivos, que los contratos a demanda o tarea no están previstos en el ordenamiento jurídico español y niega expresamente su permisión. La finalidad de la prohibición de dichos contratos es asegurar “un derecho efectivo a que las personas trabajadoras conozcan la duración y distribución de su jornada, así como su horario de trabajo, aun cuando el medio de control o el espacio de trabajo sea virtual o remoto”⁴.

Asimismo, la decisión de impedir los contratos de trabajo a demanda – que por su naturaleza flexible no garantizan el mencionado derecho y se alejan del actual modelo de contratación laboral estable y de calidad proyectado por la normativa española – puede estar también influenciada por el desafortunado resultado que ha tenido la aceptación o adopción de formas de contratos a demanda en ciertos países de nuestro entorno, como Reino Unido o Italia.

En el caso anglosajón, los llamados contratos de cero horas – en inglés, *zero hours contracts* – se utilizan como medios de contratación informales “en los que el empleador declina establecer una cantidad de trabajo mínima garantizada y el prestador de servicios no tiene la obligación de aceptar el trabajo ofrecido”; de forma que no suelen permitir la creación de una base de trabajo lo suficientemente regular como para configurarlo como trabajo de *employee*, es decir, como trabajo por cuenta ajena con plenos derechos⁵.

Por su parte, la apuesta italiana por “un molde contractual con una relación de trabajo flexible [...] pero reglada” – denominado *contratto di lavoro a chiamata* o, en español,

² Al respecto (a fecha de última consulta 15/09/2024): <https://www.eurofound.europa.eu/en/european-industrial-relations-dictionary/gig-economy>.

³ De acuerdo con el Considerando 12 de la Directiva 2019/1152.

⁴ Conforme al apartado primero de la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Transparencia Laboral.

⁵ Esteve Segarra, A. “Zero hours contracts: La flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital”. En González Ortega, S. (Coord.). *Monografías de Temas Laborales: El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2020, pp. 23, 27 y 32 a 34.

contrato de trabajo a llamada – no parece haber cumplido su “objetivo de acabar o siquiera disminuir significativamente el trabajo irregular”⁶.

Pese a lo expresado, el ánimo proteccionista de la regulación laboral española puede ser un arma de doble filo; ya que, al no contemplarse los contratos a demanda, las personas trabajadoras que de hecho se encuentran bajo esta modalidad contractual atípica no pueden beneficiarse de las medidas antiabuso que prevé el artículo 11 de la Directiva 2019/1152.

2. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD DE LOS CONTRATOS A DEMANDA

La cuestión de la naturaleza jurídica de los contratos a demanda es esencial, ya que de ella dependerán los derechos de las personas que trabajen a demanda. Por esta razón, la lógica jurídica nos impele a indagar primero en la naturaleza de la referida relación contractual y, una vez hallada, asignarle la calificación más oportuna dentro del régimen jurídico correspondiente.

Sin embargo, las peculiaridades de la Directiva 2019/1152 nos obligan a realizar el proceso inverso dado que el artículo 11 de la mencionada Directiva contempla una serie de medidas complementarias para prevenir prácticas abusivas a través del uso de contratos a demanda, entre las que destaca la “presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo”, que requieren como presupuesto de aplicación que los Estados miembros autoricen el uso de contratos de trabajo a demanda o similares.

Por tanto, aquellos países miembros que no tengan regulada positivamente la figura del trabajo a demanda no podrán acceder a la presunción *iuris tantum* de laboralidad que establece la Unión Europea para la referida clase de contratos.

En nuestro actual panorama jurídico lo expresado se traduce en que la prestación de servicios a demanda solo se presumirá laboral cuando consista en “el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”⁷.

Empero, no se podrá presumir la laboralidad del trabajo a demanda cuando se realice fuera del ámbito de las plataformas digitales de reparto, al menos hasta que entre en vigor la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales – que recoge en sus artículos 4.1 y 5 la presunción de laboralidad de “la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma [...] cuando se constaten indicios de control y de dirección”⁸.

En consecuencia, para combatir la precariedad laboral en el ámbito del trabajo a demanda a través del uso de la presunción de laboralidad se podría optar entre tres

⁶ Esteve Segarra, A. “Una valoración crítica del contrato de trabajo intermitente o a llamada en Italia”. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 2, núm. 3, 2021, p. 44.

⁷ Disposición adicional vigesimotercera del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ De acuerdo con la redacción propuesta en el acuerdo provisional alcanzado el 8 de marzo de 2024 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, COM/2021/762 final (en adelante, Propuesta de Directiva de Trabajo en Plataformas Digitales).

medidas – las dos últimas compatibles con la primera⁹. Una de las posibilidades se basaría en extender la presunción de laboralidad al trabajo en cualquier tipo de plataforma digital de prestación de servicios, puesto que este ámbito es el más proclive al uso *de facto* de contratos a demanda. Otra posibilidad sería admitir que la normativa laboral vigente ya contempla fórmulas de trabajo a demanda en su regulación del trabajo fijo-discontinuo. La última alternativa consistiría en crear una subespecie de la modalidad contractual de trabajo a tiempo parcial, que acoja un concepto de trabajo a demanda flexible pero con un mínimo de previsibilidad.

3. LA EVENTUAL REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS A DEMANDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Los contratos atípicos son aquellos que no están regulados por la ley, tengan o no un nombre reconocido, por lo que resulta difícil distinguirlos de otros contratos, configurar una descripción de sus elementos y determinar sus consecuencias jurídicas¹⁰.

Por ende, para comprobar si los contratos a demanda son atípicos en el ordenamiento jurídico español es necesario estudiar si encajan en alguna de las modalidades contractuales contempladas por 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 (en adelante, Estatuto de los Trabajadores).

Con el mencionado propósito, aunque el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral sea “renuente a admitir la existencia en España de contratos a demanda”, no debe obviarse que “en la práctica ciertos contratos a tiempo parcial, con un número significativo de horas complementarias, puedan tener un comportamiento como tal”¹¹.

De acuerdo con la actual redacción del artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores, para que un contrato de trabajo se entienda celebrado a tiempo parcial se debe haber “acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”.

En adición, el artículo 12.4 del referido texto establece que el contrato deberá formalizarse necesariamente por escrito y fijar “el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo”; y restringe a tan solo una las interrupciones que puede tener la jornada diaria de un trabajador a tiempo parcial, salvo que su convenio colectivo disponga otra cosa.

Además, el artículo 12.5 del Estatuto de los Trabajadores permite el pacto de horas complementarias sólo cuando la jornada de trabajo sea de diez o más horas semanales en cómputo anual y las limita al treinta por ciento – ampliable al sesenta por ciento por convenio colectivo – de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato; sin perjuicio de que, en cualquier momento, el empresario pueda ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria si, en cómputo independiente al del

⁹ Al respecto, el Considerando 3 de la Propuesta de Directiva de Trabajo en Plataformas Digitales señala que “deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones laborales precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos”.

¹⁰ Cardozo Roa, C.C.; y Perafán del Campo, E. A. “Introducción”. En AA.VV. *Contratos atípicos*. Ed. Tirant lo Blanch, Bogotá, 2019, pp. 16-18.

¹¹ Elorza Guerrero, F. “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles y su transposición en España”. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 168/2023, p. 97.

pacto de horas complementarias, no superan el quince por ciento – ampliable al treinta por ciento por convenio colectivo – de las horas ordinarias objeto del contrato.

Los mencionados aspectos del contrato a tiempo parcial no se han visto alterados por el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral.

Por tanto, aunque en los contratos a demanda la duración y distribución del tiempo de trabajo dependerá del número de encargos y de cuando los reciba el trabajador, esta flexibilidad horaria podría regularse a través de la figura de las horas complementarias, siempre y cuando el trabajador a demanda trabaje un número de horas menor al de una persona trabajadora a tiempo completo e igual o mayor a diez horas sin ninguna interrupción en su jornada o como máximo una – salvo que su convenio colectivo disponga otra cosa.

En consecuencia, la negociación colectiva en los sectores que empleen personal a demanda podría salvar el obstáculo del límite de interrupciones de su jornada y fijar un mínimo de horas ordinarias de trabajo. Por ejemplo, en el caso de las plataformas digitales las medidas sugeridas podrían negociarse con base en los datos estadísticos que la propia plataforma recopila sobre su necesidad de satisfacer encargos.

De la forma expresada, no sería necesario sacrificar la flexibilidad inherente al trabajo a demanda para que los contratos a demanda fueran tipificables como contratos a tiempo parcial, pero tampoco se consentiría la imprevisibilidad del trabajo que pretende combatir el artículo 10 de la Directiva 2019/1152. Máxime si se materializan los cambios del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores que contempla el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral en el apartado tres de su artículo único, orientados a afrontar particularidades propias del trabajo a demanda.

En el sentido expuesto, la nueva redacción del artículo 12.4 e) del Estatuto de los Trabajadores no permitiría ni el despido ni “otro tipo de sanción o efecto perjudicial” por rechazar “el incremento o disminución de las horas de trabajo en el contrato a tiempo parcial”, de manera que se impediría la expulsión de un trabajador de una plataforma digital o cualquier detrimento en su calificación interna por dicho rechazo.

A su vez, el futuro artículo 12.5 del Estatuto de los Trabajadores, en su apartado c), obligaría a recoger en el pacto de horas complementarias el número de horas y la indicación de los días y horario de referencia en los que la empresa podría solicitar los servicios de la persona trabajadora; y, en su apartado d), otorgaría el derecho a la retribución correspondiente de aquellas horas complementarias pactadas que la empresa cancelara total o parcialmente sin un preaviso mínimo de tres días.

El planteamiento propuesto se aproximaría a la regulación germana del *Arbeit auf Abruf* – que podríamos traducir como trabajo a llamada o de guardia – plasmada en el párrafo 12 de su Ley sobre trabajo a tiempo parcial y contratos de trabajo a plazo; cuyo paralelismo con el artículo 12 de nuestro Estatuto de los Trabajadores “no extraña, pues tanto dicha norma española como esta Ley alemana son normas de transposición” de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES y 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 determinada¹².

Otra opción, como sugiere Cruz Villalón, J., sería reconocer que los contratos de trabajo a demanda son en definitiva contratos por tiempo indefinido fijo-discontinuo

¹² Arufe Varela, A. “La regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial y a plazo en Alemania. Estudio comparativo con la regulación de los contratos precarios en España”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade*

concertados para el desarrollo de trabajos de prestación intermitente que tengan periodos de ejecución indeterminados por parte de personas trabajadoras puestas a disposición por contratas o a través de empresas de trabajo temporal¹³.

En conclusión, actualmente el trabajo a demanda es atípico, pero sería posible admitirlo como una manifestación de determinados supuestos de trabajo fijo-discontinuo o bien tipificarlo como una “subespecie” de la modalidad de trabajo a tiempo parcial alumbrada por la negociación colectiva y las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores que plantea el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral, con la intención de evitar una huida de los contratos a demanda al derecho civil-mercantil y proteger a los trabajadores de la precariedad laboral¹⁴.

4. EL ENCAJE NORMATIVO DE LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE PREVISIBILIDAD DEL TRABAJO

Más allá de las medidas del artículo 11 de la Directiva 2019/1152 para evitar prácticas abusivas en el trabajo a demanda, el mismo texto insiste en la “previsibilidad mínima del trabajo”.

No obstante, llama la atención que la referida Directiva no define en qué consiste esa previsibilidad, únicamente señala en su Considerando 35 que “los contratos de trabajo a demanda o similares [...] son particularmente imprevisibles para el trabajador”; y prohíbe en su artículo 10 que el empleador pueda obligar a trabajar a un trabajador cuyo patrón de trabajo sea “total o mayoritariamente imprevisible”, salvo si “el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados” y el empleador informa al trabajador de la “tarea asignada con un preaviso razonable”¹⁵.

Por su parte, el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral pese a no acometer la transposición de “las medidas complementarias para los contratos a demanda” que contiene el artículo 11 de la Directiva 2019/1152, sí que atiende a lo establecido en el artículo 10 de dicha Directiva sobre las exigencias de “previsibilidad mínima del trabajo” al trasladarlas al Estatuto de los Trabajadores mediante la reforma de su artículo 12 en lo relativo al “tratamiento jurídico de las horas complementarias”; lo que no queda muy claro es que “sea razonable la aplicación en todo caso del referido régimen de la Directiva cuando el trabajo difícilmente pueda calificarse de mayoritariamente imprevisible” – como sucede cuando “el número de horas complementarias a realizar es muy pequeño y el trabajo a tiempo parcial tiene una distribución bastante regular en el tiempo”¹⁶.

Por este motivo, el apartado segundo del artículo único del Proyecto de Ley de Transparencia Laboral propone un nuevo apartado 6 del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores en el que se concrete que las condiciones de trabajo sólo serán previsibles “cuando la persona trabajadora conozca o pueda conocer de antemano de manera efectiva y por escrito, durante todo el periodo al que se extiende la prestación de servicios, su

da Coruña, vol. 11/2007, pp. 74-76. Vid. t. § 12 *des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* (párrafo 12 de la Ley sobre trabajo a tiempo parcial y contratos de trabajo a plazo).

¹³ Al respecto (a fecha de última consulta 15/09/2024): https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/regular-trabajo-llamada-jesus-cruz-villalon_1164745_102.html. Vid. t. Artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ En lo concerniente al trabajo a demanda como subespecie de la modalidad de trabajo a tiempo parcial, Esteve Segarra, A. “Una valoración crítica del contrato de trabajo intermitente o a llamada en Italia”. Op. cit., pp. 34-35.

¹⁵ Según el artículo 10.1 de la Directiva 2019/1152, bajo los términos del artículo 4.2, letra m), incisos ii) e iii) del mismo texto.

¹⁶ Elorza Guerrero, F. Op. cit., pp. 97-98.

pauta de trabajo o, en su caso, los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar”.

Esta elección por una descripción positiva, es decir, de optar por definir qué se entiende por previsible en lugar de qué es lo que se consideraría imprevisible, parece una forma de evitar el margen para la inseguridad jurídica que provocaría una definición en negativo que fácilmente podría quedar obsoleta frente a nuevas estrategias empresariales.

En los términos expresados, el “derecho a rechazar una tarea asignada” sin que tenga consecuencias desfavorables y el “derecho a una indemnización si el empleador cancela” una tarea asignada sin un preaviso razonable – que establecen los apartados segundo y tercero, respectivamente, del artículo 10 de la Directiva 2019/1152 – sólo serán aplicables a las personas trabajadoras que no puedan conocer de antemano los días y horas de trabajo y las tareas asignadas o, si los hubiera, los criterios que los determinen.

Este referido perfil de trabajador/a encaja a la perfección con la descripción del personal a demanda, por lo que las personas que trabajan a demanda podrían beneficiarse de los mencionados derechos de previsibilidad incluso si su relación contractual se mantiene atípica.

5. LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA COMO OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS RELACIONES LABORALES QUE IMPLIQUEN EL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El uso de algoritmos o de inteligencia artificial para tomar decisiones que afectan a las personas trabajadoras – como su contratación, despido, determinación de horarios y evaluación – es cada vez más habitual; así pues, para prevenir que los trabajadores permanezcan ajenos a esta realidad que puede “provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa” podría acudir al artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores para otorgar a los comités de empresa el derecho a ser informados y consultados sobre el uso y funcionamiento de los dichos algoritmos e inteligencias artificiales¹⁷.

En la misma línea, el apartado uno del artículo único de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (conocida como *Ley Rider*) introdujo la letra d) del artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto concede a los comités de empresa el derecho a ser informados por la empresa de “los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. No obstante, dicho derecho presenta una “dificultad operativa” en aquellos ámbitos en los que no existan o sean difíciles de configurar los mencionados mecanismos representativos, como es el caso de las plataformas digitales¹⁸.

¹⁷ Todoli Signes, A. “Transparencia algorítmica en el ámbito laboral”. En AA.VV., *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.253-254 y 263.

¹⁸ Garrido Pérez, E. “El nuevo y complejo derecho de información sobre algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que inciden en el empleo y las condiciones laborales”. *NeT21*, núm. 4, 2021.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) n.º 2018/858, (UE) n.º 2018/1139 y (UE) n.º 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) impone en su artículo 26.7 una obligación de información previa a los trabajadores afectados y sus representantes sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en el lugar de trabajo.

En otras palabras y a lo que al ámbito laboral interesa, es obligatorio informar del uso de sistemas de IA cuando – de acuerdo con el artículo 6.2 y los apartados primero y cuarto del anexo III del Reglamento de Inteligencia Artificial – se empleen para la identificación y categorización biométrica, el reconocimiento de emociones, la contratación o selección de personal, la toma de decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral, la promoción o rescisión de relaciones contractuales laborales, la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o características personales, y la supervisión y evaluación del rendimiento y el comportamiento de los trabajadores¹⁹.

Como puede observarse la “transparencia algorítmica” – esto es, la capacidad de saber qué datos se utilizan en la toma de decisiones automáticas, cómo, para qué y por quién – viene configurándose en el ordenamiento laboral como una obligación de información sobre los elementos esenciales de aquellas relaciones laborales que impliquen el uso de algoritmos o de inteligencia artificial²⁰.

Resulta lógico, por tanto, que la Directiva 2019/1152 se sirva de la misma técnica legislativa para concretar qué clase de información tienen la obligación de facilitar los empleadores a sus trabajadores para cumplir con la finalidad de transparencia sobre los elementos esenciales de cualquier tipo de relación laboral que recoge el artículo 1.1 de la Directiva.

En este sentido, el artículo 4.2 de la mencionada Directiva exige que los empleadores informen a los trabajadores, entre otras cuestiones, sobre: la caracterización o descripción del trabajo; la fecha de comienzo y finalización de la relación laboral o su duración prevista; la identidad de las empresas usuarias de empresas de trabajo temporal; la cantidad de vacaciones remuneradas o las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones; el procedimiento de terminación de la relación laboral, sus requisitos formales y la duración de los plazos de preaviso o las modalidades de determinación de dichos plazos; y la remuneración, su periodicidad y su método de pago²¹.

Asimismo, los apartados l) y m) del artículo 4.2 de la citada Directiva exigen información adicional en función de si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente

¹⁹ Para más información sobre las esferas en las que se utilizan algoritmos y sistemas de decisión automatizada en el ámbito laboral – como la monitorización y vigilancia, la selección y contratación de personal, y la dirección y gestión del trabajo – consultar: VV.AA. “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”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 7.

²⁰ La definición de “transparencia algorítmica” utilizada se extrae de lo contenido en Sangüesa, R. “Inteligencia artificial y transparencia algorítmica: *‘It’s complicated’*”. *BiD: textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, núm. 41 (*desembre*), 2018.

²¹ De acuerdo con el apartado tercero del artículo 4 de la Directiva 2019/1152, la información contemplada en las letras g) a l) y o) del apartado segundo de dicho artículo “podrá ofrecerse, en su caso, en forma de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen dichas materias”.

previsible o imprevisible²². En el primer caso, los empleadores deberán informar también de la duración de la jornada ordinaria y de cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y sobre cambios de turno. Mientras que, en el segundo caso, la obligación añadida consistirá en informar sobre el carácter variable del calendario de trabajo, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de estas, las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir a la persona trabajadora que preste sus servicios, el período mínimo de preaviso antes del comienzo de una tarea y el plazo de cancelación de una tarea ya encargada.

Al respecto, la transposición que plantea el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral de los mencionados derechos de transparencia es exigua, pues se limita a modificar la letra h) del artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores para incluir el “derecho a conocer por escrito los aspectos esenciales de su relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsible” – sin explicar en qué consiste dicho derecho.

En otro orden de cosas, la cuestión de la transparencia algorítmica resulta también fundamental para que los trabajadores bajo un poder de dirección y gestión de naturaleza algorítmica puedan ejercer su derecho a conocer las causas fundamentadas de su despido o medida equivalente, recogido en el artículo 18 de la Directiva 2019/1152.

6. CONCLUSIONES

La economía bajo demanda ha convertido a las plataformas digitales y la precarización del trabajo en protagonistas del actual panorama laboral. En respuesta a este nuevo contexto socioeconómico-laboral, la Unión Europea aprobó la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsible en la Unión Europea, que ahora debe ser transpuesta al ordenamiento jurídico español. Esta transposición presenta un reto particular respecto a los contratos a demanda pues, pese a existir *de facto* en nuestra esfera laboral, este tipo de relaciones contractuales flexibles no están contempladas en el Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva 2019/1152.

Es más, el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral niega expresamente la permisión de los contratos a demanda, ya que la finalidad de esta norma es asegurar de forma efectiva que las personas trabajadoras conozcan la duración y distribución de su jornada y el resto de los elementos esenciales de su relación contractual. Esta huida de la flexibilidad contractual en el ámbito laboral pretende evitar resultados como los del *zero hours contracts* en Reino Unido o el *contratto di lavoro a chiamata* en Italia.

No obstante, sería posible conservar el ánimo proteccionista de los derechos de los trabajadores si se adopta un tipo de contrato a demanda similar al *Arbeit auf Abruf* de Alemania, pero más garantista. En el sentido expresado, el actualmente atípico contrato a demanda podría configurarse como una subespecie de la modalidad contractual del trabajo a tiempo parcial; de forma tal que en este tipo de relaciones contractuales no se supere el tiempo de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, se permita un número flexible de horas complementarias de aceptación voluntaria y que por convenio colectivo se establezca una jornada de trabajo mínima de diez horas semanales y se permita una pluralidad de interrupciones de la jornada diaria. Las condiciones laborales

²² El artículo 2 c) de la Directiva 2019/1152 define el “patrón de trabajo” como “la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador”.

descritas podrían negociarse a partir de los datos que recopilen, en su caso, las plataformas digitales empleadoras. Otra alternativa sería considerar los contratos a demanda como contratos fijos-discontinuos.

Para asegurar la previsibilidad mínima del trabajo por la que aboga el artículo 10 de la Directiva 2019/1152, el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral plantea una reforma del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores que impida el despido u otro tipo de sanción o efecto perjudicial por rechazar una modificación de las horas pactadas en un contrato de trabajo a tiempo parcial, obligue a la parte empleadora a indicar los días y horarios de referencia en los que podría solicitar que trabaje la persona empleada y conceda al trabajador el derecho a ser retribuido por las horas complementarias pactadas que la parte contratante cancele sin un preaviso mínimo.

En caso de tipificar los contratos a demanda, los trabajadores podrían beneficiarse de la presunción *iuris tantum* de laboralidad – más allá de la ya adoptada respecto al trabajo en plataformas digitales de reparto – y demás medidas antiabuso que contempla el artículo 11 de la Directiva 2019/1152 para estos casos. De lo contrario, los trabajadores a demanda tendrán que esperar a la entrada en vigor y transposición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales o a la acogida voluntaria de sus prerrogativas en materia de presunción de laboralidad por el ordenamiento jurídico laboral español.

Una vez más con relación a la previsibilidad del trabajo, la Directiva 2019/1152 no define en qué consiste, pero sí lo hace el Proyecto de Ley de Transparencia Laboral en el añadido apartado 6 del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores para delimitar en qué condiciones de trabajo será de aplicación las transpuestas medidas del artículo 10 de la mencionada Directiva.

En este marco, las condiciones de los trabajadores a demanda no cumplen con la descripción de lo considerado como previsible, pues no suelen conocer de antemano su pauta de trabajo. Esta situación de imprevisibilidad les hace, por ende, merecedores de una protección especial, incluso pese a que desempeñen una forma de trabajo atípica.

Finalmente, por lo que respecta a la transparencia, esta se ha configurado y continúa haciéndolo como una obligación de información de la parte empleadora y un derecho a la información de la parte empleada y de sus representantes.

En concreto, merece especial atención la llamada transparencia algorítmica o capacidad de conocer los datos utilizados en la toma de decisiones automáticas y todo lo referente a su obtención y uso, dado el auge del uso de inteligencia artificial en la gestión y dirección del trabajo y en la monitorización, vigilancia, selección y contratación de personal; ya que, puede provocar relevantes cambios en la organización y en los contratos de trabajo.

En vista a lo expresado, la obligación y el derecho de información están recogidos en los artículos 64 del Estatuto de los Trabajadores, 4.2 y 18 de la Directiva 2019/1152 y 26.7 del Reglamento de Inteligencia Artificial; y en el apartado uno del artículo único del Proyecto de Ley de Transparencia Laboral que pretende modificar el artículo 4.2 h) del Estatuto de los Trabajadores.

Todo lo manifestado se inserta en la óptica de la protección de los derechos de las personas trabajadoras y del rechazo de la precariedad laboral, que promueve la lucha contra el abuso de la condición de trabajador por cuenta propia y de los contratos atípicos.

FIJEZA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

LUIS OCAÑA ESCOLAR

*Abogado laboralista y Profesor asociado de Derecho
del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

locana2@us.es

<https://orcid.org/0000-0001-6742-5087>

SUMARIO:

1. EL CONTRATO “INDEFINIDO NO FIJO”
2. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DICTADAS EN 2024
3. LAS SENTENCIAS INTERNAS SOBRE FIJEZA DICTADAS EN 2024
4. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU NUEVA CUESTIÓN PREJUDICIAL
5. CONCLUSIONES

EXTRACTO

La estabilidad laboral es una de las cuestiones centrales en el desarrollo de las relaciones laborales de los empleados públicos. Además del acceso a través de los procedimientos establecidos al efecto, la introducción doctrinal del concepto de “indefinido no fijo” precipitó una amplia jurisprudencia que ha abordado los perfiles de esta novedosa y paradójica figura. Con la aplicación del derecho comunitario y las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se abre ahora un nuevo escenario en el que se plantea una nueva posibilidad: la adquisición de la fijeza como consecuencia del abuso de la temporalidad. Esta comunicación aborda el análisis de esta posibilidad y de las recientes SSTJUE pronunciadas en 2024 así como de las Sentencias de los Tribunales y Juzgados internos dictadas al respecto.

1. EL CONTRATO “INDEFINIDO NO FIJO”

El “contrato indefinido no fijo” constituye una solución jurisprudencial creada por el Tribunal Supremo durante los años noventa -y posteriormente desarrollada hasta la actualidad- que combina de un lado la responsabilidad de la Administración por el deficiente uso de las reglas de contratación y de otro lado los principios de acceso al empleo público¹.

El fundamento jurídico del concepto lo encontramos en que las irregularidades cometidas en la celebración del contrato, por sí solas –dice al Alto Tribunal–, «no transforman una relación laboral temporal en indefinida» (STS 19-5-1992); «no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato..., la atribución con carácter indefinido, que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito» (STS 20-1-1998). Observamos ya en la génesis del concepto la relación entre la estabilidad laboral y el respeto a los principios constitucionales que marcan el acceso al empleo pública. En palabras del profesor Cavas, la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal².

Es decir, que en la Administración Pública –a diferencia de en el sector privado- no basta únicamente con que concurran defectos en la contratación temporal para la automática conversión a indefinido en corrección del fraude de ley. Por el contrario, la continuidad del contrato está condicionada a la cobertura de la vacante a través del procedimiento adecuado (en la ya citada STS 20-1-1998). La naturaleza jurídica del empleador resulta determinante y así, el fraude de ley en la contratación temporal no es, *per se*, suficiente para que la indefinición del contrato surta plenos efectos, ya que ésta quedará condicionada a la superación de los correspondientes procesos selectivos. Se pretendía de esta manera conjugar el establecimiento de consecuencias jurídicas reactivas a las situaciones de fraude en la contratación sin contaminar los procesos de acceso al empleo público.

En este sentido la Sentencia de 24 abril 1990 del Tribunal Supremo ya señaló que en esta materia han de entrar en juego normas de distintos ordenamientos -el laboral y el administrativo- que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil,

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007.

² Cavas Martínez, F., “Fijeza laboral y reversión de servicios externalizados en el sector público”, BOE, Revista de Jurisprudencia Laboral, 2/2022.

ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios. El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada o prorrogada *sine die*. El ordenamiento administrativo, por su lado, consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público con especial relevancia constitucional (*ex arts. 23 y 103 CE*). De aquí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la Ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la Ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan.

Esta posición jurisprudencial empezó a alumbrarse a partir de la STS 7 de octubre de 1996 y ha sido reiterada en posteriores pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo (SSTS 10 de diciembre de 1996, 30 de diciembre de 1996, 11 de marzo de 1997, 14 de marzo de 1997 y 7 de julio de 1997, entre otras y hasta hoy) En las referidas sentencias, se puede sintetizar la posición del Tribunal Supremo en los siguientes términos:

1. Los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente y nulo se aplican íntegramente cuando el empleador es una Administración Pública. Los principios de igualdad, mérito y capacidad no obstan que pueda imponerse a una entidad pública la readmisión o la indemnización del trabajador despedido.
2. Sin embargo, ello no impide que tenga plena virtualidad el deber de la Administración Pública de someterse a los principios antes mencionados de acceso al empleo público.

La consecuencia de estos dos postulados se concreta en la siguiente conclusión: la contratación laboral en la Administración, al margen del procedimiento legalmente establecido, califica los trabajadores así incorporados al servicio público de “trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”, mientras que los que han superado el procedimiento de selección reglamentario deben calificarse como “trabajadores fijos de plantilla” y que vendría a configurarse como algo intermedio” entre trabajador temporal y fijo” (STSJ del País Vasco 4 de noviembre de 1997).

Subyace a estos pronunciamientos el identificar la noción de trabajadores contratados por tiempo indefinido con quienes han obtenido la estabilidad en su relación de servicios no por méritos acreditados en el correspondiente proceso de selección, en libre e igualitaria pugna con otros aspirantes, sino como consecuencia de una ilicitud sustancial cometida en la suscripción de su vinculación temporal con el organismo contratante, que operan como “agencias de colocación de los afines”, sin que la gravedad de la infracción (STSJA Málaga de 30 de junio de 2000) o la mayor o menor duración de los servicios prestados (STSJ de La Rioja 20 de junio de 2000) desvirtúen en modo alguno esa doctrina jurisprudencial.

Ante la ambivalencia, calificada como “sutil pero ambigua distinción”, la Sala Social del Tribunal Supremo, reunida en Sala general, desarrolló a través de las SSTS 20 de enero de 1998 y 21 de enero de 1998 con algo más de amplitud la última tesis jurisprudencial, de tal forma que partiendo de la necesaria coexistencia de normas laborales y normas administrativas, estableció las siguientes premisas:

- a) En primer lugar, la obligada sumisión a las normas de derecho necesario, que atribuyen con carácter general los puestos de trabajo de la Administración a los funcionarios (principio de reserva general) y la excepción, al personal laboral (principio de limitación de los puestos de trabajo en régimen general), de conformidad con la doctrina emanada de la STC 99/1987 y recogida en el actual TREBEP
- b) En segundo término, que la selección del personal laboral de la Administración ha de subordinarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que supone, además, una garantía para la eficacia de la Administración en el servicio de los intereses públicos
- c) Que las referidas disposiciones sitúan a la Administración en una posición especial, en la medida que no es válida una aplicación incondicionada de la normativa laboral en los casos de irregularidades en la contratación temporal al ser preciso tener presente dos ordenamientos diferentes -el laboral y el administrativo- que han de ser objeto de una interpretación integradora

Así, mientras la norma laboral tutela intereses privados, aunque también defiende criterios sociales, la legislación administrativa protege en exclusiva intereses públicos, de relieve constitucional (la igualdad en el acceso al empleo público y la eficacia de la actuación de la Administración en el servicio de los intereses generales).

El conflicto debe, entonces, resolverse haciendo prevalecer la norma especial en atención a la misma especialidad de la contratación laboral en la Administración y los intereses que esta norma tutela. Por todo ello, se defiende que cuando la Ley prohíbe contratar o este contrato se formaliza vulnerando una norma especial, la consecuencia querida por la norma no puede ser la declaración del contrato como fijo, sino como “indefinido” (STS 20 de enero de 1998).

Las conclusiones a que conducen estos razonamientos evocan una importante influencia de las figuras literarias. Así, acudimos a la definición del oxímoron contenida en el Diccionario de la RAE, que dice:

m. Ret. Combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido, como en un silencio atronador.

Y esto es, precisamente, lo que ocurre con el concepto de “indefinido no fijo”. Estamos ante un *oxímoron jurídico* que puede situarse en el origen de múltiples reflexiones tanto judiciales³ como doctrinales. A tal efecto compartimos la posición del profesor Beltrán cuando dice que: “Nos hallamos ante una nueva vuelta de tuerca del conflicto (no resuelto) entre los dos principios expuestos al inicio de este trabajo: la estabilidad en el empleo frente a determinados comportamientos que la han quebrado y las reglas que disciplinan el acceso al empleo público.”⁴

³ La base de datos del CENDOJ ofrece un total de 95603 resultados cuando se introduce “indefinido no fijo” como parámetro de búsqueda por texto libre (consulta realizada el 7-9-2024).

⁴ Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Reversión y fijeza (condicionada) del personal subrogado”. Anuario IET de trabajo y relaciones laborales. 2022. Volumen 8, pp. 99-109.

2. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DICTADAS EN 2024

2.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024

En los meses que llevamos del presente año 2024, hemos asistido a un intenso e innovador debate jurisprudencial y doctrinal en relación a la calificación jurídica que merecen aquellas situaciones donde la relación laboral del empleado público con la Administración empleadora resulta fraudulenta o abusiva. Y no podemos perder de vista que no estamos ante situaciones puntuales, sino más bien, habituales⁵.

Anteriormente, la creación doctrinal de “indefinido no fijo” había sido la para dar cobertura. Y aunque se trataba de un oxímoron, la vida útil de esta categoría jurídica ha sido duradera a la vez que ha servido para calificar todas aquellas situaciones donde se advertía fraude en la contratación de los empleados del sector público.

Pues bien, la STJUE de 22 de febrero de 2024 (ECLI:EU:C:2024:149) ha introducido una nueva posibilidad con amparo en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Más concretamente la referida Sentencia viene a resolver de manera acumulada las cuestiones prejudiciales planteadas en tres supuestos por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶.

En concreto se interesaba la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo Marco»), que figura en el anexo 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.

El objeto de esta *litis* reside en primer término, en resolver si la conversión de un contrato de trabajo en un «contrato indefinido no fijo» constituye una sanción adecuada para una situación de abuso en la utilización de la contratación temporal y, en segundo término, decidir si los Estados miembros tienen o no la obligación, al amparo del Acuerdo Marco, de convertir una relación laboral temporal en fija, cuando existan normas internas que permitan sancionar y disuadir el abuso en contratación temporal. En el caso español, el TJUE toma en consideración los artículos 23.2 y 103.2 CE, 15 ET y 8, 11.1 y 3, 55.1 y 70 EBEP, así como las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018. Adicionalmente, también se razona sobre si corresponde o no el abono de una indemnización en favor del trabajador afectado como medida de sanción para el Estado infractor.

Las cuestiones prejudiciales pivotaban sobre la consideración de insuficiencia de la calificación de “indefinido no fijo” como medida sancionadora. Podemos sintetizar así las conclusiones de los razonamientos jurídicos de la STJUE:

⁵ La Exposición de Motivos de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público reconoce expresamente que: “la evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por el aumento de la tasa de temporalidad, que ha llegado al extremo de que casi un treinta por ciento de los empleados públicos en España tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública”, así como que “se ha constatado que no siempre existe una práctica asentada de convocatoria periódica y sistemática, preferentemente con carácter anual, de las plazas vacantes, para su provisión definitiva. A su vez, la falta de convocatoria regular obedece a que los procedimientos de acceso al empleo público no se desarrollan, en muchos casos, con la agilidad y la celeridad necesarias para, respetando en todo caso las garantías inherentes a los mismos y la salvaguarda de los principios constitucionales y legales, permitir al mismo tiempo la dotación de personal en tiempo razonable y garantizar la prestación del servicio por la Administración.”

⁶ Nos referimos a los autos del TSJ de Madrid dictados los días 21 de diciembre de 2021, 22 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022.

- a) Los trabajadores indefinidos no fijos deben considerarse trabajadores con contrato de duración determinada a efectos del Acuerdo Marco
- b) La falta de convocatoria de procesos selectivos para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo permite que tal situación pueda enmarcarse dentro de la “utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada” a los efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco
- c) Que el contrato “indefinido no fijo” resulte ser una creación jurisprudencial y no normativa evidencia que el legislador no ha adoptado ninguna de las medidas previstas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c) del Acuerdo Marco y en consecuencia no constituye una medida lo suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia del Acuerdo Marco y por ende no puede calificarse como “medida legal equivalente”
- d) La cláusula 5 del Acuerdo Marco no establece sanciones específicas como reacción a la existencia de abusos y no se puede considerar por sí sola el abono de una indemnización de veinte días de salario por cada año trabajado, con límite de una anualidad, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco. Las actuaciones irregulares dan lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas
- e) La convocatoria de procesos selectivos no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada
- f) Una normativa que establezca una norma imperativa según la cual, en caso de utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, como los contratos indefinidos no fijos de que se trata en los litigios principales, estos contratos se convierten en relación laboral de duración indefinida puede implicar una medida que sanciona efectivamente tal utilización abusiva y, por lo tanto, debe considerarse conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco⁷
- g) El principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate, sin servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional
- h) La cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida

Con estos planteamientos la STJUE de 22 de febrero de 2024 ha supuesto un revulsivo interpretativo respecto de los abusos cometidos por la Administración respecto de sus contratos laborales temporales e indefinidos no fijos en situación de abuso de temporalidad. Además, no pocos operadores jurídicos han efectuado manifestaciones en

⁷ Vid STJUE de 8 de mayo de 2019, Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti, C494/17, apartado 40 (EU:C:2019:387).

el sentido de plantear que tales conclusiones no solo son aplicables al personal laboral sino también al personal funcionario interino. Nos encontramos pues, ante una marcada tendencia “laboralizante” en el ámbito de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. Las consecuencias jurídicas de los abusos de temporalidad merecerían idéntica calificación y efectos que en aquellos casos donde el empleador es un empresario privado.

Ahora bien, conjugar tales posicionamientos con las exigencias derivadas de las previsiones constitucionales para el acceso al empleo público está generando no pocas incertidumbres y debates jurídicos. Tan es así que el reclutamiento de personal al servicio de las Administraciones Públicas necesariamente debe ser compatible con el principio de igualdad de trato en el acceso a la función pública. Y es aquí donde encontramos posicionamientos que sostienen que a la vista de tales exigencias no puede permitirse convertir al empleado laboral en situación de fraude de ley en personal fijo o al funcionario interino en situación de abuso en funcionario de carrera. Desde estas posiciones se tema que la “fijeza” pudiera llegar a convertirse en una nueva vía de acceso al empleo público en vez de suponer una adecuada sanción a la Administración incumplidora.

2.2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2024

El análisis de la jurisprudencia del TJUE en esta materia no puede ser completo sin referirnos a la STJUE de 13 de junio de 2024, que viene a completar el complejo y diverso panorama de incógnitas jurídicas abiertas en torno a la estabilidad en la contratación de empleados públicos. Cierto es, que en este caso, la cuestión prejudicial resuelta se refiere a un asunto contencioso planteado por un funcionario del Departamento de la Presidencia de la Generalitat de Cataluña. Ahora bien, no es menos cierto que el TJUE carece de órdenes jurisdiccionales y su doctrina no responde a la lógica de compartimentos estancos.

En esta Sentencia, la Sala Sexta del TJUE hace expresa mención al artículo 15 ET (lo que resultaría cuando menos atípico, en una Sentencia interna del orden contencioso-administrativo). Pues bien, así las cosas, el TJUE evita pronunciarse en relación con las medidas derivada de la Ley 20/2021 (incluidas también entre las cuestiones prejudiciales) y sí que analiza la situación de incumplimiento de plazos establecidos por el Derecho interno llevada a cabo por la Administración y que deriva en el abuso de relaciones de empleo de duración determinada en el sector público para atender necesidades que no son provisionales, sino permanentes y estables. El TJUE viene a concluir que la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

Son tres, las conclusiones de tan relevante Sentencia:

- “1) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional conforme a la cual el abuso en la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en el sector público se produce cuando la Administración Pública en cuestión no cumple los plazos que el Derecho interno establece para proveer la plaza ocupada por el empleado público temporal de que se trate, por cuanto, en semejante situación, esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada cubren necesidades de esa Administración que no son provisionales, sino permanentes y estables.

- 2) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, a la luz de los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, respectivamente, el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público que no supere dichos procesos, cuando esas medidas no sean medidas proporcionadas ni medidas suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5.
- 3) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.”

En consecuencia, se viene a mantener la doctrina referida en la STJUE de 22 de febrero de 2024, extendiendo el impacto de la misma a las relaciones funcionariales, que en nuestro Derecho están reservadas al orden contencioso-administrativo y no al social. De esta manera se mantienen abiertos los interrogantes planteados a los que no parece que próximamente el TJUE vaya a dar respuesta por haber declarado que no es a dicho órgano a quien corresponde interpretar el Derecho interno.

3. LAS SENTENCIAS INTERNAS SOBRE FIJEZA DICTADAS EN 2024

3.1. Sentencias de Juzgados de lo Social

La Sentencia del Juzgado de lo Social 26 de Madrid de 23 de febrero de 2024 (ECLI:ES:JSO:2024:10) introduce por vez primera la doctrina de la STJUE de 22 de febrero de 2024 en una sentencia española. De un lado, el propio juzgador reconoce que la solución que anteriormente había ofrecido era la de “indefinido no fijo” (FJ 6º) y cambia su criterio -al día siguiente de emitirse la STJUE y con referencia expresa a la misma- para razonar sobre la preeminencia del Derecho de la Unión Europea sobre el artículo 103 CE y estimar la pretensión principal de la demanda, esto es la fijeza, ante una situación donde el vínculo laboral formalmente temporal ha excedido con mucho de los límites previstos por la norma.

La Sentencia del Juzgado de lo Social 14 de Sevilla de 27 de febrero de 2024 reconoce la falta de acción positiva del legislador español (FJ 4º) y ante la ausencia de medidas adecuadas en el Derecho interno y a la vista de la primacía del Derecho de la UE procede la declaración de fijeza con carácter previo a la calificación jurídica de la extinción del contrato (objeto de la *litis*, que aborda, un procedimiento de despido). La

inmediatísima recepción de la doctrina del TJUE evidencia de un lado, el alto grado de actualización demostrado por algunos magistrados y de otro la relevancia social y jurídica de la problemática abordada.

La Sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Granollers de 24 de marzo de 2024 razona sobre la insuficiencia de la declaración judicial de indefinido no fijo ni la posterior conversión en fijo por superación de las pruebas convocadas en el marco de un proceso de consolidación como medidas para sancionar el abuso de la contratación temporal. Así las cosas, estima una indemnización de 5001 euros a favor de la parte demandante por equivalencia con una sanción en grado máximo de la infracción grave por transgresión de la normativa en materia de contratación.

La Sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Ourense de 27 de marzo de 2024 viene a plantear que la falta de convocatoria por parte de la Administración Pública empleadora de procesos selectivos determina la existencia de un abuso incompatible con la Directiva. Además, sostiene que tales procesos no pueden ser considerados como medidas que garanticen su cumplimiento. Y en el caso que analiza, al superarse el período de tres años establecido en el art. 70 EBEP concluye la declaración de fijeza.

El Juzgado de lo Social 21 de Madrid en su Sentencia de 1 de abril de 2024 afirma que: “el Ordenamiento de la Unión Europea y su interpretación auténtica que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe prevalecer, incluso, frente a la jurisprudencia que interprete la normativa nacional, incluso con rango constitucional. Por ello, ante la preeminencia del Derecho de la Unión Europea que realiza su máximo interprete el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debemos cambiar nuestro criterio ya que el reconocimiento del actor como indefinido no fijo no supondría suficiente sanción a la empleadora pública demandada, y estimar la pretensión principal de la demanda, declarando que el actor tiene la condición de FIJO⁸”.

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Granada de 9 de julio de 2024 procede a reconocer el carácter abusivo de la contratación de los actores y declarar la fijeza de sus relaciones laborales, con cita de la Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018, que indica en su considerando 18 que: “la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de la contratación temporal”.

Observamos pues una serie de notas comunes en dichas resoluciones, que acogen abiertamente la tesis del TJUE y reconocen la fijeza a los demandantes:

- a) Se hace expresa referencia a la doctrina del TJUE para fundamentar la decisión, que en varios asuntos supone un cambio de criterio del propio juzgador *a quo*
- b) Afirman sin ambages la preeminencia del Derecho de la UE
- c) Introducen en la jurisprudencia española una posibilidad novedosa desde el punto de vista jurídica

3.2. Sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia de 14 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAND:2024:1) concluye que no procede declarar la fijeza tras analizar el caso de un empleado del Ayuntamiento de Sevilla, que

⁸ Así aparece (en mayúsculas) en la fuente original.

habiendo sido declarado indefinido no fijo en la instancia interesa la declaración de fijeza por la duración inusualmente larga de los contratos de interinidad en virtud de los que ha prestado servicios. La Sala, con apoyo en la anterior doctrina del TJUE (caso Montero) plantea que los indefinidos no fijos ni encajan en los contratos temporales ni en los indefinidos. Además, advierte sobre el conflicto entre la CE y la Directiva 99/70 y concluye -en sentido opuesto al sostenido por el Juzgado de lo Social 26 de Madrid- que el Derecho de la Unión no prevalece sobre la Constitución. Es por ello, que la Sentencia se limita a utilizar la “única” herramienta dentro del marco constitucional para las situaciones descritas: el indefinido no fijo.

Y siguiendo este criterio, la misma Sala (con idéntica composición), en su Sentencia de 20 de marzo de 2024 lo ha reiterado en un asunto análogo. Como refuerzo de esta posición, podemos también destacar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:2359) que sostiene que la legislación española sobre empleo público no permite la transformación automática en fija de una relación interina mantenida en el tiempo. Y aún dice más, pues indica que ni aun en el caso de una utilización objetivamente abusiva de relaciones de empleo de carácter temporal se da automáticamente el derecho a la indemnización en la necesidad de diferenciar las indemnizaciones sancionadoras de las resarcitorias.

Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha acogido en sus Sentencias de 22 y 23 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:74 y ECLI:ES:TSJPV:2024:678) la doctrina de la STJUE de 22 de febrero de 2024 y manifiesta abiertamente de un lado que los principios de acceso a la Administración por la vía del art. 103 CE pueden ser obviados desde la perspectiva de las garantías de un trabajo estable y permanente y de otro lado que la interpretación de la cláusula 5ª ante una situación de abuso tiene como consecuencia la adquisición de una condición y vinculación relacional dentro del trabajo fijo y permanente, sin elementos de precariedad o inestabilidad, que sí se dan en los contratos indefinidos no fijos.

Y por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 10 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TSJM:2024:5417) ha sostenido que ante la falta de incorporación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco -plazo este que venció el 10 de julio de 2001- y al haber accedido al empleo público por inclusión en una bolsa de empleo la interpretación del artículo 14 CE así como los principios de mérito y capacidad deben hacerse de una forma flexible y conciliable con la norma europea. Esta misma Sala -y con idéntica composición-, en su Sentencia de 21 de junio de 2024 (ECLI:ES:TSJM:2024:7405) resuelve que la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente es incompatible con el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad. Por ello, en este caso, decide que el transcurso del tiempo (13 años y medio a la fecha de juicio) no es elemento suficiente por sí solo para obtener la condición de fijeza.

Nos encontramos por tanto con tres criterios diferentes sobre el alcance y aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 22 de febrero de 2024. Mientras que la Sala de lo Social de Sevilla del TSJA plantea que no cabe la fijeza dentro del marco constitucional, la Sala del TSJPV considera que tal fijeza es la consecuencia jurídica ante las situaciones de abuso y como tercera vía, la Sala de Madrid opta por el análisis de las circunstancias concurrentes, caso a caso, con objeto de pronunciarse. No sería suficiente, a su criterio, el transcurso del tiempo y sí lo sería el acceso mediante un proceso que haya respetado los principios constitucionales de acceso al empleo público.

4. EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU NUEVA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Tras conocerse la STJUE de 22 de febrero de 2024, el 7 de marzo de 2024 se hizo pública una nota de prensa desde el Gabinete de Comunicación del Poder Judicial que informaba de lo siguiente: “El Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sesión no jurisdiccional, ha analizado el modo de aplicar la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22) sobre personal indefinido no fijo, a los múltiples recursos pendientes de resolución.

Con el deseo de llevar a cabo su correcta interpretación, y ante la existencia de importantes dudas acerca de su alcance en determinados aspectos, la Sala ha acordado iniciar las actuaciones a fin de formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En especial, para resolver las dudas acerca del modo en que compatibilizar la doctrina acuñada por la citada sentencia con las normas relativas al acceso al empleo público (incluyendo a los nacionales de los Estados miembros) así como con las reglas del ordenamiento jurídico nacional que garantizan el derecho de acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.”

Días antes de haberse conocido la referida Sentencia, el propio Tribunal Supremo dictó un Auto de 6 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1248^a), cuyo tenor literal era el siguiente: “es jurisprudencia reiterada la que determina que las consecuencias que acarrea en el contrato de trabajo las irregularidades cometidas por la Administración, bien en el momento de su celebración, bien a lo largo del desarrollo del mismo suponen que el trabajador adquiere la condición de indefinido no fijo, pero no la fijeza. Así las STS 21/1/1998, Rec 315/97; 11/4/2006, Rec 1262/04; 14/12/2009, Rec 1654/09; 11/2/2021, Rec 17/20 y 16/3/2021, Rec 109/21. En las mismas se establece que las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas no determinan la adquisición de la condición de fijeza, porque ello supondría la vulneración de las normas con relevancia constitucional que garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público, siendo el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo el que corresponde. Además, a partir de la STS 28/06/2021, R. 3263/2019, para la aplicación de la STJUE de 3 de junio de 2021, Asunto C-726/19, que apuesta claramente por reconocer el carácter indefinido no fijo de la relación – y no la fijeza laboral – a los empleados de las administraciones públicas que hayan estado sujetos a una relación temporal superior a tres años, en los términos que establece dicha resolución, y que ha sido reiterada por numerosas sentencias, así las SSTS 03/12/2021, R. 1069/2019, 4840/2018, 1891/2019 y 1921/2019, entre otras muchas”.

Y tras conocerse la Sentencia, dictó el Auto de 30 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:6188^a), en virtud del cual ha elevado una nueva cuestión prejudicial al TJUE reconociendo expresamente albergar dudas acerca del modo de aplicar los preceptos tomados en cuenta por la STJUE de 22 de febrero de 2024 y la respuesta que en ella se ofrece. Tras razonar sobre los preceptos en cuestión, las respuestas judiciales ofrecidas y la figura del contrato indefinido no fijo, plantea las siguientes cuestiones:

1. Principal. ¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos?

2. Subsidiaria. De ser afirmativa la respuesta a la anterior pregunta: ¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

Es por ello evidente que estamos ante una cuestión abierta e inconclusa y cuyo debate previsiblemente proseguirá tanto en el ámbito jurisprudencial como doctrinal.

5. CONCLUSIONES

Pese a que la solución planteada por el Tribunal Supremo (el indefinido no fijo) permitía la continuidad del empleado prestando servicios en la Administración hasta la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo a través del oportuno procedimiento selectivo, la misma revela sus insuficiencias cuando tal procedimiento no es convocado y dicha situación se prolonga. Esta situación se ha visto acrecentada por la inacción de las Administraciones Públicas en materia de creación de empleo público estable, pues solo así puede explicarse la situación que ha motivado la aprobación de la Ley 20/21. Debemos pues plantearnos, si, cuando se culminen los procesos de estabilización y convocados al amparo de la misma ponen fin definitivo a esta situación.

El TJUE, sin embargo, ha venido a superar esta consolidada doctrina planteando que el indefinido no fijo no cumple con la finalidad pretendida por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. En cambio, la fijeza, siempre que no constituya una solución *contra legem* sí podría alcanzar tal finalidad. Se introduce así una nueva categoría (la fijeza por vía judicial) que abre consigo multitud de debates jurídicos: ¿es una sanción?, ¿es proporcionada?, ¿respeto la Constitución y el derecho interno?, ¿por qué no se había planteado antes en virtud de la misma Directiva que resulta ser de 1999?, ¿opera en todos los supuestos?, etc. Estamos de acuerdo ... en que no hay acuerdo⁹.

Este pronunciamiento ha provocado por el momento una serie de pronunciamientos judiciales donde se ofrecen soluciones diferentes a situaciones análogas. Encontramos algunas posiciones judiciales que afirman taxativamente que la fijeza no cabe en nuestro modelo constitucional, otras que la utilizan dicha fijeza como solución óptima al litigio que resuelven, otras que plantean nuevas dudas ante el mismo TJUE y otras que entiende que para que dicha solución sea posible deben valorarse ad hoc las circunstancias del caso. Estamos pues ante un asunto irresuelto, que de seguro seguirá produciendo más razonamientos jurídicos enfrentados y que requerirá incluso de nuevos pronunciamientos por parte del propio TJUE. La falta de certeza y la situación de inseguridad jurídica se imponen.

Dentro de estos heterogéneos planteamientos hay algo que llama la atención dentro de las posiciones *negacionistas* de la fijeza. Y es que los principios constitucionales para el acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad) deben presidir cualquier procedimiento, ya sea para coberturas temporales o fijas de puestos de trabajo. Es por ello, que invocar los mismos como límite infranqueable para la declaración de fijeza supone inexorablemente dudar sobre si el acceso al empleo se realizó con respeto a tales principios constitucionales. Es cuando menos llamativo que se pretendan aplicar estos

⁹ Entrada del Blog "El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales" del profesor Rojo Torrecilla de 18 de marzo de 2024: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2024/03/estamos-de-acuerdo-en-que-no-hay.html>

critérios de acceso a quienes ya han accedido al empleo público. Y ello porque solo el empleado público que ya lo es -y sufre la situación de precariedad derivada del abuso en la temporalidad- puede plantear esta pretensión. ¿Presumimos por tanto que el acceso al empleo temporal no ha respetado principios de igualdad, mérito y capacidad?

Observamos una clara tendencia *laborizadora* en la última jurisprudencia del TJUE, que contempla el reconocimiento de fijeza como posible sanción para la Administración en situaciones donde se mantenga la situación de irregularidad en la contratación temporal. Esta situación tiene que ver con la inclusión de las situaciones indefinidas no fijas en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco, lo que refuerza la vertiente temporal de este tipo de contratos. Y parece evidente que la temporalidad no puede solucionarse con más temporalidad.

Compartimos -siguiendo el criterio de la profesora Casas¹⁰- que a la vista del estado de la cuestión la situación es urgente y que el legislador podría aprobar medidas efectivas y eficaces para prevenir e incluso sancionar la indebida larga temporalidad de los trabajadores indefinidos no fijos. Lo que en su día pudo ser una solución judicial coyuntural a una determinada situación jurídica parece hoy día haberse convertido más bien en una situación problemática que afecta a multitud de trabajadores, está presente en buena parte de las Administraciones Públicas y dificulta -en no pocos aspectos- una gestión ajustada a derecho de las relaciones laborales en el ámbito público. Los servicios públicos no deben verse comprometidos por una gestión deficiente en materia de personal y el foro judicial no es el ámbito apto para resolver tales cuestiones.

¹⁰ Casas Baamonde, M. E., “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión”, BOE, Revista de Jurisprudencia Laboral, 2/2024.

**LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO
COMO MEDIDA CLAVE PARA LA REDUCCIÓN
DE LA BRECHA PRESTACIONAL POR RAZÓN
DE GÉNERO: LA RELEVANCIA DEL JUICIO DE
PONDERACIÓN JUDICIAL**

MARGARITA ARENAS VIRUEZ
Prof.^a. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla
marevir@upo.es
<https://orcid.org/0000-0002-2293-7625>

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. MEDIDAS PREVENTIVAS DE LA BRECHA EN LOS TIEMPOS; EN ESPECIAL, LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO: NATURALEZA JURÍDICA Y ÁMBITO OBJETIVO
3. EL JUICIO DE PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO
4. CONCLUSIONES

El análisis de algunos de los más recientes pronunciamientos judiciales que han resuelto controversias entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora solicitante de su adaptación de jornada pone de manifiesto dos aspectos relevantes. Uno, la necesidad (y complejidad) de hacer una ponderación y valoración de las posiciones de las partes. Lo que ha de abordarse, desde la perspectiva constitucional que ha de guiar la atención de los intereses contrapuestos, por un lado, facilitando su uso, esto es, flexibilizando el carácter razonable y proporcionado en relación con las necesidades personales de la persona trabajadora; y, por el otro, exigiendo la acreditación del carácter gravoso, excesivo o difícilmente asumible de la adaptación por parte de la empresa. Todo, conscientes de las dificultades de concreción en cada caso, en aras de hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Y dos, que el amplio abanico de posibilidades de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo se concreta, en la mayoría de las ocasiones, en modalidades que no tienen repercusión en la retribución de la persona trabajadora. De ahí que la solicitud de adaptación de la jornada de trabajo sea un derecho clave como instrumento o medida para, facilitando la conciliación de la vida familiar y laboral, contribuir a la reducción de la brecha retributiva por razón de género y, con ello, la brecha en las prestaciones contributivas por igual causa, en cuanto una de las grandes deficiencias de nuestro sistema de Seguridad Social.

1. INTRODUCCIÓN

Se parte de unos datos, no por conocidos y esperados, menos preocupantes y requeridos de atención por parte de los poderes públicos, a quienes corresponde, por mandato constitucional, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9 CE). En concreto, tal punto de partida se sitúa en el importe medio de las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social que causan las mujeres y los hombres, cuya diferencia es notable.

En efecto, en el año 2023 el importe medio de las pensiones que causan los hombres (1.442,52 euros), sin diferenciar ninguna de ellas, es superior al de las pensiones que causan las mujeres (970,79 euros), ascendiendo la diferencia a 471,73 euros, lo que representa un 19,54%. En concreto, la diferencia, respecto de la pensión de incapacidad permanente, es de 153,53 euros (6,98 % más elevada la pensión de incapacidad permanente que causan los hombres respecto de las que generan las mujeres); mientras que la diferencia de la pensión de jubilación es mucho mayor, alcanzando los 500,99 euros (18,86% mayor el importe medio de la pensión de jubilación de los hombres)¹.

Y se ha dicho que son datos conocidos puesto que se trata de una realidad que se viene denunciando desde hace tiempo. De hecho, la brecha prestacional por razón de género ha sido considerada por el propio legislador como “la principal insuficiencia en la acción protectora del sistema de Seguridad Social en el ámbito de las pensiones”², lo que no es sino un reflejo de la histórica y estructural discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo por el desempeño del rol de cuidadoras de hijos e hijas, además de otros familiares mayores y/o dependientes.

¹ <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>

² Así se señala en el preámbulo 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 medidas en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (BOE de 3 de febrero de 2021).

De ahí que también sean datos esperados, en el sentido de que los mismos no son sino el resultado de la más tardía incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de la diferente posición que ha venido –y sigue– teniendo en el mismo. Y es que no cabe duda de que una de las principales causas de la brecha de género en las prestaciones del sistema de Seguridad Social es la brecha retributiva por idéntica razón que, a su vez, es consecuencia de la brecha en los tiempos, esto es, la diferente posición en el mercado de trabajo de las mujeres y los hombres.

La conexión entre estas tres brechas, la brecha en los tiempos de trabajo, la brecha retributiva y la brecha prestacional, se encuentra, en última instancia, en la configuración jurídica de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y, en concreto, en el principio de contributividad que rige en el mismo. Puesto que, como es sabido, tanto para causar derecho a las prestaciones del nivel contributivo del sistema de Seguridad Social como para cuantificarlas se atiende al tiempo de cotización y a la cuantía de la misma, la cual, a su vez, depende de la cuantía de las bases de cotización, que se calculan atendiendo a la retribución de las personas trabajadoras.

Por ello, todos los factores que repercutan en el modo y tiempo de trabajo que tengan incidencia en la cuantía de la retribución afectan a la protección que confiere el sistema de Seguridad Social, sea a corto o a más largo plazo. Y si las mujeres y hombres presentan diferentes modos y tiempos de trabajo (que, en general, se traduce en menos tiempo de trabajo para la mujer trabajadora), que repercute en la retribución que perciben, es de esperar que las cuantías de las prestaciones de Seguridad Social sean diferentes; de ahí el origen de la brecha prestacional por razón de género.

En efecto, la maternidad y el cuidado de hijos y de otros familiares afectan de forma notable a la trayectoria laboral de la mujer trabajadora, pudiendo incluso ser el motivo por el ni siquiera se incorpora al mercado de trabajo. El rol de cuidadoras de hijos y otros familiares que tradicionalmente han asumido las mujeres y que siguen asumiendo al día de hoy, al menos en mayor medida que los hombres, es el origen y elemento clave a partir del cual se encuentra explicación, aunque no en todo caso justificación, a la brecha retributiva por razón de género que, en gran parte, reproduce la brecha prestacional.

Así, la interrupción de la carrera profesional o la reducción del tiempo de trabajo; la necesidad o la opción, según las circunstancias concurrentes, de no incorporarse al mercado de trabajo o, en su caso, no reincorporarse tras la interrupción de la trayectoria laboral; o la no incorporación o reincorporación al mercado laboral de forma plena, sino a tiempo parcial. Detrás de esta diferente forma de trabajar, sin duda, se encuentra la referida necesidad de conciliar la vida laboral y familiar y, a su vez, la desigual distribución de las tareas de cuidados de hijos y de otros familiares, puesto que la mujer trabajadora asume un mayor peso en la atención de dichas tareas de cuidado³.

Todo ello, a fin de disponer de tiempo para el cuidado de los hijos y/o familiares, se traduce en la percepción de menor retribución y, en consecuencia, en menor contribución al sistema de Seguridad Social. A lo que se añaden otras causas de la brecha retributiva por razón de género cuyo origen se encuentra en la existencia de una segregación horizontal y vertical que igualmente acarrea, a los efectos que interesan, una menor aportación al sistema de Seguridad Social.

³ Al respecto, se ha dicho de forma acertada que “la desviación en el mercado laboral es reflejo de la desviación a nivel privado, a nivel doméstico, a nivel de cuidados (*caring work*) respecto a hijos o familiares dependientes”. Grau Pineda, C. y Rodríguez González, S., “El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones”, *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015-Vol. I, p. 146.

Ante esta realidad el legislador ha adoptado medidas para reducir la brecha de género en materia retributiva y de forma especial el componente discriminatorio de la misma (en especial, los instrumentos de transparencia retributivos, como, por ejemplo, el registro retributivo y la auditoría retributiva), lo que, se espera, redundará en la reducción de la brecha en pensiones por razón de género. Pero, además, en el propio sistema de Seguridad Social igualmente existen medidas de distinta naturaleza y configuración que persiguen atenuar los efectos que producen la menor cuantía y el menor tiempo de cotización de las personas trabajadoras debido a la mayor asunción de las labores de cuidados familiares (como son las propias prestaciones familiares contributivas, el cómputo de cotizaciones y las reglas cuantificadoras de las prestaciones derivadas de la contratación a tiempo parcial o el complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género).

Asimismo, en una fase previa, en el ámbito de la prevención de la brecha en los tiempos, el legislador también ha adoptado cuantiosas medidas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales, tales como reducciones de la jornada de trabajo, causas de suspensión del contrato de trabajo, permisos retribuidos, etc. En este sentido, precisamente, el objeto de la presente ponencia específica es el análisis de una de las medidas preventivas de la brecha en los tiempos, cual es la adaptación de la jornada de trabajo, que es considerada, en opinión de la ponente, como una media clave para reducir la brecha retributiva y, como consecuencia de ésta, la brecha por razón de género en el sistema de Seguridad Social. Lo que se hace desde una perspectiva eminentemente práctica, analizando algunas de las controversias jurídicas que han venido resolviendo recientemente los Tribunales de Justicia.

A tal efecto, la presente ponencia específica se conforma de dos partes, además de este apartado introductorio. Una primera, en la que se hace un breve recorrido por algunas de las más relevantes medidas preventivas de la brecha en los tiempos, las cuales pretenden facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales, si bien muchas de ellas con incidencia en la brecha retributiva por razón de género y, por ello, en la brecha prestacional por la misma causa. De ahí que, como se expone y argumenta en esta ponencia específica, la adaptación de la jornada de trabajo, en tanto en cuanto se trata de una medida que no tiene por qué tener repercusión en la retribución de la persona trabajadora, se considera una medida relevante, cuya utilización puede contribuir a la efectiva reducción de la brecha de género de las prestaciones de Seguridad Social.

Y una segunda parte, en la que se aborda, desde la práctica judicial, algunas de las más recientes y relevantes controversias jurídicas que han resuelto los Tribunales de Justicia, lo que se hace con la finalidad de conocer y concretar los términos, un tanto difusos e indeterminados, de este derecho que tienen las personas trabajadoras a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo. Y, con ello, conocer, aunque sea desde esta limitada dimensión de la conflictividad judicial, la efectividad real del ejercicio de este derecho como vía para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral sin afectación a la retribución de la persona trabajadora.

2. MEDIDAS PREVENTIVAS DE LA BRECHA EN LOS TIEMPOS; EN ESPECIAL, LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO: NATURALEZA JURÍDICA Y ÁMBITO OBJETIVO

Con la finalidad de facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales, nuestro ordenamiento jurídico laboral ha adoptado diversas medidas, de distinta índole, las cuales se pueden clasificar agrupándolas en tres conjuntos o bloques.

En primer lugar, el grupo de modalidades contractuales, en el que, a su vez, se diferencian dos tipos de interés, cuales son el contrato a tiempo parcial y el trabajo a distancia, los cuales ofrecen a las personas trabajadoras cierta flexibilidad (sea por el menor tiempo dedicado al trabajo, sea por el modo en que se trabaja), con la finalidad de facilitar compaginar el tiempo de trabajo con el tiempo de cuidados familiares.

En segundo lugar, entre otras medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, destacan algunas causas de suspensión del contrato de trabajo, como son las vinculadas al embarazo y cuidado del lactante y la causa de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento (o adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento) y cuidado de hijos. Asimismo, se encuentran el permiso parental (art. 48 bis ET) y la excedencia para atender al cuidado de un hijo o la excedencia para atender al cuidado del cónyuge o pareja de hecho o de un familiar que no pueda valerse por sí mismo, en los términos previstos en el art. 46.3 ET.

En tercer lugar, en cuanto al tiempo de trabajo, además de algunos permisos retribuidos que igualmente tienen su razón de ser en la necesidad de atención de ciertas responsabilidades de carácter familiar (como puede ser, a modo de ejemplo, el permiso por accidente, enfermedad, hospitalización o intervención quirúrgica de determinados familiares), en este bloque también se destaca la ausencia al trabajo o, en su caso, reducción de jornada, en los términos previstos en el art. 37, apartados 4, 5, 6 y 9 ET, por motivos varios: cuidado de lactante hasta que cumpla los nueve meses; nacimiento prematuro de hijo o que, por cualquier causa, deba permanecer hospitalizado a continuación del parto; cuidado directo de un menor de doce años, de persona con discapacidad o cuidado del cónyuge o pareja de hecho o de un familiar que no pueda valerse por sí mismo; cuidado, durante la hospitalización y tratamiento, de un menor a cargo afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave; y necesidades de atención urgente relacionadas con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia de la persona trabajadora, en cuyo caso ésta podrá ausentarse del trabajo.

Como de forma expresa señala el ET, las reducciones de jornada a las que se ha hecho mención y las referidas excedencias y suspensiones constituyen derechos individuales de las personas trabajadoras, hombres o mujeres. Lo que ocurre es que, como es sabido, son las mujeres trabajadoras las que de forma mayoritaria ejercen estos derechos debido, básicamente, a razones sociales, educativas y culturales, así como a la existencia de una brecha retributiva por razón de género que, al mismo tiempo, actúa, a su vez, como uno de los factores de su propia existencia. Y es que si, como ocurre con frecuencia, las personas trabajadoras que conforman la unidad familiar, para poder atender a hijos y/o familiares, necesitan reducir el tiempo de trabajo; y, si tal reducción implica disminución o incluso pérdida de retribución, en buena lógica, ejercen estos derechos las personas que reciben una menor retribución. De la misma forma que, por los mismos motivos recién referidos, el contrato a tiempo parcial, con su proporcional incidencia en materia retributiva, es usado de forma mayoritaria por las mujeres trabajadoras.

El resultado es que, pese a la existencia de diversas figuras jurídicas que de forma neutra pretenden facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales, en la práctica, el tiempo de cuidado de hijos y demás familiares lo asumen de forma mayoritaria las mujeres trabajadoras, que reducen su tiempo de trabajo, sea usando la contratación a tiempo parcial, sea reduciendo su jornada de trabajo o sea saliendo temporal o definitivamente del mercado de trabajo, surgiendo una brecha en los tiempos por razón

de género⁴. O, dicho con otras palabras, pese a la adopción de medidas preventivas de la brecha en el uso de los tiempos, configuradas como derechos individuales de las personas trabajadoras al margen de cuál sea el género, el uso mayoritario de las mismas por parte de las mujeres trabajadoras produce una brecha en los tiempos por razón de género, que tiene negativas consecuencias retributivas y prestacionales en las mujeres.

De ahí que, en nuestra opinión, la figura de la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación del trabajo a distancia, sea clave para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, sin sesgo de género. Lo relevante, aunque también lo complicado, es que la conciliación del trabajo y cuidados familiares no tenga repercusión en la retribución y ni en la carrera contributiva de las personas trabajadoras. Puesto que todas aquellas medidas que merman la retribución e inciden en la aportación (sea en el tiempo, sea en la cantidad) al sistema de Seguridad Social se consideran poco efectivas por su repercusión prestacional, sobre todo mientras persista una brecha retributiva por razón de género puesto que, como se ha dicho, en tal brecha puede estar una de las causas (de carácter económico) de que sea la mujer trabajadora quien ejerce de forma mayoritaria estos derechos para facilitar la conciliación del trabajo y familia.

A lo que hay que añadir, por supuesto, razones sociales, culturales y educativas (relacionadas con una determinada visión del papel de la mujer en la familia y en la sociedad)⁵ que exceden del objeto de esta ponencia específica y que igualmente contribuyen a que sean las mujeres trabajadoras las que asuman, en mayor medida, el peso de la conciliación. Es, pues, fundamental sensibilizar y concienciar de la importancia de la corresponsabilidad real en el cuidado de los hijos y demás familiares, superando los estereotipos de género y el modelo tradicional de reparto de roles⁶. Lo que necesariamente ha de ir acompañado de la adopción de medidas, en el plano jurídico, que así lo faciliten, en una apuesta clara por la prevención de la brecha en los tiempos por razón de género.

Entre las medidas adoptadas en esta línea preventiva de la brecha en los tiempos por razón de género, se encuentran la referida adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo y, en general, fórmulas de trabajo flexible por parte de los trabajadores y racionalización de horarios⁷. Pero aún queda mucho por hacer en el plano educativo, social, cultural y, especialmente, en el plano retributivo, puesto que, como se ha dicho, todas aquellas medidas de conciliación de la vida familiar y laboral que impliquen una merma retributiva serán utilizadas en mayor medida por las mujeres trabajadoras, al menos mientras persista la existencia de una brecha retributiva por razón de género. De ahí, se insiste, la relevancia del derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo en tanto en cuanto no tenga incidencia en la retribución de la persona trabajadora, especialmente cuando sea la mujer trabajadora quien ejerza dicho derecho.

⁴ Sobre esta cuestión, puede verse a Aragón Gómez, C., “El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, número 115, 2018-Vol. III, p. 78. Al respecto, también puede verse a Tortuero Plaza, J.L., “Conciliación, género y empleo: reflexiones desde el sistema de la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 1/2006, p.119, citado por Grau Pineda, C. y Rodríguez González, S., “El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral...”, op. cit., p. 171.

⁵ Gala Durán, C., “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza mal acaba?”, *Temas Laborales*, núm. 158/2021, p. 131.

⁶ Al respecto, puede verse a Casas Baamonde, M. E., “Igualdad de género y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable”, *Femeris*, Vol. 4-2, 2019, citada por López Anierte, M.C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación”, *Lan Harremank*, 43/2020, p. 153.

⁷ Un análisis detallado sobre la racionalización de horarios y la gestión flexible del tiempo de trabajo en cuanto medidas para combatir la brecha de género en el uso de los tiempos puede verse en Rodríguez González, S., “Brechas de género en el mercado laboral: una mirada crítica ante el horizonte 2030”, *Revista Atlántida*, 9/2018, pp. 78 y ss.

2.1. Naturaleza jurídica del derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo

Como se ha dicho, el lugar central de esta ponencia específica, por su relevancia como medida o instrumento clave para la reducción de la brecha prestacional por razón de género en el sistema de la Seguridad Social, lo ocupa el derecho de las personas trabajadoras a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada. Lo que se hace, como de forma expresa señala el art. 34.8 ET, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Se trata de un “derecho a solicitar” las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, por lo que no es un derecho de concesión automática⁸; no es un derecho absoluto⁹, ni ilimitado¹⁰, ni perfecto en el sentido de que no basta sólo con que concurra el supuesto de hecho y la voluntad de ejercicio del mismo¹¹. Con el reconocimiento de este derecho a solicitar las adaptaciones de la jornada de trabajo se crea, pues, sólo una expectativa de derecho¹². Se insiste en que no es un derecho absoluto, pero, en conexión con su dimensión constitucional, en los términos que se exponen más adelante, sus limitaciones en función del interés empresarial sólo son admisibles en atención a un triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹³.

En consecuencia, como correlativo a este derecho no absoluto, su reconocimiento no es una obligación del empresario pues, en virtud de la libertad de empresa y, sobre todo, en base a las pautas procedimentales que luego se comentan, se han de ponderar y valorar los intereses en juego tanto por parte del empresario como por parte del trabajador¹⁴. La posible colisión con las necesidades organizativas y productivas de la empresa permiten entender el carácter no absoluto de este derecho y la necesidad de atender a las circunstancias concurrentes en según qué supuestos¹⁵.

Es, pues, un derecho personal de las personas trabajadoras, con límites, que presenta dos condicionantes: uno, en búsqueda de un equilibrio de las necesidades de la persona trabajadora solicitante y de la empresa desde la perspectiva de la razonabilidad y proporcionalidad de las adaptaciones solicitadas, en los términos que se analizan más adelante; y otro, en estrecha vinculación con el anterior, de carácter procedimental, tal y como igualmente se analiza en el siguiente apartado¹⁶.

⁸ Al respecto, pueden verse, entre otras, la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:248); la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 22 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:7900); y la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:5482). En muchas ocasiones, los pronunciamientos judiciales han analizado la naturaleza de este derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo por referencia y diferencia del derecho a la reducción de jornada y concreción horaria del art. 37. 6 y 7 del ET.

⁹ Así lo califica la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:248); la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 14 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAND:2022:9805); STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 16 de junio de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:4576); la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:5482); la STJS de Madrid (Sala de lo Social), de 3 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:1364); y STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2529).

¹⁰ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2529).

¹¹ Véase al respecto la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 14 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAND:2022:9805).

¹² Así se pronuncian, a modo de ejemplos, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:3176) y la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2529).

¹³ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:2740).

¹⁴ En estos términos, se pronuncia la STS de Asturias (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:2740).

¹⁵ Véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:5482).

¹⁶ Sobre este carácter limitado y condicionado del derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo puede verse la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 11 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:6669).

Ahora bien, también es cierto que se trata de un derecho que ha sido reforzado¹⁷ en los últimos cinco años en dos fases: primero, con la reforma de 2019, en virtud del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que le otorgó la configuración jurídica que tiene actualmente, detallando los rasgos de las adaptaciones y el procedimiento de negociación a seguir; y segundo, con la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que, entre otras medidas, procede a la transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que concreta las necesidades de cuidado de las personas trabajadoras que soliciten este derecho, esto es, las personas que pueden justificar la solicitud de adaptación, y que agiliza el período de negociación.

Lo relevante, en relación con el tema objeto de estudio en esta ponencia específica, es que el derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo garantiza la presencia de la persona trabajadora (con frecuencia, la mujer trabajadora) en el trabajo, sin que se procure la ausencia en el mismo a los efectos de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, tal y como tradicionalmente se ha venido haciendo¹⁸; sin perjuicio de que, por supuesto, sigan perviviendo estos otros derechos de conciliación que implican la salida temporal del mercado de trabajo o la reducción del tiempo de trabajo. La permanencia en el puesto de trabajo, en sus distintas manifestaciones y modalidades, es, precisamente, lo que se analiza a continuación.

2.2. **Ámbito objetivo del derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo**

Partiendo de la literalidad del art. 34.8 ET, según el cual las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar “las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, procede en este apartado delimitar el ámbito objetivo de dicho derecho, atendiendo a los supuestos que en la práctica se vienen solicitando y que, por surgir discrepancias entre la empresa y la persona trabajadora, son resueltos en la jurisdicción social. Puesto que, como se dijo en el apartado introductorio, el objeto de la presente ponencia específica es conocer la interpretación y aplicación del art. 34.8 ET por parte de los más relevantes y recientes pronunciamientos judiciales, tras la tramitación del procedimiento de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previsto en el art. 139 LRJS.

En este sentido, las modalidades de solicitud de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, atendiendo, ya sea a la ordenación del tiempo de trabajo, ya sea a la forma de prestación del trabajo, son diversas, si bien es cierto que, con mayor frecuencia (se insiste, por haber tenido fiel reflejo en los pronunciamientos judiciales) se solicitan las adaptaciones de jornada que se indican a continuación.

¹⁷ El carácter reforzado de este derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo se destaca en la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:248); en la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 14 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAND:2022:9805); en la STS de Asturias (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:2740); en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 7 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:6748); y en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2529).

¹⁸ Puede verse al respecto la STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:2740).

Por un lado, en relación con la ordenación del tiempo de trabajo, se destaca la solicitud de turno fijo de mañana¹⁹ (sin necesidad de seguir utilizando la reducción de jornada de trabajo y la concreción horaria o, en su caso, el trabajo a tiempo parcial, tal y como, en ocasiones, requería la persona trabajadora antes de solicitar su derecho a la adaptación de la jornada de trabajo²⁰) y el cambio de jornada partida a jornada continuada²¹.

Por otro lado, en cuanto a la forma de prestación del trabajo, es frecuente la solicitud del trabajo a distancia, en la mayoría de las ocasiones el teletrabajo²², en cuanto que, sin duda, es una herramienta práctica para conciliar la vida familiar y laboral puesto que permite una organización flexible para la adaptación de la jornada en aquellos sectores en los que resulta posible su aplicación, es decir, en aquellos que la presencialidad no constituye un elemento inherente a la prestación de trabajo²³. En algunas ocasiones, la solicitud del trabajo a distancia igualmente venía precedida en el tiempo de una reducción de jornada, a los efectos de conciliar la vida familiar y laboral²⁴.

Asimismo, como una adaptación del lugar en el que se trabaja (lo que también se da en el trabajo a distancia), se ha solicitado el traslado de centro de trabajo, habiéndose considerado que si cabe el cambio de centro de trabajo como medida de conciliación, en tanto medida instrumental del derecho de adaptación de la jornada de trabajo. Ello en base al argumento de que el art. 34.8 ET “amplía el objeto del derecho, sobrepasando la ordenación de la jornada para referirse ahora, de forma un tanto enigmática, a la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia”²⁵. Lo que pone de manifiesto el redimensionamiento del ámbito material que este derecho viene adquiriendo desde la perspectiva de la interpretación y aplicación del art. 34.8 ET por los Tribunales de Justicia.

¹⁹ Así en la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 11 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:8825); en la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJGAL:2024:754); en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 11 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:6669); y en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:14138).

²⁰ La solicitud de cambio fijo al turno de mañana, cuando previamente la trabajadora disfrutaba de una reducción de jornada de trabajo, es el supuesto resuelto por la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:248); por la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 7 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:6748); por la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:5482); por la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:3176); y por la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2529). Mientras que se solicitó turno fijo de mañana en un supuesto en el que antes la trabajadora tenía un contrato a tiempo parcial en el caso resuelto por la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 14 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAND:2022:9805).

²¹ Se solicita pasar de jornada partida a jornada continuada en el supuesto que resuelve la STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:2740). En concreto, una trabajadora solicitó el ejercicio del derecho a la adaptación de jornada para conciliar la vida familiar y laboral pasando de la jornada partida actual de 8 a 17 horas de lunes a jueves y de 8 a 15 horas los viernes, a jornada continuada de 7 a 15 horas.

²² Al respecto pueden verse la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 14 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:14347); la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:6652); y STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 30 de junio de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:7803).

²³ En estos términos se pronuncian la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 1 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8570) y la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:4011). Se solicita el derecho de la trabajadora a realizar la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa demandada mediante la modalidad de teletrabajo/trabajo a distancia, manteniendo su horario actual, en el caso resuelto por la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:5179).

²⁴ Así lo había solicitado la trabajadora, que también solicita mantener la jornada reducida pero en la forma de trabajo a distancia (teletrabajo), en el supuesto resuelto por la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 1 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8570). También solicita la modalidad de trabajo a distancia (teletrabajo) una trabajadora, que previamente tenía reducción de jornada, en el conflicto resuelto por la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 3 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:970). Sobre un supuesto de solicitud de adaptación de jornada en la forma de prestación y, en concreto, en trabajo a distancia puede verse también la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 16 de junio de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:4576).

²⁵ Así se pronuncia la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2876).

Atendiendo a la finalidad del referido art. 34.8 ET, se ha indicado que la dicción “forma de prestación” encierra un concepto jurídico indeterminado, siendo conveniente, por tanto, acudir a criterios empíricos de casuismo en la interpretación y aplicación del precepto. Estos criterios, según el órgano jurisdiccional, pueden ir más allá de la ordenación del tiempo de trabajo y abarcar aspectos tales como el lugar de prestación de los servicios, siempre que con ello se facilite la compatibilidad de la vida familiar y profesional. A esta interpretación amplia contribuye la propia norma que no contiene ninguna precisión al respecto²⁶.

Es más, incluso se ha reconocido el cómputo del tiempo de transporte como tiempo de trabajo efectivo en tanto medida de conciliación de la vida familiar y laboral del art. 34.8 ET, si bien es cierto que porque el cambio de centro de trabajo traía su origen en una previa reducción de la jornada de trabajo y posterior movilidad geográfica de carácter unilateral (por parte de la empresa), que suponía que la trabajadora empleara más tiempo en el desplazamiento al centro de trabajo. Ahora bien, esta argumentación se complementa con la relevancia del ejercicio de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, como son la reducción de jornada por guarda legal (art. 37.6 ET) y la adaptación de la jornada de trabajo (art. 34.8 ET), lo que implica que la aplicación de la norma deba efectuarse teniendo en cuenta su fundamento y finalidad²⁷.

Ello evidencia que el derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo presenta un contenido abierto y necesitado de concreción, pudiendo adaptarse la jornada de trabajo no sólo desde un punto de vista cuantitativo (a modo semejante, como alternativa, a la reducción de jornada de trabajo cuando la misma se produce fuera de la jornada ordinaria de trabajo, pues, si no, es preferible ejercer el derecho a la reducción del art. 37.6 ET²⁸), sino también desde una perspectiva cualitativa²⁹. Como se ha expuesto, este derecho abarca fórmulas de jornada continuada, horario flexible de entrada y salida del trabajo, modificación de horarios, cambio de turnos, conversión en jornada continuada en lugar de partida y otras formas de organización del tiempo y de los descansos que permitan la compatibilidad, incluido, como se ha dicho, el cambio de centro de trabajo³⁰.

Lo relevante, en relación con la perspectiva desde la que se analiza este derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo, es que el mismo se puede utilizar (y, de

²⁶ En estos términos se pronuncia el TSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 25 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:2449). Véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 27 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:657) la cual trae a colación el art. 40.3 ET que, aunque referido al traslado, ya desde antes de la introducción del art. 34.8 ET, «posibilitaba el cambio de centro de trabajo del cónyuge no trasladado en inicio junto al otro» para favorecer la conciliación familiar, sin perjuicio de los requisitos específicos del precepto.

²⁷ Por ello, valorando todos estos elementos y el impacto negativo que la modificación tiene en el ejercicio del derecho de conciliar la vida familiar y profesional de la trabajadora y destacando que, desde luego, no es una solución volver a pedir una reducción de jornada con la consiguiente disminución salarial, la Sala concluye que los 45 minutos en cada viaje han de tenerse en cuenta a la hora de adaptar la duración de la jornada de la trabajadora. Ahora bien, dicha adaptación desaparecerá en los periodos no lectivos ya que responde a la finalidad de permitir la llevanza y traida de la hija al centro escolar. Así se pronuncia la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 27 de enero de 2023 (Rec. 1254/2022).

²⁸ Sobre ello, puede verse a Barcelón Cobedo, S., “Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el RLD 5/2023”. *Temas Laborales*, núm. 171/2024, p. 110.

²⁹ Al respecto, véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 27 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:657), que es comentada por Milonva Koseva, D.: “Las adaptaciones de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral como límites al poder de decisión del empresario. Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 2023 (Rec. 1254/2022). *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.269/2023, versión digital BIB 2023\2962.

³⁰ En estos términos se pronuncian la STS (Sala de lo Social), de 24 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3236); la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2876); la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:5482); y la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2529). Es, por ello, por lo que se ha escrito que “la adaptación es una pretensión a la carta que está condicionada por las características de la persona a cuidar, y por las circunstancias familiares o de otro tipo”. Barcelón Cobedo, S., “Adaptación de jornada, reducciones...”, op. cit., p. 111.

hecho, las controversias surgidas y resueltas por los Tribunales de Justicia así lo avalan) como fórmula alternativa a otras medidas que igualmente confieren flexibilidad laboral y facilitan la conciliación de la vida familiar y laboral, tales como las reducciones de jornada o los contratos a tiempo parcial, pero que tienen incidencia en la retribución de las personas trabajadoras. Lo que tiene repercusión y reflejo en la brecha retributiva por razón de género y, en consecuencia, en la brecha prestacional por la misma causa, a pesar de que, desde el propio sistema de Seguridad Social, se hayan adoptado medidas para paliar y reducir la referida brecha; pero sin que, como demuestran los datos objetivos con los que se ha iniciado esta ponencia específica, al día de hoy se haya podido superar la brecha en las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social.

Y todo ello porque, sin duda, son las mujeres trabajadoras las que en mayor medida utilizan fórmulas para flexibilizar el tiempo y duración del trabajo, ya sean excedencias, contratos a tiempo parcial o reducciones de jornada, por poner algunos ejemplos. Pero es que, y así lo demuestran también los pronunciamientos judiciales que conforman el objeto de estudio de la presente ponencia específica, en la inmensa mayoría son también las mujeres trabajadoras quienes ejercen el derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo en virtud del art. 34.8 ET.

3. EL JUICIO DE PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

El art. 34.8 ET regula el derecho de las personas trabajadoras a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, precisando, además del ámbito objetivo o material y los requisitos que han de cumplir quienes quieran ejercer dicho derecho respecto de las personas que requieren las labores de cuidado que justifican la necesidad de conciliación, que tales adaptaciones “deberán ser razonables y proporcionadas en relación con la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”, así como el procedimiento de negociación que se ha de seguir. En el supuesto en el que entre las partes haya acuerdo en el contenido de la adaptación, se ejerce este derecho en los términos acordados; pero, si no hay acuerdo, en caso de conflicto o discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora, las mismas serán resueltas, por expresa mención en el último párrafo del art. 34.8 ET, por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 LRJS.

Pues bien, tras el análisis de algunos de los más recientes pronunciamientos judiciales recaídos al respecto, y ante la falta de precisión y el uso de conceptos jurídicos indeterminados, básicamente en cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad que deben caracterizar a las adaptaciones de jornadas, emerge la importancia del juicio de ponderación judicial de los intereses en conflicto, cuyos principales puntos de análisis y reflexión son los que se indican a continuación. Se trata, pues, como se viene indicando desde el apartado introductorio de esta ponencia específica, de conocer una visión práctica del ejercicio de este derecho tan importante a los efectos de hacer efectiva la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras sin incidencia o, en su caso, con repercusión menor en la retribución de las mismas.

3.1. La dimensión constitucional del derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo: criterio de orientación e interpretación

En la gran mayoría de los pronunciamientos judiciales encargados de resolver las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora solicitante

del derecho de adaptación de la jornada de trabajo se apela a la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE).

Esa dimensión constitucional hace que el análisis que corresponde efectuar a los órganos judiciales en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación (en concreto, con el derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo) no pueda situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que se tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego. De manera que los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que al mismo responde. Como ya señalara la STC 95/2000, de 10 de abril, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales.

Por ello, la dimensión constitucional de aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación en un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Esta dimensión constitucional significa que cualquier impedimento para dicho logro de la efectiva conciliación ha de estar objetiva y racionalmente justificado, y la falta de tal justificación determinará la vulneración del derecho constitucional que se pretende preservar³¹.

Y ello porque el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares; objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas posteriores, entre las se destaca la LOI, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares (STC 3/2007, de 15 de enero, STC 26/2011, de 14 de marzo y STC 119/2021, de 31 de mayo)³².

De ahí que, como ya dijera el TS, los jueces y tribunales tienen la obligación de llevar a cabo un enjuiciamiento guiado por la perspectiva de género mediante el examen de la

³¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:14138)

³² Entre otras, pueden verse la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 1 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8570); la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 7 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:6748); la STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:2740); la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 16 de junio de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:4576); la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2876); la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de julio de

transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación de la ley que sea acorde con los postulados impuestos por la LOI, la cual supuso un hito normativo que compele a los jueces y tribunales a incorporar tal criterio de hermenéutica normativa³³. De manera que “ninguna duda cabe, pues, sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas”³⁴.

La perspectiva de género exige una interpretación de las normas procurando la mayor igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 4 LOI), tal como señala la STS (Sala de lo Social), de 21 de diciembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4943). En este sentido, la STS 379/2023, 25 de mayo (ECLI:TS:2023:2433), indica que “las medidas normativas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, ya desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales, así como desde la protección a la familia e infancia, que proclama nuestra constitución, gozan de una dimensión constitucional de forma que, a la hora de proceder a la interpretación de las mismas deben tenerse presente esos derechos fundamentales para lo cual han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes para poder cohonestar los intereses en juego”.

La interpretación a favor de la igualdad “es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal ha de ser el faro y guía a cuya luz se interpreten las normas”³⁵. Y es que la perspectiva de género es sin duda relevante cuando se trata de enjuiciar la ponderación de los intereses en juego en la temática de la conciliación de la vida laboral y familiar, tal y como sucede al resolver las controversias que surjan entra la dirección de la empresa y la persona trabajadora que solicita la adaptación de la jornada de trabajo.

Precisamente, la ponderación de intereses en juego en supuestos concretos es lo que se analiza a continuación, al estudiar la razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación de la jornada de trabajo; no sin antes insistir en el supuesto de hecho o primer parámetro o elemento que causa el derecho a solicitar la adaptación de la jornada de trabajo y, en consecuencia, activa la ponderación de los intereses en juego. Y es que, el derecho a solicitar la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, con su ya analizado ámbito objetivo, se reconoce a las personas trabajadoras con una concreta finalidad: “para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. De ahí que sólo si concurre dicha finalidad se da el supuesto de hecho para que la persona trabajadora pueda solicitar el reconocimiento del referido derecho y, en su caso, entrar en la compleja valoración de los intereses en conflicto³⁶. Lo que, en última instancia, obliga a valorar la razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación de la jornada solicitada.

3.2. La razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación de la jornada de trabajo

Son dos los rasgos que han de presentar las solicitudes de adaptación de la jornada de trabajo: razonabilidad y proporcionalidad; rasgos que, igualmente, se predicán desde

2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:5179); la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS-JM:2023:5482); y la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:14138)

³³ STS (Sala de lo Social), de 21 diciembre 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8449).

³⁴ STS (Sala de lo Social), de 26 septiembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3604) y STS (Sala de lo Social), 13 noviembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3703). El TS ha procedido a aplicar este criterio de interpretación de la perspectiva de género, en otras sentencias, en la STS (Sala de lo Social), 3 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4284); STS (Sala de lo Social), de 29 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:416); STS (Sala de lo Social), 6 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:338); y STS (Sala de lo Social), 2 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2090).

³⁵ Véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:5482).

³⁶ Al respecto, puede verse la STSJ de Galicia, de 16 de junio de 2026 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:4576), según la cual, al no acreditar la trabajadora que el teletrabajo ayudaría a cuidar a su hijo, ni siquiera se ha de entrar a valorar la posición de la empresa puesto que falta el primer presupuesto para que se pueda ejercer el derecho a solicitar la adap-

las necesidades de las dos partes de la relación laboral: de la persona trabajadora y de la empresa en cuanto a su organización y producción. Tan sólo esto es lo que precisa el art. 34.8 ET, por lo que, como ya se ha dicho, en caso de controversia entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora, el conflicto será resuelto por el órgano judicial quien, según lo expuesto, ha de tener como guía o criterio de orientación la dimensión constitucional de este derecho. No se trata de un cometido fácil pues se encuentra con el reto de concretar, precisar y delimitar conceptos jurídicos indeterminados.

Respecto a la razonabilidad y proporcionalidad de la persona trabajadora, un aspecto esencial es hasta qué punto ha de alegar circunstancias familiares que acrediten la necesidad de la adaptación o si se entiende que el órgano judicial no puede entrar en la forma en que se organiza la familia para cubrir sus necesidades de cuidado, por tratarse de la esfera personal e íntima; de manera que la necesidad de cuidado es una responsabilidad individual de la persona trabajadora que solicita la adaptación.

A los efectos de conocer cuál ha sido la actuación de algunos órganos judiciales al resolver este tipo de controversia se destina este apartado, en el que se exponen, a modo de ejemplos, solicitudes de jornadas de trabajo que han sido consideradas razonables y proporcionadas, bien en relación con las necesidades de la persona trabajadora, bien en relación con las necesidades productivas y organizativas de la empresa. Lo que, según qué caso, ha supuesto el reconocimiento o no del derecho solicitado. En esta relación de ejemplos se destacan los que se exponen a continuación, organizados en función de la modalidad de solicitud de adaptación de la jornada.

a) Solicitud de turno fijo de mañana

Por un lado, se ha superado el juicio de ponderación a favor de la persona trabajadora en los supuestos de hecho que se indican y por los motivos y argumentos que se exponen:

- Uno, trabajadora, madre separada que tiene la custodia de una niña pequeña, acredita que su solicitud de adaptación de la jornada de trabajo (turno fijo de mañana) es razonable y proporcionada; mientras que la empresa no ha acreditado que la solicitud de cambio afecta a su organización, pues tan sólo ha aportado un porcentaje de solicitudes de cambio a turno de mañana, pero ningún otro dato³⁷.
- Dos, la solicitud de una trabajadora de turno de mañana por conciliación es denegada por la empresa, pese a que la trabajadora, de hecho, venía prestando servicios por la mañana por cobertura de vacante, sin que la empresa haya acreditado que sea gravoso el cambio, por lo que, ponderadas las circunstancias, se reconoce el derecho a la adaptación de jornada³⁸.
- Tres, ante la solicitud de turno fijo de mañana por parte de una trabajadora, madre de dos hijos (aporta horario del otro progenitor y horario escolar de los hijos), el órgano judicial entiende que fue insuficiente la justificación de la empresa, pues era posible una reorganización de la misma sin que fuese especialmente gravosa. La empresa sólo da explicaciones genéricas, sin especificar ni concretar datos, por lo que reconoce el derecho a la adaptación

tación de la jornada de trabajo. En esta línea, también la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:6652), según la cual en el caso enjuiciado no se ha acreditado la necesidad de conciliación puesto que no coincide el horario escolar con la modalidad de teletrabajo y jornada reducida que había solicitado la trabajadora.

³⁷ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 23 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:7196).

³⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 11 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:6669).

de la jornada de trabajo por superar el juicio de ponderación a favor de la trabajadora³⁹.

- Cuatro, una trabajadora con dos hijos solicita cambio de turno de mañana (y no tener que mantener la reducción de jornada), sin que la empresa, en este caso, acredite razones organizativas ni productivas, pues, de hecho, había plazas vacantes en el turno de mañana. La respuesta de la empresa fue, en palabras del órgano judicial, fría e insensible, sin que hiciera los ajustes razonables⁴⁰.
- Cinco, en un supuesto en el que igualmente se solicita turno fijo de mañana de un conductor operario con hijo en el colegio y dos días por la tarde con actividades extraescolares, que está separado con un determinado régimen de visitas, la empresa, aunque había hecho algunas propuestas, no aporta razones para no admitir el cambio, por lo que prevalece el interés del trabajador⁴¹.
- Seis, una trabajadora, madre de cuatro hijos, solicita adaptación de jornada con turno fijo de mañana, sin que la empresa hubiera cumplido con los trámites, ni hubiera dado una respuesta satisfactoria ni hubiera acreditado que la solicitud de adaptación le perjudicase (ni perjuicio ni menoscabo alguno)⁴².

Por el contrario, no se supera el juicio de proporcionalidad favorable a la persona trabajadora en los supuestos de hecho que se indican y por los argumentos que igualmente se señalan a continuación:

- Uno, trabajadora que solicita pasar al turno de mañana (sin la reducción de jornada que ya disfrutaba) porque cuida de su madre que tiene una discapacidad, sin aportar declaración de cuidadora de la madre (no estaba dada de alta) y con aportación de la petición de un solo centro de día para cuidar a su madre. La empresa, por su parte, acredita que tiene más de 400 solicitudes para pasar al turno de mañana, por lo que sólo puede conceder el cambio por causas excepcionales e igualmente le propone pasar a otra categoría que le ofrecía mayor conciliación⁴³.
- Dos, trabajadora, con dos hijos mellizos menores de 18 meses, solicita turno fijo, excluyendo los lunes y hasta pasado los doce años de sus hijos, para lo cual aporta los horarios de su pareja y de la guardería, así como de los cuidados médicos, que no son de gravedad, que requiere uno de los hijos. La empresa acredita un mal momento económico, que el centro de venta impone un trabajo a turnos y que el turno rotatorio es el que menos perjudica a otras trabajadoras. Éstas no tienen que ser llamadas a juicio, pero sí es necesario tener en cuenta la situación de terceras personas en el ejercicio de la ponderación de la petición. Entiende el Tribunal de Justicia que es, pues, una carga excesiva para la empresa pues solicita un horario poco conciliador para las otras trabajadoras y el período es excesivamente largo, pues las circunstancias son cambiantes⁴⁴.
- Tres, trabajadora, que solicita cambio a turno fijo, no ha acreditado la razonabilidad y proporcionalidad de su solicitud, puesto que sólo ha aportado

³⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 17 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:14138).

⁴⁰ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:5482).

⁴¹ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJGAL:2024:754).

⁴² STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2529).

⁴³ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:248).

⁴⁴ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 14 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:9805).

el horario del otro progenitor, que no pone de manifiesto la imposibilidad de conciliación; mientras que la empresa argumenta razones organizativas y perjuicio para otros trabajadores, sin que se pueda exigir a la empresa que realice modificaciones de las condiciones de trabajo de otros trabajadores ni nuevas contrataciones⁴⁵.

b) Solicitud de jornada continuada y concreción horaria

Ante la solicitud de jornada continuada y, en su caso, concreción horaria, algunos de los supuestos de hecho en los que la solicitud de la persona trabajadora ha superado el juicio de ponderación judicial, así como los débiles argumentos de la empresa que han contribuido a ello, son los que se indican:

- Uno, ante la solicitud de jornada continuada, en lugar de jornada partida, sin que la empresa haya negociado ni ofrecido alternativa alguna, se impone la aceptación en los términos propuestos por la solicitud de la persona trabajadora. Se destaca de este pronunciamiento cómo se considera necesario tener en cuenta los intereses en conflictos, incluyendo los de otros trabajadores de la empresa; pero también la limitada relevancia de las posibilidades del cónyuge o pareja de la persona solicitante por cuanto supone de intromisión en la esfera privada⁴⁶.
- Dos, trabajadora, madre de dos niños, que solicita reducción de jornada y concreción horaria, que es denegada por la empresa de forma genérica, sin proceso de negociación y sin una explicación objetiva, convincente y proporcionada. No justifica razones organizativas para denegar la petición⁴⁷.
- Tres, trabajadora, madre de una niña, que previamente tenía reducción de jornada, solicita concreción horaria (en horario de mañana) por conciliación de la vida familiar y laboral. La empresa no hace propuestas, ni alternativas, sino que sólo se niega basándose en un acuerdo que no regula los términos del ejercicio del derecho de la persona trabajadora, por lo que el órgano judicial le reconoce el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo⁴⁸.

Sin embargo, por su parte, un trabajador, redactor de contenidos informativos, cuya actividad está sujeta a los acontecimientos informativos diarios, solicita concreción horaria (jornada continuada) fuera de la jornada de trabajo, tras haber sido padre, debido a un cambio de domicilio, que estaba más lejos del lugar de trabajo. La empresa acreditó la necesidad organizativa y productiva que justificaba la negativa a la adaptación; además, la pequeña dimensión del personal adscrito dificultaba posibles reorganizaciones en comparación con empresas con más capacidad y fungibilidad entre trabajadores que la de la demandada. Considera el Tribunal de Justicia que la solicitud no era razonable ni proporcionada puesto que, además de que el cambio de domicilio fue por iniciativa propia, había otra progenitora que podía asumir la conciliación que está en la base de la solicitud denegada⁴⁹.

⁴⁵ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 7 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:6748).

⁴⁶ STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:2740).

⁴⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 3 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:1364).

⁴⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:3176).

⁴⁹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:9998).

c) Solicitud de prestación de trabajo a distancia (teletrabajo)

Se ha reconocido la solicitud de la prestación de trabajo a distancia, a modo de ejemplos, en los dos supuestos que se destacan: uno, ante la solicitud de teletrabajo por parte de una madre de dos niños (uno con discapacidad), desempeñando funciones de asistencia y atención a clientes a distancia, la empresa no acredita el perjuicio que la solicitud de adaptación pudiera causarle. Se supera, pues, el juicio de ponderación a favor de la trabajadora⁵⁰; dos, una trabajadora solicita mantener el trabajo a distancia (modalidad de teletrabajo), sin que la empresa argumente el perjuicio de la solicitud puesto que con anterioridad ya se había trabajado a distancia. La empresa no aporta razones para acreditar efectos negativos ni razones objetivas y justificadas de carácter organizativo o productivo, sino sólo de forma muy genérica. Por lo que el interés conciliatorio acreditado ha de prevalecer sobre el genérico, impreciso e insuficiente argumento empresarial⁵¹.

Sin embargo, en otro supuesto en el que igualmente la trabajadora, madre de tres hijos, que presta servicios de verificación de llamadas, solicita la adaptación de la jornada en la modalidad de la prestación de servicios a distancia (teletrabajo), la empresa, en base a las incidencias y menor productividad que se derivó de esta modalidad de prestación de servicios que se mantuvo durante un tiempo a raíz del Covid, sí encuentra razones que justifican y acreditan las circunstancias organizativas que impedían la adaptación⁵².

Igualmente, una trabajadora, mientras está en situación de excedencia, solicita, en virtud del art. 34.8 ET, la prestación definitiva del trabajo a distancia. La posición de la empresa es de no negociar mientras se encuentra en situación de excedencia, negándose a admitir que la adaptación de la jornada sea definitiva. Lo relevante de este pronunciamiento judicial es que recuerda que la empresa no tiene que entrar en cómo se organiza el trabajador con su cónyuge o resto de familiares el cuidado de hijos, en cuanto obligación de sus padres, pues ello es una intromisión en su esfera privada, lo que no impide que se puedan alegar las dificultades de la pareja para justificar la razón de su derecho. Igualmente, en esta sentencia se pone de manifiesto la relevancia del tamaño de la empresa, de la forma de organización de la misma, de la especialización de la solicitante y de la situación y circunstancias de otros trabajadores, con las que puede chocar la solicitud de adaptación que, como se ha dicho, no puede llevar a la empresa a realizar nuevas contrataciones ni a tener que modificar las condiciones de trabajo de otros trabajadores. En definitiva, se han de ponderar las circunstancias que en cada caso concurren⁵³.

d) Traslado a otro centro de trabajo

Se solicita traslado a otro centro de trabajo por tener hijo escolarizado, cónyuge en situación de incapacidad temporal e imposibilidad de recoger y llevar al hijo al colegio. Sin embargo, la negativa de la empresa, que había presentado propuestas alternativas, no vulnera el derecho a solicitar la adaptación de jornada de trabajo

⁵⁰ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 1 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8570). Sin embargo, tal y como se menciona en esta sentencia, en otro supuesto, ante la solicitud también de teletrabajo, no se reconoce la misma porque la recogida de los niños del colegio se puede hacer cualquiera que sea la modalidad, presencial o a distancia (STSJ de Cataluña, de 15 de abril de 2021, ECLI:ES:TSJCAT:2021:3870).

⁵¹ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:4011) y STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 3 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:970).

⁵² STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 14 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:14347).

⁵³ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 22 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:7900).

puesto que se ha acreditado que el cambio de centro de trabajo no permite la conciliación (sólo garantiza la conciliación dos semanas al mes) y, además, genera problemas de organización y altera el sistema de la organización de la empresa, requiriendo modificar las condiciones de trabajo de otras personas trabajadoras. Se trataba de una solicitud desproporcionada puesto que su aceptación implicaba cambios importantes en la organización de la empresa. Realizado el juicio de ponderación, prevalece, pues, el interés empresarial. Es importante esta sentencia puesto que se deja constancia en la misma de que no es necesario demostrar la necesidad insuperable de conciliación, ni la imposibilidad de que la pareja pueda asumir la misma, pues se trata de datos de la vida privada y familiar que el trabajador no tiene por qué dar a conocer a la empresa. Lo relevante, pues, es la carga del hijo y la necesidad de conciliación⁵⁴.

3.3. La relevancia del proceso de negociación

Como es sabido, el art. 34.8 ET se remite a la negociación colectiva para el ejercicio del derecho a la solicitud de adaptación de jornada y, sólo en defecto de ésta, regula un proceso de negociación, que se ha de desarrollar “con la máxima celeridad” y, en todo caso, durante un período máximo de quince días. En el caso de que no exista oposición motivada expresa, se presume la concesión de la solicitud de adaptación. Finalizado el proceso de negociación, la empresa tiene tres opciones: una, comunicar la aceptación de la solicitud por escrito; dos, plantear una propuesta alternativa; y tres, manifestar la negativa a la petición, siendo necesario que en estos dos últimos supuestos se motiven las razones objetivas que sustentan su decisión.

Se trata, pues, de un derecho que, como ya se anticipó, tiene un mayor alcance y extensión, sobre todo en comparación con el derecho a la reducción de jornada, si bien es cierto que requiere un acuerdo o pacto colectivo o individual y, en consecuencia, un proceso de negociación. De ahí que los diversos supuestos que encajan dentro de la adaptación de jornada se encuentren anudados a la negociación individual o colectiva⁵⁵.

A partir de estas pautas legales, y una vez más, atendiendo a las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora solicitante de la adaptación de jornada que han sido resueltas por los Tribunales de Justicia, se destaca la relevancia del proceso de negociación a los efectos de resolver las referidas discrepancias.

Así, en muchas ocasiones los órganos judiciales han resaltado la importancia de que se lleve a cabo un proceso de negociación de buena fe por ambas partes⁵⁶, de manera que, como se expuso en el anterior apartado, la falta de negociación, de propuestas y/o alternativas contribuye al reconocimiento del derecho a la solicitud de la adaptación⁵⁷. Un proceso de negociación que requiere respuesta expresa, con alternativas y exposición

⁵⁴ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2876).

⁵⁵ En estos términos se pronuncian la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:248) y la STJS de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 14 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:9805).

⁵⁶ STJS de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), de 14 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:9805); STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 7 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:6748); STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:9998); STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 11 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:8825); STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2876); STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 22 noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:7900); STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 5 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:5482); y STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2529).

⁵⁷ A modo de ejemplos, véanse la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 3 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:1364); la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 11 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:6669); y la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:3176).

razonada de las razones alegadas por la empresa, de manera que las partes se han de esforzar en justificar los motivos y ofrecer alternativas.

Es cierto que el art. 34.8 ET no determina un número mínimo de reuniones, ni un contenido concreto de las mismas; pero sí que se inicie un proceso de negociación, al que ha de ser convocada la persona trabajadora solicitante de la adaptación de la jornada de trabajo. Se trata, pues, de un proceso real de negociación, con propuestas y contrapropuestas (sin mantener posturas inamovibles)⁵⁸ y con voluntad de diálogo, buscando un consenso y la mejor satisfacción posible para ambas partes⁵⁹. Si no se lleva a cabo la negociación, aunque el referido precepto legal no lo indica de forma expresa, se puede entender que se trata de un motivo de automática estimación de la solicitud. No se puede eludir la obligación de negociar pues, si no, se pone en entredicho la eficacia del derecho⁶⁰. Tampoco exige el art. 34.8 ET una formalidad concreta, ni obliga a agotar la duración máxima ni, por supuesto, obliga a alcanzar un acuerdo⁶¹. Otra cosa es, como se ha dicho, que la empresa ni siquiera se oponga de forma expresa en el plazo de quince días, en cuyo caso se presume la concesión de la solicitud de adaptación.

4. CONCLUSIONES

La mera aproximación a algunos de los más recientes pronunciamientos judiciales que han resuelto las controversias entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora solicitante de su adaptación de jornada, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, ha confirmado, como ya se podía intuir, sobre todo a tenor del uso de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación de esta figura por parte del art. 34.8 ET, que es necesario, en caso de conflicto, hacer una ponderación y valoración de las posiciones de las partes y de los intereses contrapuestos que entran en juego.

Por lo que es esencial, desde la perspectiva constitucional que ha de guiar la ponderación de los intereses contrapuestos, que se facilite su uso, flexibilizando el carácter razonable y proporcionado en relación con las necesidades personales, en cuanto responsabilidad propia de la persona trabajadora solicitante de la adaptación de jornada, al margen de la disponibilidad y forma de organización de otros miembros de la unidad familiar, tal y como algunos pronunciamientos judiciales han matizado; mientras que la empresa tiene que acreditar lo excesivo, gravoso y difícilmente asumible de la aceptación de la adaptación de jornada, sean cuales sean las razones de ello. Todo en aras de hacer efectivo el derecho a la conciliación de su vida familiar y laboral.

Asimismo, este análisis desde un enfoque práctico permite concluir que el amplio abanico de posibilidades de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, ya sea en la ordenación del tiempo de trabajo, ya sea en la forma de prestación, se ha traducido, en muchas ocasiones, al menos atendiendo a los supuestos que han requerido la intervención de los órganos judiciales, en solicitud de turno fijo de mañana, de jornada continuada, de modalidad de trabajo a distancia o de cambio de centro de trabajo;

⁵⁸ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 11 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:8825).

⁵⁹ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 21 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2876); STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 22 noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:7900); y STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 3 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:970).

⁶⁰ En estos términos se pronuncia la STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJAS:2023:2740). Según se indica en esta sentencia, el rechazo de la negociación implica que se impone la solicitud de adaptación en los términos solicitados, siempre que no se excedan los límites de este derecho.

⁶¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 7 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:6748); STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:9998); y STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 11 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:8825).

modalidades que, y es lo importante desde la perspectiva desde la que se analiza este derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, no tienen incidencia o repercusión en la retribución de la persona trabajadora. De hecho, en ocasiones, con anterioridad a la solicitud de adaptación de la jornada de trabajo, precisamente para poder conciliar vida familiar y laboral, la persona trabajadora venía disfrutando de una reducción de jornada o de una contratación a tiempo parcial.

Ello confirma que la solicitud de adaptación de la jornada de trabajo es un derecho clave como instrumento o medida para, facilitando la conciliación de la vida familiar y laboral, contribuir a la reducción de la brecha retributiva por razón de género y, con ello, la brecha en las prestaciones contributivas por igual causa, en cuanto una de las grandes deficiencias de nuestro sistema de Seguridad Social. Por cuanto, como igualmente ha quedado constatado en este estudio, son mayoría las mujeres trabajadoras quienes hacen uso de los derechos de conciliación y, en concreto, quienes solicitan la adaptación de jornada de trabajo. Respecto de esto último la explicación ya no se halla en la brecha retributiva, sino en otras causas, variadas y muy arraigadas, de difícil superación. En cualquier caso, lo relevante, pues, es que el uso de esta medida de conciliación no afecte a su retribución y, con ello, pueda contribuir a reducir la inaceptable brecha prestacional por razón de género.

**DISCAPACIDAD Y EMPLEABILIDAD:
LAS NOVEDADES DEL MARCO NORMATIVO ITALIANO**

MARIA GIOVANNA ELMO
*Investigadora de Derecho del Trabajo
en la Universidad de Napoles Federico II*
mariagiovanna.elmo@unina.it

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA
2. EL DECRETO LEGISLATIVO 64/2024 Y LA ADOPCIÓN DEL MODELO BIOPSIICOSOCIAL
3. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE "DISCAPACIDAD"
4. LA CUESTIÓN DE LOS AJUSTES RAZONABLES
5. EL "PROYECTO DE VIDA"
6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

EXTRACTO

El legislador italiano, de recién, modificó el marco normativo sobre discapacidad mediante el decreto legislativo n. 62 de 3 mayo 2024.

Una reforma orgánica del sistema de reconocimiento de la condición de discapacidad, de las ayudas a la vida independiente y de las medidas para la protección y promoción de los derechos de las personas discapacitadas.

El objetivo principal de la nueva ley es garantizar el reconocimiento de la condición de discapacidad y sus derechos civiles y sociales, incluido el derecho a la vida independiente, remodelando el sistema normativo para hacerlo más conforme a lo dispuesto en la Convención ONU del 2006.

Los cambios regulatorios se orientan hacia una mayor inclusión social, una actualización de los criterios de evaluación y una personalización de las medidas de apoyo, reflejando un compromiso concreto para garantizar la igualdad de oportunidades y la plena participación en la vida social y económica de todas las personas.

El ensayo se propone de analizar las novedades introducidas por la reforma, subrayando algunos aspectos críticos.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La norma de referencia en materia de discapacidad en el ordenamiento italiano es la ley n. 104 de 1992; una ley que podría definirse plenamente “icónica”, con una identidad nítida en el ordenamiento de la seguridad social¹.

La ley 104/1992 ha diseñado durante mucho tiempo - y con un enfoque muy orgánico - el estatuto de los derechos de las personas discapacitadas; una ley que ha sido capaz de mantener tendencialmente firme su capacidad de protección, incluso ante la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas, mucho más reciente².

El propósito de esta ley es promover una plena participación social a través la eliminación de las causas invalidantes que impiden a las personas discapacitadas: el desarrollo de la persona humana; la promoción de la autonomía; la participación en la vida de la colectividad; el ejercicio de los derechos constitucionalmente protegidos³.

El objetivo esencial, de hecho, es la inserción de la persona “desfavorecida” dentro de los múltiples contextos en los que se realiza la persona, ósea contextos familiares, escolares, laborales y sociales.

Para alcanzar estos objetivos, la ley 104/1992 lleva a cabo una serie de medidas que se refieren a diferentes ámbitos: medico-sanitario; asistenciales; la educación escolar (para los menores) y, no menos importante, conciernen a las relaciones laborales.

En el ámbito de las relaciones laborales, en particular, la ley prevé algunas medidas de protección con respecto, por una parte, a la persona trabajadora con discapacidad y,

¹ De recién sobre la ley 104/1992: Elmo, M. G., “La modernità della legge n. 104 del 1992 nei percorsi manutentivi della giurisprudenza”, RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, 2/2024, p. 107 ss.

² Convención ONU sobre los derechos de las personas discapacitadas, 13 diciembre 2006.

³ Borla, F., “Estensione della tutela giuridico-economica per i fratelli/sorelle conviventi portatori di háncicap”, RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, 4/2005, p. 792 ss. Se vean también las sentencias de la Corte Constitucional: 6 julio 2001, n. 226; 18 julio 2013, n. 203, 16 junio 2005, n. 233.

por otra, a la persona trabajadora que presta asistencia; estamos hablando del trabajador “caregiver”⁴.

Hoy en día, la ley 104/1992 se ven sustancialmente modificadas después de treinta años de vigencia.

La nueva regulación, como veremos en el curso de este ensayo, cambia sustancialmente las reglas anteriores.

En primer lugar, cambia la identificación de los fines y también cambian las definiciones generales de la norma.

Además, cambia completamente el procedimiento de evaluación básico; es decir, el proceso para obtener el reconocimiento del estado de discapacidad.

Ahora se introduce un concepto de evaluación multidimensional al que le sigue la previsión de un proyecto de vida individual personalizado y participado.

Se introducen algunas novedades relativas a los ajustes razonable y se modifican algunas previsiones de la ley 104/1992.

2. EL DECRETO LEGISLATIVO N. 64 DEL 2024 Y LA ADOPCIÓN DEL MODELO BIOPSIOSOCIAL

Como se ha indicado en el párrafo anterior, de recién entró en vigor el decreto legislativo 3 mayo 2024 n. 62, relativo a la definición de la condición de discapacidad, de la evaluación básica, de la acomodación razonable, de la evaluación multidimensional para la elaboración y puesta en práctica del proyecto de vida individual personalizado y participado⁵.

Aprobado en aplicación de la ley delega n. 227 del 2021, que otorgaba una delegación al Gobierno en materia de discapacidad y que, a su vez, se basa en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR) que dispone la reforma de la legislación sobre discapacidades⁶.

Con el objetivo de la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, el decreto n. 62 se propone renovar los métodos, instrumentos y lenguajes financieros de la atención y asistencia a las personas con discapacidad⁷.

El intento es colocar a la persona con discapacidad en el centro, superando algunos de los límites históricos del sistema italiano: por la multiplicidad de procedimientos de la

⁴ De acuerdo con el art. 1, c. 255, l. 205/2017 el cuidador familiar es la persona que asiste y cuida al cónyuge, a la otra parte de la unión civil o del conyugue, a un familiar o a un pariente dentro del segundo grado, o, en los únicos casos indicados por el art. 33, c. 3, l. 104, de un familiar dentro del tercer grado que, a causa de enfermedad, enfermedad o discapacidad, incluso crónica o degenerativa, no sea autosuficiente y capaz de cuidarse, sea reconocido inválido o sea titular de prestaciones de acompañamiento. Sobre este tema se renvia a D’Avino, E., “La (in)sicurezza sociale dei caregivers ‘puri’: alcune riflessioni a partire dalla normativa sull’infortunio domestico”, RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, 3/2023, p. 438 ss.

⁵ De Falco, M., “Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica”, RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA, 5/2022, p. 1738 ss.

⁶ Garofalo, C., “Il ripensamento delle politiche di inclusione lavorativa dei disabili e dei soggetti svantaggiati all’indomani della pandemia Covid-19”, en AA.VV., Flexicurity e mercati transizionali del lavoro. Una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro?, (Ciucciiovino, S., Garofalo, D., Sartori, Tiraboschi, M., Trojsi A., Zoppoli L., Coord.), ADAPT University Press, 2021, p. 436. Se vea tambien: Garofalo, “Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR”, DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI, 1/2022, p. 114.

⁷ El decreto representa la tercera intervención normativa de aplicación de la ley 22 diciembre 2021, n. 227 que delega al Gobierno en materia de discapacidad una de las reformas (reforma 1.1) previstas por la Misión 5 “Inclu-

difícil interacción entre los diferentes actores y servicios (salud, social, laboral, etc.) hasta la ausencia de un marco normativo unitario.

El objetivo llevado a cabo por la reforma es eliminar los obstáculos y activar los apoyos útiles al pleno ejercicio, sobre la base de igualdad con los demás, de las libertades y de los derechos civiles y sociales en los diversos contextos de vida, libremente elegidos (art. 1 d. lgs. 62/2024).

La misma ley encomienda al Gobierno la adopción de uno o más decretos legislativos para revisar y reordenar las disposiciones vigentes en materia de discapacidad (art. 1 del d. lgs. 62/2024); por supuesto, de conformidad con los artículos 2, 3, 31 y 38 de la Constitución, con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo (ratificados por ley 3 marzo 2009, n. 18), con la Estrategia de la Comisión Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 y la resolución del Parlamento Europeo sobre la protección de las personas con discapacidad de 7 de octubre de 2021⁸.

Además, esta reforma parece adoptar un nuevo enfoque, que se estaba haciendo espacio desde hace tiempo en la práctica jurisprudencial, estamos hablando del modelo bio-psicosocial; una nueva concepción que distingue el estado de enfermedad de la condición de discapacidad como cuestión social⁹; y que traslada el concepto de “igualdad” desde un nivel “formal” hacia un nivel “sustancial”¹⁰.

Primero las Naciones Unidas y luego la Unión Europea han adoptado el modelo biopsicosocial de la discapacidad, por lo que, con fines de protección antidiscriminatoria, ésta “no tiene carácter médico, sino relacional”¹¹; y considera, es decir, los procesos de exclusión determinados por las barreras económicas y sociales existentes en el exterior.

Esta característica personal ya no puede, por tanto, ser medida *a priori*, sino exclusivamente después, en función de la relación con el entorno en el que se ubica a la persona con limitaciones funcionales.

La *ratio* que lleva el modelo biopsicosocial está presente en numerosas sentencias jurisprudenciales de matriz euro unitaria. En efecto, este modelo refleja la orientación

sión y Cohesión”; Componente 2 “Infraestructuras sociales, familias, comunidades y tercer sector” del PNRR (Plan nacional de recuperación y resiliencia).

⁸ SANCHINI, F., “I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma”, *FEDERALISMI.IT*, 24/2021, p. 168 ss.

⁹ Este modelo hace referencia a una integración de los componentes del modelo médico y del modelo social; el modelo biopsicosocial ubica la discapacidad como un problema dentro de la sociedad y no exclusivamente como una característica de la persona. Se enfatiza en la importancia de la expresión y la participación plena en todos los contextos ambientales capaces de influir positiva o negativamente sobre la persona con discapacidad y, por tanto, su manejo requiere de la participación de otros. Entre la doctrina italiana se vea: Chiaromonte, W., “L’inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell’Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia”, *VARIAZIONI E TEMI DI DIRITTO DEL LAVORO*, 4/2020, p. 897 ss.; Bono, R., “Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comporto”, *IL LAVORO NELLA GIURISPRUDENZA*, 1/2023, p. 23 ss.; Cristofolini, C., “Licenziamento per superamento del periodo di comporto e divieto di discriminazione per disabilità”, *IL LAVORO NELLA GIURISPRUDENZA*, 12/2022, p. 1127 ss.; Simoncini, G. R., “I limiti al licenziamento del lavoratore disabile. Una proposta interpretativa alla luce del diritto antidiscriminatorio”, *LABOR*, 2/2021, p. 195 ss.; Dagnino, E., “La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema”, *RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE*, 2/2023, p. 336 ss.; Tiraboschi, M., “Salute e lavoro: un binomio da ripensare. Questioni giuridiche e profili di relazioni industriali”, *DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI*, n. 2/2023, p. 229 ss.; Bonardi, O., “Ancora sul licenziamento per superamento del periodo di comporto del lavoratore disabile in equality”, *ITALIAN EQUALITY NETWORK*, [www.https://www.italianequalitynetwork.it](https://www.italianequalitynetwork.it), 11 febrero 2023.

¹⁰ Las palabras de GAROFALO, D., “La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli”, *ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO*, 6/2019, p. 1211 ss.

¹¹ Malzani, F., “Inidoneità alla mansione e soluzioni ragionevoli, oltre il repêchage”, *ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO*, 4/2020, p. 966 ss.

de la jurisprudencia europea que, aún hoy, connota la posición del Tribunal de Justicia – según el cual la discapacidad se interpreta como un proceso dinámico y evolutivo – que escapa de un enfoque marcadamente asistencialista, por el contrario, valora las instancias de dignidad y reconocimiento social de la persona, a través de un enfoque intervencionista.

Así que, incluso en presencia de una discapacidad, o de una enfermedad, no existe discapacidad si las condiciones del contexto permiten realizar actividades normales en igualdad de condiciones con los demás; por el contrario, existe discapacidad cuando las barreras que en él se encuentran limitan la plena realización de la persona en las múltiples dimensiones de la vida cotidiana¹².

Se recuerda en este contexto la línea jurisprudencial que convino en considerar que, a efectos del cálculo de los días libre por enfermedad, no deberían incluirse las ausencias relacionadas con la condición específica de discapacidad¹³.

Este tipo de enfoque llega en el marco normativo italiano de manera explícita desde hace solo dos años; es decir, en el art. 2-bis, introducido por el decreto legislativo 105/2022.

3. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE "DISCAPACIDAD"

En la primera parte de la medida, el legislador se centra en los conceptos, en particular se especifica quién es la persona con discapacidad y qué debe entenderse por condición de discapacidad.

De la introducción de estos nuevos conceptos se desprende la necesidad de un enfoque también cultural diferente que la norma estigmatiza con referencia al uso de un lenguaje diferente en el que la palabra "*handicap*" (todavía presente en la ley 104/1994) es sustituida por la expresión "discapacidad"; igualmente la "condición de gravedad" se sustituye con el término "persona con discapacidad que necesita un apoyo intensivo", con la consiguiente supresión de todas las demás definiciones obsoletas y estigmatizantes¹⁴.

Un cambio de filosofía y de enfoque al tema que tiene su precipitación también, y necesariamente, de tipo jurídico.

Una vez, de hecho, insertada directamente en el contexto normativo de la ley 104/1992, la nueva y diferente definición de persona con discapacidad del decreto legislativo 62/2024 les atribuye el derecho a las prestaciones establecidas en su favor en relación con la necesidad de apoyo.

El decreto legislativo 62/2024 abandona, por tanto, la correlación entre discapacidad y gravedad de la minusvalía que caracterizaba negativamente a la persona para introducir una nueva correlación entre discapacidad e intensidad de los apoyos necesarios para asegurar la participación de las personas en un contexto de "igualdad".

¹² Se vean las sentencias T. Justicia 11 abril 2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark, per conto di Jette R., c. Dansk almennyttigt Boligselskab, e HK Danmark, per conto di Lone S.W., c. Dansk Arbejdsgiverforening*.

¹³ Molè, M., "Un binomio che discrimina: la morbidità del lavoratore disabile e l'applicazione del periodo di comporta breve. Parola alla contrattazione collettiva?", *DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI*, 3/2023, p. 819 ss.; Salvagni, M., "Corte di Cassazione 21 dicembre 2023, n. 35747: malattia collegata all'handicap, discriminazione indiretta e nullità del licenziamento del disabile per superamento del comporta", *LABOR*, 22 febrero 2024; Donini, A., "L'applicazione indistinta del comporta è discriminatoria se la malattia è riconducibile a disabilità", *RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO*, 2/2023, p. 254 ss.

¹⁴ Alifano, F., Della Sega, M., De Falco, M., Di Gioia, F., Maini, T., "La nuova definizione della "condizione di disabilità": implicazioni e procedure ex. D.Lgs. n. 62/2024", *BOLLETTINO ADAPT*, 3/2024, p. 1 ss.; Massagli, E., Fiore, I., "La trasformazione del linguaggio e dei modelli inclusivi nel d.lgs. 62/2024: una nuova definizione di disabilità", *BOLLETTINO ADAPT*, 3/2024, p. 1 ss.

El apoyo económico y/o social se acompaña cuando la persona discapacitada lo solicita también un plan individual propuesto por el individuo o ideado dentro de un complejo procedimiento de evaluación y proyecto en el que encuentra reconocimiento su proyecto de vida.

Un apoyo y, si se solicita, un plan individual serán los instrumentos que acompañarán a las personas con discapacidad durante toda su vida, siguiéndolas en los territorios donde decidan ir a vivir, adoptando actitudes diferentes ante los cambios que modificarán su condición inicial de discapacidad.

Dentro de la nueva ley se pueden identificar algunos puntos de apoyo conectados en secuencia lógica entre sí.

En primer lugar, la “evaluación básica” del estado de discapacidad; según el cual se atribuye a la persona con discapacidad el derecho a las prestaciones establecidas en su favor en relación con la necesidad de apoyo “leve”, “medio” o “intensivo”, este último necesariamente elevado o muy elevado si está relacionado con situaciones de no autosuficiencia.

La evaluación básica representa un momento imprescindible para acceder las medidas de apoyo y al eventual “proyecto de vida” (cuya activación puede ser solicitada también por menores y ancianos no autosuficientes).

Requisito necesario para iniciar el procedimiento de evaluación básica es el certificado médico introductorio, en relación con el cual el decreto especifica las personas autorizadas para su emisión y los detalles de su contenido esencial. La reforma prevé un único procedimiento de evaluación que debe realizarse para cada declaración de “invalidez civil”. Este procedimiento sustituye a toda la serie de procedimientos generales que se habían ido estratificando con el tiempo.

La orientación de todo el proceso de evaluación forense se realiza sobre la base del ICD y las herramientas descriptivas del ICF, con especial referencia a la actividad y participación de la persona.

Consciente de la necesidad de actualizar los criterios - que deberán ser dictados de manera diferente en relación con la edad y el sexo de la persona con discapacidad - el decreto legislativo 62/2024 remite a un posterior decreto ministerial que se publicará antes del 30 de noviembre de 2024.

Además, la reforma establece, por otra parte, que para los efectos de la evaluación básica se utilicen tablas medicas relativas a la condición resultante del daño duradero, se elaborarán sobre la base de los conocimientos y las experiencias científicas más recientes.

Como instrumento complementario de la evaluación la ley prevé que se utilice el cuestionario WHODAS y sus actualizaciones posteriores; consiste en un método estándar de medición de la salud y la discapacidad aceptado en las diferentes culturas para describir y analizar el funcionamiento, la discapacidad y la salud.

4. LA CUESTIÓN DE LOS AJUSTES RAZONABLES

Las medidas de apoyo que pueden derivarse por la evaluación básica pueden ser las acomodaciones razonables y el proyecto de vida¹⁵.

¹⁵ Beccoi, C., Laponte, S., Brambilla, A., Negri, S., Zanoni, A., “Il nuovo Progetto di Vita individuale, personalizzato e partecipato: quale valore aggiunto per le persone con disabilità?”, *BOLLETTINO ADAPT*, 3/2024; Monaco,

La reforma modifica el art. 5-bis de la ley 104/1992 que define la adaptación razonable como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y apropiadas que no supongan una carga desproporcionada o excesiva, adoptadas en los casos particulares en que se necesario para garantizar el disfrute y ejercicio en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

El nuevo art. 5-bis representa un perfil de gran interés por la centralidad que la participación de la persona con discapacidad asume en el delicado proceso de identificación de la adaptación razonable.

Al destinatario de esta medida se le reconoce, en efecto, un papel activo en primer lugar a través de la facultad de activar el procedimiento, también formulando una propuesta específica. Reconstruido de esta manera, el arreglo razonable constituye el resultado de un proceso compartido y destinado a sintetizar las necesidades, las necesidades y capacidades de la persona con discapacidad, con el fin de garantizar su plena valorización e inclusión tanto en el trabajo como en la sociedad.

Estos perfiles nos hacen interrogarnos sobre las posibles consecuencias de estos nuevos equilibrios.

Una primera cuestión se refiere a las posibles consecuencias derivadas de la no activación del procedimiento del interesado - especialmente cuando el proyecto de vida ya encuentra un primer arreglo razonable - y/o en caso de que no tome parte posteriormente.

Si bien la ley se limita a otorgar a la persona con discapacidad una mera facultad de activar el procedimiento de búsqueda de un arreglo razonable y formular una propuesta, Se podría preguntar si constituye la aplicación de los principios generales de corrección y buena fe que rigen todas las relaciones de negociación y qué importancia jurídica puede tener su no ejercicio.

Se aclara que los ajustes razonables se activaran solo como medida subsidiaria que no sustituye al derecho de acceso pleno a las prestaciones, servicios y soportes previstos por la normativa vigente¹⁶.

Al final de la visita de evaluación básica se informa al sujeto que además de los apoyos y beneficios que resultan directamente de la certificación de la condición de discapacidad, su derecho a elaborar y poner en marcha un proyecto de vida individual (art. 15, par. 1, d. lgs. 62/2024) a través de una evaluación multidimensional, en la redacción del proyecto de vida individual personalizado y participativo.

5. EL “PROYECTO DE VIDA”

Una de las principales novedades del decreto legislativo 62/2024 se refiere a la definición sistemática del “proyecto de vida”, que se define en la legislación como el plan individual, personalizado y participado, destinado a identificar los instrumentos y recursos necesarios para facilitar la inclusión social y garantizar un apoyo coordinado a las personas con discapacidad, Promoviendo su participación en todos los contextos de la vida.

M. P., Falabella, V., “Prima analisi del decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 in materia di disabilità: una “rivoluzione copernicana”, BOLLETTINO ADAPT, 3/2024.

¹⁶ Caneve, S., Cucchisi, F., “Le novità introdotte dal d.lgs. n. 62/2024 in materia di accomodamenti ragionevoli e le loro implicazioni per il diritto del lavoro”, BOLLETTINO ADAPT, 3/2024.

Se mencionan explícitamente todos los ámbitos que deben participar en el diseño – educación, salud, residencia, vida autónoma y trabajo - que se refieren a las dimensiones de la vida adulta y a los derechos consagrados en la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El decreto desvirtúa, por tanto, el sistema actual, centrado en servicios estandarizados con un procedimiento centrado en la persona (personalizado).

El Proyecto será el documento en el que se contendrá toda la información relativa a la persona con discapacidad, con el cual deberán coordinarse de manera coherente los proyectos educativos, los programas de inclusión escolar, de integración social y laboral está diseñada para garantizar a la persona igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida.

El decreto, además de proporcionar definición y encuadre del proyecto de vida, detalla las indicaciones sobre su activación, utilidad, gestión y estructuración.

La titularidad del proyecto de vida, su activación, redacción y seguimiento corresponden a la persona con discapacidad que está llamada a ser actor activo y participante en la constitución e implementación del proyecto.

En relación con su estado de salud y autonomía, la persona con discapacidad participa individualmente en el proyecto o con el apoyo de otra entidad que adopta estrategias e instrumentos para facilitar la comprensión de las fases y para mediar decisiones, deseos y elecciones personales, respetando el principio de autodeterminación de la persona.

El decreto, en esta lógica, prevé que la persona con discapacidad pueda presentar voluntariamente la solicitud para la preparación del proyecto de vida de forma libre y en cualquier momento en el ámbito territorial de su municipio de residencia.

El decreto establece los objetivos y el contenido esencial del nuevo proyecto de vida, subrayando sus objetivos, que son principalmente: la mejora de las condiciones personales y de salud de la persona con discapacidad en varios ámbitos de la vida; promover la inclusión social y la participación en igualdad de condiciones con los demás; identificar el alcance de las intervenciones y los recursos¹⁷.

Entre las áreas de intervención expresamente nombradas por el decreto se encuentran la formación y el trabajo; este es un tema en el que el proyecto de vida puede intervenir.

Además, en la misma composición de los participantes en la evaluación básica multidisciplinaria se añade a los componentes en caso necesario, un representante de los servicios para la inserción laboral de las personas con discapacidad.

A petición de la persona discapacitada podrá añadirse también un representante de asociación, fundación, agencia u otra entidad con competencia específica en la construcción de proyectos de vida también del tercer sector.

Al término de sus trabajos esta unidad preparará el proyecto de vida que no solo deberá indicar los apoyos y las disposiciones razonables, sino que deberá dotar el proyecto de un presupuesto. En el proyecto de vida, no solo podrán ser reunidos instrumentos que pueden tener origen en ámbitos diferentes con el fin de coordinarlos, pero también podrán incluirse instrumentos de apoyo personalizados y atípicos que se sitúen fuera de las acciones existentes.

¹⁷ Falabella, V., “Il punto sui decreti attuativi della Legge Delega sulla disabilità”, *BOLLETTINO ADAPT*, 22/2024, p. 1 ss.

El derecho al proyecto de vida debe garantizarse también en caso de cambios del contexto territorial, de la vida o del lugar de residencia, teniendo en cuenta las especificidades de los nuevos contextos y debe realizarse adaptándolo a los nuevos contextos de vida o de residencia; garantizando la continuidad de la asistencia y manteniendo niveles de organización y rendimiento no inferiores a los anteriores. En el caso de que la persona se traslade a otra región, sin perjuicio del derecho, el proyecto deberá ser reformulado según el nuevo contexto territorial y sus estructuras organizativas.

6. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El llamado “Decreto discapacidad” reescribe, como vimos, la definición de la condición discapacidad, modifica sus procedimientos de verificación con el fin de simplificar aún más la burocracia e introduce nuevas medidas

La intención reformadora parte de un cambio conceptual y terminológico que ofrece una definición de discapacidad más en consonancia con la visión inclusiva e igualitaria que caracteriza la visión internacional.

La normativa se reescribe con la sustitución de la palabra “hándicap” con “condición de discapacidad”, mientras que el nuevo art. 3, párrafo 1, de la ley 104/1992 redefine el beneficiario de los derechos y beneficios como “persona con discapacidad que presenta comprometiimientos físicos, mentales, intelectuales o sensoriales de larga duración que, en interacción con barreras de diversa naturaleza, pueden obstaculizar la participación plena y efectiva en los diferentes contextos de vida sobre una base de igualdad con los demás”.

Esta reforma parece adaptar el marco normativo italiano al modelo bio-psico-social que considera muchas otras formas de limitaciones, más allá de aquella física, como parámetro de evaluación de la discrepancia entre las demandas socioambientales y las singulares prestaciones del individuo.

En cuanto al perfil de la comprobación, el artículo 5 introduce una novedad importante: un procedimiento unitario aplicable tanto a la evaluación de la discapacidad según el art. 2 par. 1 letra a), d. lgs. 62/2024 que a todas las otras formas de invalidez incluidas en ella.

El proceso comienza con una evaluación básica que se inicia a petición del interesado mediante la transmisión electrónica del certificado médico introductorio, seguida de una visita multidimensional.

Ambas, a partir del 1 de enero de 2026, verán al Instituto de la previdencia social como único sujeto verificador, mediante la actividad de comisiones cumplirán las funciones de “Unidad de evaluación básica”.

Como vimos en nuestro análisis, la evaluación básica se lleva a cabo en una única visita colegiada que tiene lugar en todos los casos; con la excepción de casos particulares contenidos en el art. 12 par. 2 let. m, según lo cual el interesado podrá solicitar la comprobación de la discapacidad solo sobre el estado de la documentación transmitida, sin someterse a control médico.

La evaluación básica implica la adopción de criterios internacionales de evaluación, como el Sistema Internacional de Clasificación de Operaciones, Discapacidad y Salud (ICF) y la Clasificación Internacional de Enfermedades (ICD), así como otras herramientas complementarias identificadas por la OMS.

En línea con el modelo de discapacidad biopsicosocial, como se ha descrito anteriormente, el nuevo decreto prevé una participación de la persona con discapacidad mediante la solicitud de cumplimentación WHODAS y una evaluación multidimensional adicional que prevé la participación de profesionales del sector social y psicológico además de médico, con el fin de crear el nuevo “Proyecto Vida”, un apoyo adicional a las protecciones ya existentes en la ley 104/1992.

Esta herramienta - que se aplicará a partir de enero 2025 - es un método innovador que identifica las intervenciones, los beneficios y las prestaciones destinadas a garantizar la inclusión del individuo en los diferentes ámbitos de vida.

De hecho, es el sujeto que requiere su activación quien determina en primer lugar los contenidos y realiza modificaciones e integraciones según sus propias expectativas y elecciones.

Otra novedad que vimos en este ensayo es la incorporación en la ley 104 del art. 5-bis inspirado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se define como un conjunto de modificaciones y adaptaciones necesarias y apropiadas que hacen posible el disfrute del derecho por parte de la persona con discapacidad cuando la aplicación de las disposiciones legales no garantiza a las personas con discapacidad el goce y el ejercicio efectivo y oportuno, sin que su adopción implique un coste excesivamente gravoso para la administración pública, el concesionario de servicios públicos o el sujeto privado.

Por último, siempre con el fin de simplificar y no complicar el procedimiento, se espera que el procedimiento de evaluación se concluya con un certificado que se cargará en la Ficha sanitaria electrónica (FSE), dentro del plazo de 90 días a partir de la recepción del certificado médico (15 días en casos de personas con patologías oncológicas y 30 días en casos de menores).

El certificado que reconoce la condición de discapacidad tiene valor polifuncional, ya que sustituye a todos los efectos las certificaciones correspondientes y tiene valor de instancia para la obtención de prestaciones sociales y asistenciales, simplificando notablemente el acceso a los recursos en favor de las personas con discapacidad.

Sin duda, el PNRR ha dado un fuerte impulso a la digitalización en el sector sanitario y sociosanitario, un paso fundamental que hay que dar para poder tomar en cuenta a la persona con discapacidad y asegurarle el logro de los objetivos contenidos en el Proyecto de Vida.

Organizar y clasificar una gran cantidad de datos, jerarquizando la información correctamente, es un aspecto fundamental para poder realizar análisis y evaluaciones que garanticen una toma en cuenta cada vez más precisa. Por lo tanto, se vuelve fundamental el uso de un software que proporcione a los diferentes profesionales herramientas específicas para la recopilación de información y luego los guíe en sistematizar lo recogido.

Se trata de cambios que se van a incorporar al ordenamiento de forma gradual. Las novedades están en vigor desde el 30 de junio de 2024, pero algunas disposiciones se aplicarán a partir del 10 de enero de 2025.

Recoge el presente volumen las aportaciones presentadas a las XLI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES, que, bajo el título genérico de “Necesidades empresariales y tutelas laborales”, se desarrollaron en la Escuela Universitaria de Osuna (Sevilla) los días 21 y 22 de noviembre de 2024.

Cuentan ya las Jornadas Andaluzas con una más que asentada solera (no en balde nos hallamos ante la cuadragésima primera edición) en el marco de los encuentros que en nuestro país se desarrollan en el ámbito de las relaciones laborales, lo que es buen indicio de su importancia cualitativa, como lo son también las doce ponencias generales y más de una veintena de ponencias específicas que contiene el libro.

La presente edición, con el título global antes mencionado, se divide en tres bloques temáticos (tiempo de trabajo; retribuciones, compensaciones e indemnizaciones; otras manifestaciones de flexibilidad). Amplitud pues temática, toda ella de actualidad práctica indiscutible, y asimismo amplitud de personas intervinientes: como se señala en el prólogo, en las aportaciones doctrinales participa un buen plantel del iuslaboralismo universitario andaluz (tanto consagrado como novel), pero, como corresponde a la orientación que ha presidido las Jornadas desde sus inicios, se superan los límites andaluces, encontrando también el lector aportaciones de señalados representantes de otras Universidades, tanto españolas como extranjeras.

Encuentros científicos como éste pretenden abrir espacios de análisis, reflexión y debate, que sirvan no sólo para compartir ideas en el seno de la academia, sino añadir a ello la apertura de líneas de actuación de poderes públicos y agentes sociales, en pos de un cada vez más avanzado y justo sistema de relaciones laborales.

ISBN 978-84-09-66349-1

