

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

174/2024

Cuarto Trimestre

174

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

174

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN

Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
EDOARDO ALES	Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles “Parthenope”

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada
	Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN	Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

SECRETARIA

AMPARO M^a MOLINA MARTÍN

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200

Boletín de suscripción disponible en publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia)*, *Derecho de las Relaciones Laborales (España)*, *Diritti Lavori Mercati (Italia)*, *Diritto delle Relazioni Industriali (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *European Labour Law Journal (Bélgica)*, *E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italia)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour and Social Law (Bielorrusia)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Pecs Labour Law Journal (Hungría)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia)*, *Russian Yearbook of Labour Law (Rusia)*, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Polonia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

0. CONFIGURACIÓN PÁGINA

Margen superior: 2,5

Margen inferior: 2,5

Margen izquierda: 3,0

Margen derecha: 3,0

Encabezado: 1,25

Pie de página: 1,25

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

Número ORCID del autor, alineado a la derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3.).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Times New Roman 12, a un espacio, sin sangrado

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una indicación concreta en su primer uso a través de paréntesis.

La referencia a artículos dentro de una norma debe efectuarse al final de una frase entre paréntesis. Por ejemplo, la libertad de contratación está presente en el reconocimiento de la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE).

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Times New Roman 10, a un espacio, sin sangrado.

Las referencias numéricas y de fechas a las normas deben recogerse siempre en notas a pie de página, de modo que en el texto principal aparezca sólo la abreviatura de la norma.

Las referencias a jurisprudencia deben ir en todo caso en las notas a pie de página, sin que deban citarse en el texto principal del trabajo. Las sentencias se citarán del siguiente modo: Tribunal que lo dicta, fecha de la sentencia, número de recurso y referencia ECLI. Por ejemplo, STS 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016, ECLI:ES:TS:2017:1275

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", Temas Laborales 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. REMISIÓN

Correo electrónico: jesuscruz@us.es

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima.

Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS Y GRATUIDAD

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca. Se garantiza la completa gratuidad de la publicación para los autores, que no deberán sufragar cantidad alguna por la edición de sus trabajos.

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 174/2024

Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal como manifestación del principio de estabilidad en el empleo.....	11
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ	
Los indicios de la imprevisibilidad en la legislación laboral ante el nuevo derecho a la previsibilidad mínima del tiempo de trabajo.....	41
EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA	
Medidas preventivas, reductoras y, en especial, correctivas de las brechas de género	81
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	
La laboralidad de los contratos de creación y uso de réplicas de inteligencia artificial a través de plataformas digitales	117
LORENA GROSSO ORTEGA	
Obligaciones de seguridad en la contratación pública en Italia, entre la complejidad y las necesidades de coordinación.....	137
STEFANIA BUOSO	

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de la negociación colectiva andaluza (2º trimestre 2024)	159
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ (COORD.) Y FRANCISCO PINA, JOSÉ MARÍA RUZ Y MARÍA D. VALDUEZA (EQUIPO DE TRABAJO)	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONDICIONES DE TRABAJO

Universidad de Granada

El tiempo de acompañamiento de un vehículo de mercancías embarcado
no es tiempo de descanso 183

DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Universidad Complutense

Las excepcionales circunstancias para aplicar el plus relacionado con la
peligrosidad y su posible neutralización 197

ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

La prestación por cuidado de un familiar que reside en un Estado
miembro distinto del competente: ajustes y límites desde el Derecho de
la Unión Europea 205

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 219

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN REVIEW
Nº 174/2024

Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

The tacit indefinite extension of the temporary employment contract as a manifestation of the principle of employment stability 11
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

Indications of unprevisibility in labor legislation before the new right to minimum predisibility of working time..... 41
EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA

Preventive, reducing and, especially, corrective measures for gender gaps 81
MARGARITA ARENAS VIRUEZ

Employment status of contracts to create and use artificial intelligence replicas through digital platforms..... 117
LORENA GROSSO ORTEGA

Safety obligations in public procurement in italy: between complexity and coordination requirements..... 137
STEFANIA BUOSO

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Andalusian collective bargaining report (2nd quarter 2024) 159
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ (COORD.) Y FRANCISCO PINA, JOSÉ MARÍA RUZ Y MARÍA D. VALDUEZA (EQUIPO DE TRABAJO)

3. JUDICIAL COMMENTS

WORKING CONDITIONS

University of Granada

The time of accompanying a boarded goods vehicle is not rest time..... 183
DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ

LEGAL REGIME OF THE CONTRACT

Complutense University

*The exceptional circumstances to apply the plus related to dangerousness
and its possible neutralization.....* 197
ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Granada

*The care benefit for a family member residing in a member State
other than the competent one: adjustments and limits under
European Union Law.....* 205
VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the Autonomous Community of Andalusia 219

LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

THE TACIT INDEFINITE EXTENSION OF THE TEMPORARY EMPLOYMENT CONTRACT AS A MANIFESTATION OF THE PRINCIPLE OF EMPLOYMENT STABILITY

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

ORCID: 0000-0002-7468-0796

EXTRACTO

Palabras clave: prórroga; contrato temporal; contrato indefinido; estabilidad en el empleo

El estudio tiene por objeto analizar el mecanismo de la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal previsto en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, según el cual: expirada la duración máxima de un contrato temporal, si no hubiera denuncia y la persona trabajadora continuara prestando servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. Se trata éste de un mecanismo de larga tradición histórica en nuestro ordenamiento jurídico, pero de perfiles nada sencillos. No existe unanimidad respecto a su naturaleza jurídica, teniendo puntos en común con las presunciones legales, la tácita reconducción, o el fraude de ley. Pero la estructura de la norma también plantea problemas tanto por lo que respecta a su presupuesto fáctico, como a las consecuencias jurídicas, siendo discutible que la ley permita a la empresa probar la naturaleza temporal de la prestación. En cualquier caso, el fin de este mecanismo es salvaguardar el principio de estabilidad en el empleo como principio nuclear del Derecho del Trabajo.

ABSTRACT

Key words: *extension; temporary contract; permanent contract; job stability*

The purpose of this study is to analyse the mechanism of the tacit indefinite extension of the temporary contract provided for in article 49.1.c) of the Workers' Statute. According to this article, if the maximum duration of a temporary contract expires, there is no notice and the worker continues to provide services, the contract will be considered tacitly extended for an indefinite period, unless employer proves the temporary nature of the service. This is a mechanism with a long historical tradition in our legal system, but with far from simple profiles. There is no unanimity regarding its legal nature, having points in common with legal presumptions, tacit renewal, or fraud of law. The structure of the regulation also raises problems in its presuppositions and its consequences, and it is questionable that the legislator allows the employer to prove the temporary nature of the provision of services. In any case, the purpose of this mechanism is to safeguard the principle of job stability as a core principle of Labour Law.

* Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya: "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2021 SGR 00460.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. La identificación de los contratos de trabajo sobre los que opera la prórroga tácita indefinida como cuestión previa
 - 1.2. Los antecedentes normativos de la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal
 - 1.3. La regulación jurídica actual
2. EL FUNDAMENTO DE LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL
 - 2.1. La preferencia legal por la contratación indefinida
 - 2.2. La salvaguarda del principio de estabilidad en el empleo
3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL
 - 3.1. La prórroga tácita indefinida como presunción legal
 - 3.2. La prórroga tácita indefinida como norma supletoria
 - 3.3. La prórroga tácita indefinida como mecanismo particular frente a la tácita reconducción civil
 - 3.4. La prórroga tácita indefinida como consecuencia del incumplimiento empresarial de los requisitos legales para la válida celebración de los contratos temporales
4. EL PRESUPUESTO FÁCTICO DE LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL
 - 4.1. El agotamiento o expiración de la duración máxima del contrato temporal
 - 4.2. La falta de denuncia por alguna de las partes contratantes
 - 4.3. La continuidad en la prestación de servicios
5. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL
 - 5.1. La regla general: la indefinición del contrato de trabajo y sus efectos
 - 5.2. La excepción: la prueba de la naturaleza temporal de la prestación
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La identificación de los contratos de trabajo sobre los que opera la prórroga tácita indefinida como cuestión previa

La extinción del contrato de trabajo supone la conclusión del vínculo jurídico que unía a la empresa y a la persona trabajadora con el consiguiente cese de las obligaciones para ambas partes.

Siendo ello así, el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET) señala que el contrato de trabajo se extinguirá, entre otras causas: “*por expiración del tiempo convenido*”, como acontecimiento futuro, objetivamente cierto, del cual se hace depender la extinción del contrato “ex” art. 1125 del Código Civil.

Se trata ésta de una causa de extinción contractual distinta de la prevista en el artículo 49.1.b) según el cual, el contrato de trabajo se extinguirá: *“por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”*, en lo que se conoce como extinción contractual por cumplimiento de una condición resolutoria (entendida ésta como acontecimiento futuro objetivamente incierto del cual se hace depender la resolución del contrato “ex” art. 1114 del Código Civil).

Si la regla general es que la llegada del término extingue por sí misma el vínculo obligacional, sin embargo, en el contrato de trabajo de duración determinada el cumplimiento del término no extingue el contrato de manera automática, sino que es necesario un acto a través del cual las partes manifiesten de forma expresa e inequívoca que, efectivamente, la llegada del término supondrá el fin del contrato.

Ese acto recibe el nombre de denuncia, que es una declaración de voluntad unilateral y recepticia de dar por extinguida la relación laboral, manifestando la intención de no continuarla más allá del término final. Por tal motivo, el artículo 49.1.c) “in fine” del ET, recuerda que: *“si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días”*.

En sentido estricto, la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal cuando no se formula denuncia por alguna de las partes a la llegada de su término final es un mecanismo previsto legalmente tan solo para aquellos contratos que terminan por expiración del tiempo convenido (art. 49.1.c) del ET).

Sin embargo, se ha entendido¹ que dicho mecanismo también puede operar en los contratos que terminan por cumplimiento de una condición resolutoria, en los que igualmente sería exigible la denuncia y, a falta de la misma, no se produciría su extinción, sino que el contrato resultaría prorrogado indefinidamente como ocurre con la llegada del término final “ex” artículo 49.1.c) del ET.

1.2. Los antecedentes normativos de la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal

La prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal se había recogido en diferentes textos legislativos anteriores al ET de 1980². El artículo

¹ Martín Valverde, A., García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 32ª ed. Tecnos, Madrid, 2023, p. 900; Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 44ª ed. Tecnos, Madrid, 2023, p. 513; Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 16ª ed. Tecnos, Madrid, 2023, pág. 459; García Perrote Escartín, I., *Derecho del Trabajo*, 11ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. p. 840.

² Un recorrido completo por la evolución normativa de la prórroga del contrato de trabajo puede verse en: Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 87 a 131.

76.2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 señalaba que si llegado el término final no hubiera denuncia por ninguna de las partes, el contrato se consideraba prorrogado tácitamente por tiempo indefinido salvo pacto en contrario.

Y el artículo 15.3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, señalaba expresamente que transcurrido el tiempo pactado inicialmente o su prórroga expresa sin denuncia escrita por ninguna de las partes, ciertos contratos de trabajo se presumían concertados por tiempo indefinido desde la fecha de su constitución.

De ahí pasaron a la redacción del artículo 49.3 del ET en su versión de 1980, que por primera vez introdujo la posibilidad de que la empresa pudiera probar la naturaleza temporal de la prestación, y así, según este precepto, si llegado el término final no hubiera denuncia por alguna de las partes, el contrato se consideraba prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acreditase la naturaleza temporal de la prestación.

No sería hasta la modificación del ET efectuada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que se exigiese que la persona trabajadora continuase también prestando servicios en la empresa una vez llegado el término final. De dicha regulación se desprendería que, expirada la duración máxima del contrato, o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se consideraba prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acreditase la naturaleza temporal de la prestación.

1.3. La regulación jurídica actual

El actual artículo 49.1.c) del ET (párrafos 2º y 3º) tras la redacción dada 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, contempla por tanto una regla que ya estaba prevista en la regulación anterior, conforme a la cual: los contratos de duración determinada que tengan establecido un plazo máximo de duración, incluidos los contratos formativos, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y la persona trabajadora continúe prestando servicios.

Y por lo que aquí interesa: *“Expirada dicha duración máxima, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”*.

Como puede comprobarse, la actual regulación mantiene en esencia la redacción anterior, suprimiendo tan solo las referencias al contrato por obra y servicio determinado, que ha sido expresamente derogado.

En similares términos se pronuncia tanto el artículo 8.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada³, como el artículo 20 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del ET en materia de contratos formativos⁴, vigentes en tanto no se opongan a la actual regulación legal⁵.

Por otro lado, una regla similar se contempla en el artículo 7 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Este precepto dispone que: *“en materia de duración del contrato de puesta a disposición, se estará a lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente”*, pero precisa en su apartado segundo: *“Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido”*.

El presente estudio tiene por objeto analizar el régimen jurídico de este mecanismo previsto legalmente, que es el de la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal. Se trata de un mecanismo que, como hemos visto, opera en aquellos casos en que el contrato finaliza por expiración del término convenido (art. 49.1.c) del ET), de ahí que nos centremos básicamente en los contratos temporales previstos en el ET, y no en aquellos otros contratos que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.1.b), su terminación puedan haber quedado sujeta al cumplimiento de una condición resolutoria libremente pactada entre las partes⁶.

³ Según el artículo 8.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre: *“Los contratos de duración determinada que tengan establecida legal o convencionalmente una duración máxima y que se hubiesen concertado por una duración inferior a la misma, se entenderán prorrogados tácitamente, hasta la correspondiente duración máxima, cuando no hubiese mediado denuncia o prórroga expresa antes de su vencimiento y el trabajador continúe prestando servicios. Expirada dicha duración máxima o la de la prórroga expresa del contrato eventual, ejecutada la obra o servicio, o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”*.

⁴ Según el artículo 20 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo: *“Los contratos en prácticas y para la formación se considerarán prorrogados tácitamente como contratos ordinarios por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación, si el trabajador continuara prestando servicios tras haberse agotado la duración máxima del contrato y no hubiera mediado denuncia expresa”*.

⁵ Por aplicación de lo dispuesto en la Disposición derogatoria única 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, según la cual: *“Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en este real decreto-ley”*.

⁶ Ello no quinta que alguno de los contratos temporales previstos en el ET también sean contratos sometidos a una condición resolutoria. Tal es el caso del contrato de sustitución de la

2. EL FUNDAMENTO DE LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL

2.1. La preferencia legal por la contratación indefinida

La distinción entre un contrato de trabajo de duración indefinida y un contrato de trabajo de duración determinada ha sido una constante desde la aparición de las primeras normas laborales surgidas en torno al contrato de trabajo y ha generado numerosos litigios habida cuenta la contraposición de intereses en juego.

Este conflicto de intereses entre empresa y persona trabajadora, se manifiesta en que mientras que la empresa estará siempre interesada en una contratación temporal, como forma de obtener una máxima flexibilidad en la gestión de los recursos humanos, de optimizar sus beneficios, y de adaptarse mejor a las circunstancias cambiantes de la economía de mercado, por el contrario a la persona trabajadora le interesará un contrato de duración indefinida, ya que le interesará un máximo de continuidad, de estabilidad, y de seguridad jurídica en su relación laboral⁷.

Siendo ello así, uno de los problemas más graves de nuestro mercado de trabajo ha sido el de la temporalidad en la contratación laboral. Desde la aprobación del ET en 1980, el trabajo en España ha evolucionado arrastrando siempre el pesado lastre de la temporalidad que ha impedido a una parte importante de los trabajadores ejercer de forma plena sus derechos. Y pese a las sucesivas modificaciones que ha experimentado la legislación laboral, el marco institucional no ha sido capaz de abordar de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad, que siempre se ha situado de manera sistemática muy por encima de la media europea.

El recurso a la contratación temporal injustificada ha sido por tanto una práctica muy arraigada en nuestro sistema de relaciones laborales que ha generado una precariedad social de difícil aceptación y justificación. Además, se ha evidenciado que un modelo laboral basado en la temporalidad genera también ineficiencia e

persona trabajadora, ya que el contrato del sustituto se extingue al incorporarse el sustituido. Sin embargo, el contrato de sustitución por vacante, ha sido considerado por la jurisprudencia como un contrato a término: STS de 24 de junio de 2014, rec. 217/2018 (ECLI: ES: TS: 2014: 3081).

⁷ Alarcón Caracuel, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, en AA.VV. *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 163; Véase, sin embargo: Cruz Villalón, J., “Contratación laboral indefinida versus estabilidad en el empleo: convergencias y divergencias”, en AA.VV. *Estudios sobre la estabilidad en el empleo. Una perspectiva jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 57 y ss. precisando que no siempre la contratación indefinida se puede identificar con estabilidad en el empleo, ni tampoco la contratación temporal se puede identificar con inestabilidad en el empleo, puesto que confluyen otros factores extrajurídicos relacionados con la evolución del ciclo económico, las características de la actividad empresarial, el tipo de productos elaborados, las formas de consumo, etc. En el mismo sentido: Pérez Rey, J., “Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa”, *Revista de Derecho Social*, 74/ 2016, p. 236.

inestabilidad económica, desincentiva la inversión en formación por parte de las empresas, impide la cualificación permanente y la vinculación profesional de los trabajadores, incrementa el gasto en prestaciones de desempleo e incluso aumenta la siniestralidad laboral.

La temporalidad también ejerce una fuerte presión sobre los salarios y el resto de las condiciones de trabajo, convirtiéndose en un instrumento para la devaluación de los mismos que deteriora el nivel de vida, debilita la demanda interna, y la capacidad de crecimiento económico. Además, crea un modelo de relaciones laborales desigual e injusto, dado que son las mujeres y, sobre todo, las personas más jóvenes, las que sufren los mayores niveles de precariedad.

Todas estas circunstancias fueron evidenciadas en el preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, el cual apuesta decididamente por un cambio en las normas que favorecían esta temporalidad por otras que impulsen la indefinición del contrato de trabajo⁸.

Por ello no es de extrañar que el artículo 15.1 del ET, tras la redacción efectuada en 2021, haya vuelto a incorporar en la ley una previsión que ya contenía el ET en su redacción originaria de 1980, conforme a la cual: *El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido*. Se trata de una regla que impone la contratación por tiempo indefinido, sin más excepciones que los contratos temporales previstos legalmente, limitando con ello la autonomía de la voluntad de las partes para fijar un término al contrato de trabajo⁹.

Por tal motivo, la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal tendría toda su lógica, que sería la de controlar el uso adecuado de la contratación temporal y su fundamento radicaría en la excepcionalidad que tiene el contrato temporal frente al indefinido. Y en el precepto subyace la tutela del contratante más débil de la relación laboral mediante el favor legislativo hacia la contratación indefinida¹⁰.

⁸ En este sentido: Igartúa Miró, M.T., “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 161/2022, p. 256; Nieto Rojas, P., “La contratación temporal en el Real Decreto-ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, presunciones y sanciones”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, 0/2022, p. 32 y ss.; López Ahumada, J.E., “La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: Análisis del Real Decreto-ley 32/2021”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 13/2022, p. 13 y ss.; Calvo Gallego, F.J., “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 1/2022, p. 89 y ss.

⁹ Alarcón Caracuel, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, op. cit. p. 170.

¹⁰ Chocrón Giráldez, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, Laborum, Murcia, 2004, p. 104 y ss.; Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en*

2.2. La salvaguarda del principio de estabilidad en el empleo

Teniendo presente este contexto, el fundamento de prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal reside en la salvaguarda del principio de estabilidad en el empleo. Se trata éste de un principio nuclear o configurador del Derecho del Trabajo¹¹ que persigue que los vínculos laborales tengan vocación de permanencia, con el objetivo último de favorecer la existencia de un mercado laboral estructurado en torno a los beneficios que se derivan de las relaciones laborales duraderas y consolidadas en el tiempo¹².

Se trataría de un principio “vertebrador” del Derecho del Trabajo, que tiene su fundamento constitucional en el artículo 35 de la Constitución Española, reconocedor del derecho al trabajo, y que se plasma a lo largo del ET mediante distintas reglas jurídico-positivas destinadas a la “conservación” de contrato de trabajo y a otorgar a éste la mayor duración posible, limitando a su vez la capacidad extintiva de la empresa¹³.

Así sucede en los supuestos de nulidad parcial del contrato de trabajo y en el mantenimiento del mismo una vez depurado de sus contenidos o cláusulas inválidas; en la limitación temporal del período de prueba; en la preferencia por el contrato indefinido; en el carácter causal de la contratación temporal; en la prórroga tácita indefinida, una vez finalizada la duración máxima del contrato temporal; en la prevalencia por la novación modificativa frente a la extintiva; en el mantenimiento del contrato en los supuestos de cambio de empresa; en la reconducción de las causas impeditivas de la prestación de trabajo al terreno de la suspensión e interrupción del mismo; en la incorporación de la formación en la relación de trabajo con el propósito de facilitar la adaptación de la persona trabajadora a los cambios que afecten al desarrollo de su prestación; en el carácter formal y causal del despido; en la tendencia a la readmisión en caso de despido improcedente, etc.¹⁴.

Como puede comprobarse, este principio opera en el aspecto temporal de la relación laboral, en el sentido de que tiene como fin fomentar la contratación

indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 148 y ss.

¹¹ Véase: Beltrán de Heredia Ruíz, I., *La estabilidad en el empleo. Un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 53 y ss.; Montoya Melgar, A., “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 33/2001, p. 61 y ss.

¹² Poquet Català R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 145 y ss.

¹³ Pérez Rey, J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004, p. 40.

¹⁴ Pérez Rey, J., *Estabilidad en el empleo*, op. cit. p. 50 y ss.; Pérez Rey, J., “Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa”, op. cit. p. 233 y ss.

indefinida¹⁵, actuando como mecanismo que restringe las potestades de la empresa al inicio de la relación laboral al vedar la posibilidad de que se pueda limitar la duración del contrato sin más argumentos que la propia voluntad de la parte contratante. Pero también al final de la relación laboral, limitando los mecanismos de extinción, alejándolos de la simple voluntad injustificada de la empresa¹⁶, y, por lo que aquí interesa, permitiendo la prórroga tácita indefinida del contrato temporal una vez agotada su duración máxima, sin que medie denuncia por ninguna de las partes y exista una continuidad en la prestación de servicios.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL

3.1. La prórroga tácita indefinida como presunción legal

El mecanismo de la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal, se ha intentado abordar desde distintos puntos de vista que interesa analizar para identificar su naturaleza jurídica.

Un sector mayoritario de la doctrina científica¹⁷ lo ha definido como una presunción legal de indefinición del contrato de trabajo temporal. Implícitamente

¹⁵ La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, que incorporó como anexo el Acuerdo marco europeo sobre el trabajo de duración determinada considera que la contratación por tiempo indefinido es la forma más común de la relación laboral y que es la que contribuye a la calidad de vida de los trabajadores y a mejorar su rendimiento. A estos efectos, interviene estableciendo dos reglas materiales: el principio de no discriminación (cláusula 4), y las medidas relativas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5). Con ello se pretende tutelar la “estabilidad en el empleo”, utilizándose precisamente esta expresión por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 3 de julio de 2014, C-362/13, C-363/13 y 407/13 -asunto Fiamingo y otros-) a pesar de que ello no se refleje en la literalidad del Acuerdo marco ni de la Directiva que lo refuerza. Sin embargo, la Directiva no tiene como objetivo evitar el abuso en la contratación temporal inicial, y buena prueba de ello es que cuando se ha presentado un supuesto en el que sólo se había celebrado un único contrato temporal inicial, el Tribunal (STJCE 22 de noviembre de 2005, C 144/04 -asunto Mangold-) ha considerado que ello no entraba dentro del ámbito de la tutela exigida por la norma comunitaria, y se ha declarado incompetente para resolver la cuestión que se le planteaba: Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, 113/2018, pp. 74 y 78.

¹⁶ Poquet Català, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, op. cit. p. 145 y ss.

¹⁷ Chocrón Giráldez, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, op. cit. p. 99 y ss.; García Perrote Escartín, I., Sastre Ibarreche, R., “Comentario al artículo 49 del ET”, en AA.VV. *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, p. 590; Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, *Relaciones Laborales*, 1/1997. p. 27 y ss.; Alarcón Caracuel, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, op. cit. p. 171 y ss.; Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 511.

se piensa que si las partes no ponen fin al contrato de trabajo una vez llegado su término final es porque desean presuntamente continuar con su relación laboral¹⁸. Y pese a que ni el artículo 49.1.c) del ET, ni los correspondientes artículos de los Reales Decreto de desarrollo de la contratación temporal y formativa utilizan el vocablo “presunción”, no podría negarse la presencia de una presunción legal de indefinición del contrato de trabajo temporal.

Prevista en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹, la presunción legal ha sido definida por la doctrina científica laboralista²⁰ como aquel mecanismo que permite tener por cierto un hecho del que realmente no consta que haya acaecido en la realidad, a través de la constatación de otro hecho distinto que sí se ha producido efectivamente. De ello se desprende que toda presunción legal consta de un hecho base, de un hecho presunto o deducido y de un enlace o conexión entre ambos.

Por lo que aquí interesa, el hecho base consistiría en la expiración de la duración máxima del contrato temporal sin que medie denuncia por alguna de las partes unida a la continuidad en la prestación de servicios. El hecho deducido lo constituye la “prórroga tácita indefinida” del contrato temporal, es decir, su indefinición. Y el enlace o conexión entre ambos hechos estaría determinado legalmente en base unos estrictos criterios de necesidad y oportunidad²¹ teniendo presente salvaguardar el principio de estabilidad en el empleo.

Siendo ello así, el artículo 49.1.c) del ET contemplaría una presunción legal de indefinición del contrato de trabajo, que, además, tal y como se desprende literalmente de su tenor literal, sería una presunción “iuris tantum”, al admitir prueba en contra, por parte de la empresa, de la naturaleza temporal de la prestación.

¹⁸ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 176.

¹⁹ Según el artículo 385 de la LEC, con el título: “Presunciones legales”: “1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba. 2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. 3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”.

²⁰ Gil Plana, J., Sánchez-Urán Azaña, Y., *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 33.

²¹ Chocrón Giráldez, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, op. cit. p. 104 y ss.

3.2. La prórroga tácita indefinida como norma supletoria

Otro sector de la doctrina científica²² ha querido ver en este mecanismo, no tanto una presunción legal en el sentido técnico jurídico del término, sino una disposición supletoria, ya que, en ausencia de voluntad expresa por alguna de las partes, es la ley la que supletoriamente determina la continuidad en la prestación de servicios de la persona trabajadora mediante un contrato indefinido.

Precisamente, al ubicarse el artículo 49.1.c) del ET entre las causas de extinción de los contratos de trabajo, y concretamente dentro de la extinción de los contratos sometidos a término final, el mismo trata de resolver la ausencia de manifestación de la voluntad de las partes contratantes sobre la extinción o prórroga de los contratos de duración determinada, optando la ley por la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo que fue inicialmente temporal.

La finalidad del precepto no sería, por tanto, la de fijar un hecho por medio de otro ya acreditado, sino más bien la de suplir la ausencia de voluntad de las partes en materia de extinción o prórroga del contrato llegado el término final pactado²³. Sería la pasividad de los contratantes la que llevaría a la ley a imponer la indefinición del contrato de trabajo inicialmente pactado con carácter temporal²⁴.

Y la mención efectuada en el artículo 49.1.c) del ET a una prueba en contrario, no obedecería a la constatación legal de uno de los elementos de la estructura de una presunción, sino más bien a la mera manifestación en el plano de la legalidad ordinaria, del derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes²⁵.

3.3. La prórroga tácita indefinida como mecanismo particular frente a la tácita reconducción civil

Para un tercer sector de la doctrina científica²⁶, estaríamos ante una institución particular, con perfiles propios que la aproximan a la “tácita reconducción” de los

²² Gil Plana, J., Sánchez-Urán Azaña, Y., *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 121 y ss.; Chocrón Giráldez, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, op. cit. p. 104, quien, pese a defender que estamos en presencia de una presunción legal, reconoce que el artículo 49.1.c) del ET se asemeja también a una disposición supletoria cuando el empresario no consigue probar la naturaleza temporal de la prestación.

²³ De modo que sería la pasividad de los contratantes la que conduciría a la transformación del vínculo temporal en indefinido: Ríos Salmerón, B., “Comentarios al artículo 49 del ET”, en *AA.VV. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6º ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 447.

²⁴ Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 148 y ss.

²⁵ Gil Plana, J., Sánchez-Urán Azaña, Y., *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 124.

²⁶ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 60 y ss.

contratos civiles de arrendamientos, ahondando en una configuración autónoma de este mecanismo frente a las presunciones legales.

Según este sector doctrinal, entre la prórroga tácita indefinida y la tácita reconducción civil prevista en el artículo 1566 del Código Civil²⁷ existen importantes semejanzas. De este último precepto se desprende que si el contrato de arrendamiento termina y el arrendatario permanece quince días disfrutando de la cosa arrendada sin que se oponga el arrendador, dicho contrato continuará por el tiempo fijado en los artículos 1577 y 1581 del Código Civil, a menos que haya precedido requerimiento.

Siendo ello así, tanto la tácita reconducción civil como la prórroga tácita laboral toman como presupuesto la continuación fáctica de la relación jurídica más allá del término final. Y en las dos es posible evitar la permanencia del vínculo a través de la manifestación de voluntad de las partes de darlo por terminado: en el caso de la tácita reconducción de los arrendamientos a través del llamado requerimiento, y en el contrato de trabajo a través de la denuncia.

Pero, pese a las similitudes, también existen importantes diferencias: en el caso de la tácita reconducción el nuevo contrato de arrendamiento nace con una duración también determinada (la que fijan los artículos 1577 y 1581 del Código Civil), mientras que en la prórroga tácita el contrato temporal se transforma en otro indefinido.

Por otro lado, mientras que la tácita reconducción civil no supone la alteración sustancial de ningún elemento contractual (ya que el nuevo contrato mantiene las características definidoras del precedente) ni supone que al nuevo contrato haya de aplicársele un régimen jurídico distinto, en cambio en la prórroga tácita sí que existe una transformación de la naturaleza temporal de la relación, y supone la aplicación a partir de ese momento de un régimen jurídico completamente distinto que es el del contrato indefinido.

Además, mientras que en la tácita reconducción el nuevo contrato de arrendamiento produce efectos desde el momento en que finalizó el término del anterior, por el contrario, en la prórroga tácita laboral es posible que algunos de los efectos del nuevo contrato indefinido tengan carácter retroactivo, y la persona trabajadora pueda conservar ciertos derechos de la relación jurídica anterior, como es el caso de la antigüedad en la prestación de servicios.

Por último, mientras que en la tácita reconducción el nuevo arrendamiento subsiste sin más hasta la llegada de un nuevo término, en cambio en la prórroga

²⁷ Según el cual: “Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, a menos que haya precedido requerimiento”.

tácita laboral, el carácter indefinido del nuevo contrato puede evitarse mediante prueba en contra por parte de la empresa que demuestre el carácter temporal de la prestación prorrogada.

Por tanto, aun teniendo su origen en la tácita reconducción civil, debido a sus caracteres propios y a su régimen peculiar, la prórroga tácita se halla bastante distanciada de aquella, de la que es posible diferenciarla y configurarla autónomamente, sin que quepa extender por tanto el régimen jurídico de una a la otra²⁸.

3.4. La prórroga tácita indefinida como consecuencia del incumplimiento empresarial de los requisitos legales para la válida celebración de los contratos temporales

Finalmente, la prórroga tácita indefinida también puede explicarse desde otras instituciones cercanas como son las relativas al fraude de ley y al incumplimiento empresarial de los requisitos legales para la válida celebración de los contratos temporales.

Los requisitos esenciales exigidos para la validez de los contratos temporales son, por regla general, de carácter objetivo, y se refieren al objeto y a la causa del contrato. Ello significa que, para la válida celebración de un contrato temporal, es necesario no sólo que responda a alguna de las modalidades de contratación previstas por la ley, sino que exista también una estricta correspondencia entre la duración temporal del contrato y la causa que justifica la prestación de los servicios²⁹. Tal es el caso de los dos contratos temporales previstos en el artículo 15.1 del ET: el contrato por circunstancias de la producción y el contrato por sustitución de la persona trabajadora.

Ello no impide que existan otros contratos temporales en que lo relevante no es tanto la causa que justifica su celebración (dado que los mismos pueden ser concertados para trabajos de carácter permanente), como otros requisitos de índole subjetiva tales como que la persona trabajadora pueda recibir una formación teórica y práctica mientras presta servicios en la empresa, o que disponga de un título habilitante para poder concertar el contrato. Me estoy con ello refiriendo a las dos modalidades de contrato formativo previstas en el artículo 11 del ET.

Como puede comprobarse, todas estas previsiones contienen normas de carácter imperativo absoluto, reguladoras de los requisitos esenciales exigidos para la válida celebración de alguna de las modalidades de contratación temporal ya sea estructural o formativa. Ello supone que el objeto de la prestación de servicios y la

²⁸ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 65.

²⁹ Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, op. cit. p. 2 y ss.

duración pactada en el contrato habrán de circunscribirse realmente a lo establecido en los preceptos reguladores de la misma, ya que, de no ser así, o de no existir una causa cierta de temporalidad, el contrato se entenderá concertado por tiempo indefinido, por aplicación de lo dispuesto en dos preceptos del Código Civil³⁰.

El primero de ellos es el artículo 6.3 del Código Civil, conforme al cual: *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*. Lo que trasladado al ordenamiento jurídico laboral significa que, si el contrato temporal concertado no reúne los requisitos esenciales para su validez, ello no comportará la nulidad del contrato de trabajo en sí mismo, sino la de su cláusula de temporalidad, permaneciendo válido en lo restante y entendiéndose completado con los preceptos jurídicos adecuados, convirtiéndose, por tanto, en un contrato por tiempo indefinido (art. 9.1 del ET³¹ en relación con el art. 6.3 del Código Civil).

Y el segundo de los preceptos es el artículo 6.4 del Código Civil, conforme al cual: *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley, y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubiere tratado de eludir”*. De modo que, por aplicación de lo dispuesto en este precepto, la celebración de un contrato de trabajo temporal sin una causa cierta de temporalidad genera como consecuencia la inaplicación del régimen jurídico propio de la contratación temporal y la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, que sería la disciplina jurídica del contrato indefinido³².

Es por todo ello que el actual artículo 15.4 del ET, tras la redacción de 2021, asume el contenido de ambos preceptos del Código Civil, y señala de manera expresa que: *“Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”*³³. Es decir, los contratos concertados al amparo de los preceptos reguladores de cualquiera de las modalidades de contratación temporal sin que realmente concurren los requisitos exigidos por la

³⁰ Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, op. cit. p. 16 y ss.; Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 249.

³¹ Según el artículo 9.1 del ET: *“Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1”*.

³² Gil Plana, J., Sánchez-Urán Azaña, Y., *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 61.

³³ Véase: López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 85 y ss.; Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J., De la Puebla Pinilla, A., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 50 y ss.; Poquet Català, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, op. cit. p. 256 y ss.

ley para su válida celebración, o con el fin de soslayar las normas reguladoras de la contratación indefinida, se entenderán concertados por tiempo indefinido³⁴. Y dicha transformación no admitiría prueba en contra de la naturaleza temporal de los servicios, como ha tenido ocasión de interpretar la gran mayoría de la doctrina científica³⁵.

Y esto es precisamente lo que sucedería en la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal una vez agotada su duración máxima, si la persona trabajadora continuara prestando servicios y ninguna de las partes formulara denuncia: el contrato temporal habría dejado de tener una causa cierta de temporalidad, transformándose por ello en otro indefinido.

4. EL PRESUPUESTO FÁCTICO DE LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL

4.1. El agotamiento o expiración de la duración máxima del contrato temporal

Para que la previsión legal contemplada en el artículo 49.1.c) del ET pueda desplegar sus efectos, es necesario que se produzcan tres condiciones: la expiración de la duración máxima del contrato temporal, la falta de denuncia por alguna de las partes, y la continuidad en la prestación de servicios. Y todo ello sin olvidar que la parte interesada (la persona trabajadora) deberá probar la contratación temporal, la ausencia de denuncia y la subsistencia de la prestación de servicios agotado el término máximo del contrato de trabajo.

En primer lugar, y por lo que respecta al agotamiento o expiración de la duración máxima del contrato temporal, la misma viene referida en el artículo 49.1.c) del ET por referencia a la duración máxima “*legalmente establecida*”.

³⁴ Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, op. cit. p.16 y ss.; Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 204 y ss.

³⁵ Montoya Medina, D., “Estabilidad y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3/2022, p. 34 y ss.; López Ahumada, J.E., “La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: Análisis del Real Decreto-ley 32/2021”, op. cit. p. 13; López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, op. cit. p. 87; Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J., De la Puebla Pinilla, A., A., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, op. cit. p. 50; Moreno Vida, M.N., “El contrato temporal por razones productivas”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 161/2022, p. 130; Poquet Català, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, op. cit. p. 258; Sala Franco, T., *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 52.

Tanto el régimen jurídico del contrato formativo para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados (art. 11.3.c) del ET), como el del contrato por circunstancias de la producción (art. 15.2 del ET), y el del contrato de sustitución para la cobertura de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción (art. 15.3 del ET) permiten que la negociación colectiva pueda adaptar y modular los límites temporales previstos legalmente en ellos, en algunos casos ampliándolos (art. 15.2 del ET) y en otros reduciéndolos (art. 11.3.c) y 15.3 del ET) lo que hace surgir la duda de si, a los efectos de la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal por agotamiento de su duración máxima, habrá que estar a los períodos de tiempo estrictamente legales o a aquellos otros establecidos por la negociación colectiva aumentándolos o reduciéndolos.

Un sector de la doctrina científica³⁶ ha entendido que la duración máxima legalmente establecida no será la fijada por la ley para cada uno de los contratos temporales sino la que, en su caso, hayan podido fijar los convenios colectivos, ampliando o reduciendo si cabe la inicialmente prevista legalmente.

Sin embargo, desde mi punto de vista debiera de prevalecer una interpretación específica, conforme a la cual: si el convenio colectivo ha reducido la duración máxima del contrato temporal, y la persona trabajadora continua prestando servicios por encima del plazo previsto convencionalmente, el contrato podrá prorrogarse hasta la duración máxima prevista legalmente, y solo en aquél caso en que la persona trabajadora continúe prestando servicios expirada la duración máxima legal sin que medie denuncia por ninguna de las partes, su contrato se transformará en indefinido.

Y si el convenio colectivo hubiera ampliado la duración máxima del contrato temporal prevista legalmente, la prórroga tácita indefinida del contrato temporal se producirá cuando se exceda de dicha duración máxima convencional, siempre que la persona trabajadora continuara prestando servicios y ninguna de las partes denunciara la extinción del contrato.

Por lo que se refiere al contrato temporal por circunstancias de la producción, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del ET, el mismo se prorrogará tácitamente por tiempo indefinido cuando la persona trabajadora continúe prestando servicios en la empresa una vez llegado el término final sin que medie denuncia por alguna de las partes. Así lo ha entendido tanto la doctrina científica³⁷, como la doctrina judicial³⁸.

³⁶ Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 175 y ss.

³⁷ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 207 y ss.; Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 170 y ss.

³⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de septiembre de 1997, rec. 2796/1996 (ECLI: ES:TSJCV:1998:7151); STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2000, rec. 2583/2000

En el caso del contrato de sustitución de la persona trabajadora, también se prorrogará tácitamente por tiempo indefinido si el sustituto continúa prestando servicios tras la reincorporación del sustituido³⁹, o si, pese a no incorporarse este último, continúa en la prestación de servicios una vez finalizada la causa de sustitución sin que medie denuncia por alguna de las partes⁴⁰.

En el caso del contrato de sustitución por cobertura de vacante, se entiende que una vez transcurridos los tres meses sin que se haya cubierto la vacante, entraría en juego la prórroga tácita por tiempo indefinido, adquiriendo firmeza el contrato, pues, de otra forma, se dejaría en manos de la empresa ponerle fin a su antojo⁴¹ y otro tanto si el sustituto continúa prestando servicios una vez cubierta la vacante⁴².

Y tratándose de personal laboral al Servicio de las Administraciones Públicas, la doctrina del Tribunal Supremo⁴³ ha admitido que la persona trabajadora con un contrato temporal de sustitución por vacante adquirirá la condición de indefinida no fija si continúa prestando servicios una vez superado el plazo en el que debe ejecutarse la oferta pública de empleo. A tal efecto, y por aplicación del artículo 70.1 del EBEP⁴⁴, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de sustitución para la cobertura de la vacante, ya

(ECLI: ES: TSJCV: 2000: 7646); STSJ de Asturias de 5 de noviembre de 2004, rec. 2751/2004 (ECLI: ES: TSJAS: 2004:5187); STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de diciembre de 2009, rec. 1110/2009 (ECLI: ES: TSJCLM: 2009:4); STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2012, rec. 602/2010 (ECLI: ES: TSJCLM: 2010: 2737).

³⁹ STSJ de las Islas Baleares de 4 de abril de 2022, rec. 403/2021 (ECLI: ES: TSJBAL: 2022: 328); STSJ de Madrid de 29 de junio de 2022, rec. 411/2022 (ECLI: ES: TSJM: 2022: 8750).

⁴⁰ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 204 y ss.; Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 168 y ss. Véase: STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2001, rec. 2241/2001 (ECLI: ES: TSJCV: 2001:9:849); STSJ de Madrid de 18 de julio de 2007, rec. 1474/2007 (ECLI: ES: TSJM: 2007: 8715); STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2015, rec. 1802/2015 (ECLI: ES: TSJCAT: 2015: 6004).

⁴¹ Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 169. Véase: STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2006, rec. 3479/2004 (ECLI: ES: TSJCV: 2006: 711).

⁴² STSJ de Asturias de 21 de marzo de 2017, rec. 493/2017 (ECLI: ES: TSJAS: 2017: 842).

⁴³ STS de 28 de junio de 2021, rec. 3263/2019 (ECLI: ES: TS: 2021: 2454); STS de 22 de julio de 2021, rec. 2988/2019 (ECLI: ES: TS: 2021:3246); STS de 21 de julio de 2021, rec. 5145/2018 (ECLI: ES: TS: 2021:3210); entre otras.

⁴⁴ Según el cual: “1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

que, si así sucediera, estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga.

Finalmente, en las dos modalidades de contrato formativo, la prestación de servicios una vez expirado el término final sin que medie denuncia por alguna de las partes, también determinará la prórroga tácita indefinida de dicho contrato, tal y como ha señalado tanto la doctrina científica⁴⁵ como la judicial⁴⁶.

4.2. La falta de denuncia por alguna de las partes contratantes

En segundo lugar, y por lo que respecta a la falta de denuncia por alguna de las partes, interesa con carácter previo definir en qué consiste ésta. La denuncia puede definirse como aquella declaración de voluntad unilateral de carácter recepticio que una parte dirige a la otra sobre su intención de dar por extinguido el contrato de trabajo al llegar su término⁴⁷. Y a través de este acto se manifiesta la voluntad de una de las partes de no permitir la continuación de una relación más allá del término prefijado, teniendo como último efecto el de extinguir el contrato de trabajo.

También interesa no confundir lo que es el preaviso con lo que es la denuncia de un contrato temporal. Y es que si bien ambos poseen idéntica naturaleza (al ser declaraciones unilaterales y recepticias de voluntad), difieren, sin embargo, en su finalidad.

La denuncia persigue y produce la extinción del contrato de trabajo a su término, mientras que el preaviso tiene por objeto advertir a la otra parte, con un tiempo de antelación, del cumplimiento de dicho término. Mientras que la falta de denuncia generará la prórroga tácita indefinida del contrato temporal, la omisión del preaviso no impedirá denunciar el contrato a su término y no tendrá otra consecuencia que el deber de indemnizar a la otra parte por los perjuicios causados ante dicha omisión, perjuicios que se cuantifican en el importe de los salarios correspondientes al plazo de preaviso⁴⁸. Será la denuncia y no el preaviso lo que extinga el contrato de trabajo, y será la falta de denuncia llegado el término final,

⁴⁵ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 217; Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 172 y ss.

⁴⁶ STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 1999, rec. 4814/1999 (ECLI: ES: TSJM: 1999:13797); STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2000, rec. 2561/2000 (ECLI: ES: TSJCAT: 2000: 10431); STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2002, rec. 1199/2002 (ECLI: ES: TSJVP: 2002: 3432); STSJ de Galicia de 20 de febrero de 2013, rec. 5770/2012 (ECLI: ES: TSJGAL: 2013: 1469); STSJ de Andalucía de 16 de febrero de 2018, rec. 1561/2017 (ECLI: ES: TSJAND: 2018: 751).

⁴⁷ Pérez Espinosa Sánchez, F., *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 64.

⁴⁸ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 179. Véase: STSJ de Andalucía de 3 de mayo de 2012, rec. 2520/2011 (ECLI: ES: TSJAND: 2012: 356).

unida a la continuidad en la prestación de servicios, lo que provocará la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo.

Dicho esto, son dos los problemas que pueden plantearse: el primero afecta a la forma en que debe efectuarse la denuncia, y el segundo se refiere al momento en que debe producirse la misma.

Por lo que se refiere a la forma, el ET no exige que la denuncia haya de revestir una forma concreta⁴⁹, por lo que rige el principio de libertad de forma. Ello significa que la denuncia puede revestir tanto la forma escrita⁵⁰ como verbal⁵¹, siempre que no ofrezca duda de su contenido, es decir, siempre que sea expresa, clara y precisa, lo que significa que no será eficaz aquella denuncia en que la parte destinataria no pueda entender con nitidez la voluntad resolutoria. Por tanto, sea cual sea el modo en que se emita ésta, habrá de ser expreso y nunca podrá dejarse su apreciación a la presunta interpretación de la otra parte, ni a mecanismos tácitos acerca del deseo de que la relación quede extinguida⁵².

Además, la denuncia ha de ser individualizada y no puede ser sustituida por la transmisión de la noticia a través de otros canales informativos como la comunicación genérica en la intranet o en la página web de la empresa, o la

⁴⁹ Sin embargo, el artículo 4.1 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, incluye entre las materias que la empresa está obligada a informar a la persona trabajadora: *“El procedimiento, que deben respetar el empleador y el trabajador; incluidos los requisitos formales y la duración de los plazos de preaviso, en caso de terminación de la relación laboral o, si la duración de los plazos de preaviso no puede indicarse en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso”*.

⁵⁰ La forma escrita otorga mayores garantías a efectos probatorios: Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 460. La STS de 27 de septiembre de 2012, rec. 3835/11 (ECLI: ES: TS: 2012: 6322), y la STS de 21 de octubre de 2014, rec. 439/2013 (ECLI: ES: TS: 2014: 5702) han entendido que, en el contrato temporal de sustitución por vacante, la denuncia ha de hacerse por escrito y que si no hay tal denuncia escrita estamos ante un despido improcedente. Y aunque dicha jurisprudencia se refiere a contratos de sustitución por vacante, algunos pronunciamientos judiciales la han extendido al resto de contratos temporales argumentando que las normas que aplican son las comunes de todos ellos: STSJ de Canarias de 13 de diciembre de 2016, rec. 416/2016 (ECLI: ES: TSJICAN: 2016: 3882); STSJ del País Vasco de 31 de octubre de 2023, rec. 1543/2023 (ECLI: ES: TSJPV: 2023: 3309).

⁵¹ La STS de 21 de septiembre de 1988, rec. 6369/ 1988 (ECLI: ES: TS: 1988: 6369), razona que: *“La denuncia es una declaración de voluntad recepticia, debiéndose entender válida, tanto si se produce de manera verbal o escrita, siempre que se manifieste de forma expresa, clara y precisa”*. En el sentido de admitir también la denuncia verbal: STSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2000, rec. 1110/2000 (ECLI: ES: TSJCAT: 2000:648); STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2003, rec. 8710/2002 (ECLI: ES: TSJCAT: 2023: 429); STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009, rec. 2380/2009 (ECLI: ES: TSJAS: 2009: 5307); STSJ de Asturias de 16 de octubre de 2018, rec. 1836/2018 (ECLI: ES: TSJAS: 2018: 3076); STSJ de Canarias de 24 de julio de 2019, rec.17/2019 (ECLI: ES: TSJICAN: 2019: 2293).

⁵² Martínez Emperador, R., *“Artículo 15. Duración del contrato de trabajo y la contratación temporal”*, en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo

notificación a los representantes de los trabajadores, o la constancia de la decisión en un convenio o acuerdo colectivo. Por otra parte, la exigencia de denuncia individualizada de la terminación del contrato resulta plenamente conforme con el deber de buena fe y de atención a los intereses de la otra parte que ha de inspirar la conducta de la empresa y personas trabajadoras en la conclusión y en la ejecución del contrato de trabajo⁵³.

Por lo que se refiere al momento en que debe producirse la denuncia, es necesario tener presente que, si el contrato es de duración superior a un año, la parte que formule la denuncia, estará obligada a notificarla con una antelación mínima de quince días (art. 49.1.c) “in fine” del ET). Y cuando la duración del contrato no exceda de un año, sigue siendo preciso que cualquiera de las partes lo denuncie, si bien sin necesidad de observar plazo de antelación alguno, salvo el que se pueda fijar en la negociación colectiva⁵⁴.

En cualquier caso, para que la denuncia pueda provocar la extinción del contrato temporal e impedir su indefinición, deberá llevarse a cabo con anterioridad al cumplimiento del término (en una fecha muy cercana a éste) y no con posterioridad al mismo. Y en el caso del contrato por sustitución de la persona trabajadora, habida cuenta que no siempre será posible conocer con exactitud la reincorporación del sustituido, podría aceptarse la denuncia de manera inmediata a su petición de reingreso.

Dado que la denuncia ha de producirse con anterioridad a la llegada del término final del contrato de trabajo temporal, en una interpretación flexible se podría hacer incluso a la propia llegada de aquél, pero nunca después.

La pregunta que cabe hacerse es si opera la prórroga tácita indefinida en aquellos casos en que, pese a mediar denuncia de alguna de las partes, la persona trabajadora continúa prestando sus servicios en la empresa con el beneplácito explícito o implícito de la empresa. En una situación como la antes descrita, y pese a existir denuncia expresa, también debiera de operar la indefinición del contrato de trabajo y habría que entender que en tales casos se habría producido una revocación de la voluntad extintiva, o, dicho de otro modo, que se habría dejado sin efecto la denuncia del término, y al dejar de producir éste los efectos que le son propios, el contrato se habría prorrogado tácitamente por tiempo indefinido con el beneplácito

IV, Edersa, Madrid, 1983, p. 45; Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 177.

⁵³ STS de 27 de septiembre de 2012, rec. 3835/11 (ECLI: ES: TS: 2012: 6322); STS de 21 de octubre de 2014, rec. 439/2013 (ECLI:ES: TS: 2014: 5702).

⁵⁴ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 511. Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2009, rec. 5941/2009 (ECLI: ES: TSJCAT: 2009: 14326) señala que la empresa solamente está obligada a formular denuncia de un contrato temporal con una antelación de quince días, cuando su duración sea superior a un año, de modo que la denuncia no será necesaria en aquellos casos en que el contrato temporal tenga una duración inferior al año.

de la empresa que acepta la continuidad en la prestación de servicios de la persona trabajadora⁵⁵.

Y de igual modo, la denuncia extemporánea o perfeccionada una vez alcanzado el término final, no impediría la indefinición del contrato de trabajo temporal cuando dicha duración máxima fue agotada. De ahí que no quepa otorgar naturaleza extintiva a la denuncia efectuada de forma extemporánea a efectos de impedir la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal.

Finalmente, interesa tener presente que el mecanismo previsto en el artículo 49.1.c) del ET tiene un carácter imperativo, por lo que cabe entender como nulo cualquier pacto individual o colectivo por el que se acuerde que la falta de denuncia no implicaría la indefinición contractual, sino tan solo una prórroga tácita por tiempo determinado del contrato de trabajo. De la misma manera que sería nulo cualquier pacto que exonerase de denunciar el contrato de trabajo agotado el término final (puesto que en tales casos se enervaría la indefinición de éste)⁵⁶.

4.3. La continuidad en la prestación de servicios

Por último, para que opere la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal, el artículo 49.1.c) del ET exige que la persona trabajadora continúe prestando sus servicios pese a la llegada del término. Lo que verdaderamente importa para que opere la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal será que la persona trabajadora continúe prestando servicios tras superarse la duración máxima del contrato⁵⁷.

Respecto al periodo de tiempo que la persona trabajadora ha de seguir prestando servicios, lo cierto es que la ley no fija un período temporal mínimo o máximo, de ahí que quepan dos interpretaciones: o bien entender que el artículo 49.1.c) del ET juega con carácter automático, de modo que la relación laboral que sigue tras el término vencido y no denunciado se convierte en una relación indefinida, cualquiera que sea el tiempo que medie entre la extinción del contrato y el momento en que el conflicto se plantee; o bien entender que solo el transcurso de un tiempo razonable puede llegar a presumir la indefinición del contrato, de modo que cortos espacios temporales no llegarían a suponer ningún cambio.

La doctrina científica⁵⁸ se ha inclinado por la primera de estas interpretaciones, por la seguridad jurídica que ofrece, y por ser un criterio objetivo, al no someter la

⁵⁵ Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, op. cit. p. 28 y ss.

⁵⁶ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 193.

⁵⁷ Marín Correa, J.M., “La duración del contrato (en torno al artículo 15)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100/2000, p. 482.

⁵⁸ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 185.

ley esta decisión a soluciones cuantitativas que pueden ser relativas y desiguales. Por tanto, desde el mismo momento en que el término vence sin denuncia, la naturaleza temporal del contrato varía, sin importar el tiempo en que la persona trabajadora haya prestado servicios⁵⁹.

Y en los casos en que el contrato de trabajo temporal se halle suspendido por cualquier motivo en el momento de expirar el término, dicha suspensión no debiera de impedir la prórroga tácita indefinida del mismo si no mediara denuncia de alguna de las partes, y ello, aunque no exista una prestación efectiva de servicios⁶⁰.

5. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRÓRROGA TÁCITA INDEFINIDA DEL CONTRATO DE TRABAJO TEMPORAL

5.1. La regla general: la indefinición del contrato de trabajo y sus efectos

Alcanzado el término final del contrato sin que se proceda a su denuncia y continuando la persona trabajadora en la prestación de servicios, la prórroga tácita indefinida del mismo opera de manera automática, siendo irrelevante la voluntad de las partes y sobre todo la de la empresa, que sólo podrá evitar la fijeza de la relación acreditando la temporalidad de los servicios que prosiguen más allá del término.

Dicha consecuencia resulta si acaso más evidente cuando se ha producido una vulneración de derechos fundamentales o algún tipo de discriminación, y el empresario ha aceptado la prórroga tácita indefinida de los contratos temporales de algunas personas trabajadoras y no de otras que se encontraban en la misma situación, sin aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la extinción contractual adaptada o de su proporcionalidad⁶¹.

⁵⁹ Los pronunciamientos judiciales han aceptado la indefinición del contrato de trabajo tras prestar servicios la persona trabajadora durante breves periodos de tiempo, como, por ejemplo, 11 días: STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 1999, rec. 4814/1999 (ECLI: ES: TSJM: 1999: 13797), o incluso 10 días: STSJ de Andalucía de 17 de abril de 2013, rec. 528/2013 (ECLI: ES: TSJAND: 2013: 4982).

⁶⁰ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 179; PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p. 183 y ss. Sin embargo, no lo ha entendido así la doctrina judicial, que exige una prestación efectiva de servicios por parte de la persona trabajadora: STSJ de Cantabria de 8 de noviembre de 2001, rec. 852/2001 (ECLI: ES: TSJCANT: 2001: 2013).

⁶¹ Básicamente trabajadoras embarazadas o representantes de los trabajadores a los que no se les prorrogó el contrato cuando al resto de trabajadores sí se les prorrogó por tiempo indefinido: Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 460, con cita a la STC 173/1994, de 7 de junio (ECLI: ES: TC: 1994: 173), y a la STC 29/2002, de 11 de febrero (ECLI: ES: TC: 2002: 29), entre otras.

Y todo ello sin olvidar, claro está, que las consecuencias de la fijeza que se derivan legalmente vienen siendo excepcionadas por la jurisprudencia⁶² cuando la empresa es una Administración Pública, ya que, en tales casos, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público determinan que la persona trabajadora no pueda ser considerada fija de plantilla, sino indefinida no fija, a la espera de que se convoque y supere el oportuno proceso selectivo.

Resultará inocuo, por tanto, invocar otros argumentos tales como: la buena fe contractual, el deseo de extinguir realmente el contrato, o la ausencia de “animus novandi” de ambas partes⁶³. Así lo ha entendido también la jurisprudencia en unificación de doctrina⁶⁴ al señalar que no es preciso que las partes muestren de forma expresa o tácita el “animus novandi”, sino que, por el contrario, la no manifestación de voluntad produce el efecto automático de la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal.

Ello tiene como inmediata consecuencia la aplicación del régimen jurídico correspondiente al contrato indefinido. El contenido y el objeto del contrato no se ven alterados en sí mismos, sino solamente la cláusula de temporalidad, y, por tanto, el contrato no podrá extinguirse por la llegada del término, sino que, estando ya inmersos en un contrato indefinido, lo que existirá, si acaso, es un despido, con la aplicación de su régimen jurídico regulador, fundamentalmente por lo que respecta a su régimen causal y a las indemnizaciones correspondientes.

Un tema básico que suscita la prórroga tácita indefinida es el de si el contrato debe considerarse indefinido desde el inicio de la relación laboral (incluyendo, por tanto, el período en que funcionó como contrato temporal), o bien sólo a partir del momento en que el término vencido no fue denunciado y se continuó con la prestación de servicios. Es decir, se discute la retroactividad de las consecuencias del artículo 49.1.c) del ET.

A diferencia de la Ley de Relaciones Laborales, que resolvió expresamente esta cuestión declarando la presunción de indefinición desde el inicio del contrato de trabajo, el ET no ha sido tan explícito. En este punto la doctrina científica⁶⁵ ha señalado que la aplicación del régimen del contrato indefinido solamente tendrá lugar a partir del término vencido, y no podrá hacerse respecto del tiempo anterior y pasado, ya que no se pone en tela de juicio ningún extremo relacionado con la inexistencia del contrato de trabajo temporal previo.

⁶² STS de 20 de enero de 1998, rec. 317/1997 (ECLI: ES: TS: 1998: 234); y STS de 21 de enero de 1998, rec. 315/1997 (ECLI: ES: TS: 1998: 254).

⁶³ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 183; PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, op. cit. p.151 y ss.

⁶⁴ STS de 22 de febrero de 1994, rec. 1361/1993 (ECLI: ES: TS: 1994: 1: 4607).

⁶⁵ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p.192.

Pero, a la vez, tampoco se puede desconocer ese tiempo ya trabajado mediante un contrato temporal, por lo que la continuidad de la prestación laboral dotaría de continuidad a la unidad negocial, lo que justificaría el mantenimiento de ciertos derechos de la persona trabajadora como son los relativos a la antigüedad en la empresa, o la imposibilidad de celebrar un nuevo período de prueba.

Y ello, naturalmente, afectaría a la cuantía de la indemnización que correspondería a la persona trabajadora para el caso de que fuera despedida de manera improcedente por la empresa, ya que el cálculo de la indemnización por despido habría de tener en cuenta la antigüedad desde que se formalizó el contrato temporal inicial.

5.2. La excepción: la prueba de la naturaleza temporal de la prestación

Por último, el precepto asume que la indefinición del contrato de trabajo como consecuencia de su prórroga tácita indefinida, admite prueba en contra por parte de la empresa. La fórmula “*salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación*” va a permitir a la empresa desvirtuar la consecuencia prevista en la norma o, en los términos del artículo 385 de la LEC, probar la “*inexistencia del hecho deducido*”.

Al margen de la prueba destinada a neutralizar el presupuesto fáctico de la norma (como es, por ejemplo, que aún no se hubiera agotado la duración máxima del contrato temporal), la parte a la que perjudica la prórroga tácita indefinida (la empresa), deberá probar la temporalidad de la prestación de trabajo y que por tanto no procede ninguna reclamación por despido de la persona trabajadora⁶⁶.

La doctrina científica⁶⁷ ha entendido que la prueba de la temporalidad no se refiere al carácter temporal del contrato de trabajo inicialmente suscrito por las partes, sino precisamente a la prestación de servicios prorrogada que se ha estado realizando tras haber llegado aquel contrato a su término final.

Y así, por ejemplo, agotada la duración máxima de un contrato temporal por circunstancias de la producción, si no hubiera denuncia expresa y se prolongara la prestación de servicios, el contrato se entendería prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acreditase la naturaleza temporal de esa prestación prorrogada. Naturaleza temporal que podría acreditarse por la empresa si probase que durante ese tiempo la persona trabajadora estuvo realizando trabajos de naturaleza temporal, aunque fueran diferentes de los que ampararon el

⁶⁶ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p.195.

⁶⁷ Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, op. cit. p. 29 y ss.; Chocrón Giráldez, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, op. cit. p. 104 y ss.

contrato prorrogado, como podría ser la sustitución de una persona trabajadora con derecho a la reserva de un puesto de trabajo o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo mientras duraba el proceso de selección para su cobertura definitiva.

Por el contrario, no podría admitirse un nuevo incremento de la actividad productiva como prueba en contrario de la naturaleza temporal de la prestación prorrogada, pues, aunque resultase probada la necesidad temporal de la mano de obra, se estarían quebrando los requisitos esenciales para la válida celebración de este contrato temporal en cuyo caso, y como hemos visto, el contrato se presumiría concertado “*iuris et de iure*” por tiempo indefinido, sin que fuera admisible prueba en contra “*ex*” artículo 15.4 del ET⁶⁸.

Por tanto, la prueba en contrario prevista en el artículo 49.1.c) del ET, consta de dos secuencias: por un lado, acreditar la naturaleza temporal de la prestación de servicios realizada tras expirar el tiempo convenido, y, por otro lado, que la contratación temporal prorrogada no suponga una infracción de las normas imperativas reguladoras de los requisitos esenciales exigidos para la válida celebración de los contratos temporales porque, de apreciarse, el contrato se presume concertado “*iuris et de iure*” por tiempo indefinido⁶⁹.

Mayor complejidad presentan los contratos temporales que son compatibles con actividades permanentes en la empresa (como es el caso de las dos modalidades de contrato formativo) en que la prueba de la naturaleza temporal de la prestación puede resultar imposible⁷⁰. En tales casos, la prórroga tácita indefinida tampoco admitiría prueba en contra de la naturaleza temporal de la prestación por parte de la empresa.

En cualquier caso, y como acertadamente ha señalado la doctrina científica⁷¹, con carácter previo al examen de la prueba de temporalidad de la prestación prorrogada, habrá que comprobar si el contrato temporal primario se adecuaba a alguna de las modalidades de contratación temporal previstas por la ley y reunía los requisitos esenciales que ésta exige para su validez, porque, de no ser así, bien por apreciarse fraude de ley o bien por existir infracción de normas imperativas reguladoras de su régimen jurídico, la cláusula de temporalidad de dicho contrato devino nula y, consiguientemente, el contrato temporal ya se convirtió en indefinido desde el principio, por lo que no procedería aplicar la regla de la tácita reconducción

⁶⁸ STSJ de Canarias de 29 de junio de 2011, rec. 57/2011 (ECLI: ES: TSJICAN: 2011: 1800).

⁶⁹ Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, op. cit. p. 29 y ss.

⁷⁰ Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, op. cit. p. 196.

⁷¹ Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, op. cit. p. 29 y ss.

del artículo 49.1 c) ET ni procedería la prueba en contrario encaminada a demostrar la temporalidad de la prestación “prorrogada”⁷².

Por todo ello, resulta criticable que la ley haya admitido la prueba en contra de la naturaleza temporal de la prestación. Si se estimaba conveniente rodear a la contratación temporal de ciertas garantías, precisamente para evitar su utilización fraudulenta, la sanción por el no respeto de esas garantías debería de haber sido la consideración del contrato temporal como indefinido sin posibilidad de prueba en contra⁷³.

Ahonda en esta reflexión, el hecho de que los tribunales de justicia⁷⁴ hayan calificado como de fraude de ley aquellos supuestos en que la persona trabajadora continúa prestando servicios una vez agotada la duración máxima del contrato, por entender que en estos casos no existe una causa cierta de temporalidad, estando en presencia de una relación laboral indefinida que no admitiría prueba en contra.

Esta conclusión resulta si acaso más evidente en la previsión de indefinición contemplada en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994 por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, según la cual: si a la finalización del plazo de puesta a disposición la persona trabajadora continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculada a la misma por un contrato indefinido.

Este precepto, a diferencia del artículo 49.1.c) del ET, no realiza ninguna mención en favor de la admisibilidad de prueba en contrario, por lo que cabría defender que opera a modo de presunción de indefinición “iuris et de iure”. Esta ausencia de mención expresa podría interpretarse como una voluntad expresa de la ley encaminada a proteger a la persona trabajadora que ha sido cedida a la empresa usuaria, pudiendo establecerse una analogía entre este supuesto y los casos de fraude de ley en la contratación temporal.

6. CONCLUSIONES

- I. Según el artículo 49.1.c) del ET expirada la duración máxima de un contrato temporal, si no hubiera denuncia por alguna de las partes y se continuara en la prestación de servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal

⁷² STSJ de Andalucía de 9 de noviembre de 2007, rec. 53/2007 (ECLI:ES: TSJAND: 2007:11831); STSJ de Andalucía de 10 de julio de 2012, rec. 3024/2011 (ECLI: ES: TSJAND: 2012:9373).

⁷³ Alarcón Caracuel, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, op. cit. p. 171.

⁷⁴ STSJ de Castilla y León de 10 de mayo de 2017, rec. 274/2017 (ECLI: ES: TSJCL: 2017: 1711); STSJ de Canarias de 10 de febrero de 2021, rec. 628/2020 (ECLI: ES: TSJICAN: 2021: 327); STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2022, rec. 3103/2021 (ECLI: ES: TSJCV: 2022: 3889).

de la prestación. Se trata ésta de una previsión normativa de larga tradición histórica en nuestro ordenamiento jurídico, y constituye un mecanismo cuyo régimen jurídico reviste una cierta complejidad.

- II. El fundamento de la norma reside en salvaguardar el principio de estabilidad en el empleo como principio nuclear del Derecho del Trabajo que persigue que los vínculos laborales tengan vocación de permanencia. Si las partes no ponen fin al contrato una vez llegado el término final es porque desean presuntamente continuar con su relación laboral y con ello se pretende tutelar al contratante más débil de la relación laboral mediante la indefinición del contrato de trabajo.
- III. Respecto a su naturaleza jurídica, algunos autores han visto en ella una presunción legal de indefinición del contrato de trabajo, otros entienden que estamos ante una norma supletoria que entraría en juego en defecto de la voluntad expresa de alguna de las partes de dar por extinguido el contrato de trabajo, un tercer grupo de autores entienden que estamos ante un mecanismo de continuidad de la relación laboral que, pese a sus similitudes con la tácita reconducción civil, presenta características propias y un régimen jurídico peculiar que permite diferenciarla y configurarla de manera autónoma sin que se pueda extenderse el régimen jurídico de una a la otra. Pese a la validez de todas estas interpretaciones, tampoco habría especial inconveniente en defender que guardaría similitudes con el fraude de ley en la contratación temporal.
- IV. El presupuesto fáctico de la norma se compone de tres requisitos: la expiración de la duración máxima del contrato temporal, la falta de denuncia por alguna de las partes, y la continuidad en la prestación de servicios. Por lo que se refiere a la expiración de la duración máxima del contrato temporal, se plantea la duda de si habrá que estar a la duración máxima prevista legalmente o a la pactada en convenio colectivo, y en este punto cabe entender que siempre habrá que estar a la duración máxima, con independencia de si la misma viene reconocida en convenio colectivo o en la ley. Por lo que respecta a la falta de denuncia por alguna de las partes, cabe decir que la denuncia extinguirá el contrato temporal si se efectúa de forma clara e inteligible y se lleva a cabo con anterioridad al cumplimiento del término y no con posterioridad al mismo, de modo que la denuncia extemporánea una vez agotado el término final, no impedirá la prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal. Y por lo que respecta a la continuidad en la prestación de servicios, no existe un período temporal mínimo o máximo, bastando con que dicha prestación se efectúe una vez agotada la duración máxima del contrato temporal.
- V. Respecto a las consecuencias jurídicas de este mecanismo, la persona trabajadora con un contrato temporal verá prorrogado tácitamente el mismo por tiempo indefinido, salvo prueba en contra por parte de la empresa, que podrá acreditar la naturaleza temporal de la prestación. En este punto interesa matizar que la prueba de la temporalidad no se refiere al carácter temporal del contrato de trabajo inicialmente suscrito por las partes, sino precisamente a la prestación de servicios prorrogada que se ha estado realizando tras haber llegado aquel contrato a su término final. En cualquier caso, con carácter previo al examen de la prueba de temporalidad de la prestación prorrogada, habrá que comprobar

si el contrato temporal inicial se adecuaba o no a alguna de las modalidades de contratación temporal previstas por la ley, y si reunía los requisitos esenciales que ésta exige para su validez, porque, de no ser así, se presumirá concertado “iuris et de iure” por tiempo indefinido desde el principio.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Caracuel, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, en AA.VV. *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

Bejarano Hernández, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, *Relaciones Laborales*, 1/1997.

Beltrán de Heredia Ruíz, I., *La estabilidad en el empleo. Un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

Calvo Gallego, F.J., “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 1/2022.

Chocrón Giráldez, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, Laborum, Murcia, 2004.

Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, 113/2018.

Cruz Villalón, J., “Contratación laboral indefinida versus estabilidad en el empleo: convergencias y divergencias”, en AA.VV. *Estudios sobre la estabilidad en el empleo. Una perspectiva jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, 16ª ed. Tecnos, Madrid, 2023.

García Perrote Escartín, I., *Derecho del Trabajo*, 11ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

García Perrote Escartín, I., Sastre Ibarreche, R., “Comentario al artículo 49 del ET”, en AA.VV. *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.

Gil Plana, J., Sánchez-Urán Azaña, Y., *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J., De la Puebla Pinilla, A., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Igartúa Miró, M.T., “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 161/2022.

López Ahumada, J.E., “La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: Análisis del Real Decreto-ley 32/2021”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 13/2022.

López Balaguer, M., Ramos Moragues, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Marín Correa, J.M., “La duración del contrato (en torno al artículo 15)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100/2000.

Martín Valverde, A., García Murcia, J., *Derecho del Trabajo*, 32ª ed. Tecnos, Madrid, 2023.

Martínez Emperador, R., “Artículo 15. Duración del contrato de trabajo y la contratación temporal”, en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.

Montoya Medina, D., “Estabilidad y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3/2022.

Montoya Melgar, A., “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 33/2001.

Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 44ª ed. Tecnos, Madrid, 2023.

Moreno Vida, M.N., “El contrato temporal por razones productivas”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 161/2022.

Nieto Rojas, P., “La contratación temporal en el Real Decreto-ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, presunciones y sanciones”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, vol. 3 0/2022.

Pérez Espinosa Sánchez, F., *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1980.

Pérez Rey, J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004.

Pérez Rey, J., “Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa”, *Revista de Derecho Social*, 74/2016.

Pérez Rey, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

Poquet Català, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Ríos Salmerón, B., “Comentarios al artículo 49 del ET”, en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6º ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

Román de la Torre, M.D., *La prórroga en la contratación temporal*, Montecorvo, Madrid, 1988.

Sala Franco, T., *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LOS INDICIOS DE LA IMPREVISIBILIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ANTE EL NUEVO DERECHO A LA PREVISIBILIDAD MÍNIMA DEL TIEMPO DE TRABAJO*

INDICATIONS OF UNPREVISIBILITY IN LABOR LEGISLATION BEFORE THE NEW RIGHT TO MINIMUM PREDISIBILITY OF WORKING TIME

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA

Prof. TU (acreditada a cátedra) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UPV/EHU

ORCID: 0000-0003-4878-3983

EXTRACTO

Palabras clave: imprevisibilidad, tiempo de trabajo, garantías, calendario, trabajadores fijos-discontinuos

El trabajo se aproxima a las instituciones laborales que han permitido la flexibilización del tiempo de trabajo y a algunas modalidades de contratación laboral que incorporan signos de variabilidad en el tiempo de trabajo. A partir de mecanismos e instituciones conocidos como el calendario laboral, la distribución irregular de la jornada o la proliferación del preaviso, el estudio repasa en conceptos clave de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles y, sobre todo, en las obligaciones jurídicas que se anudan a los modelos de negocio con patrones de trabajo previsibles y, también, a los más imprevisibles. Se evalúa el proyecto de transposición de la norma que choca, de entrada, con una contradicción significativa, la que representa el contrato de trabajo fijo-discontinuo, el cual, poco menos que se ignora. A lo anterior hay que añadir que las garantías de cumplimiento tampoco se alojan en el Proyecto de ley, por lo que el estudio se adentra entonces en el principio de primacía de la UE. La previa reparación en las obligaciones de transparencia que incorpora la Directiva, distintas en función de que el modelo de negocio sea de patrón de trabajo previsible o imprevisible, revela también importantes conflictos jurídicos si el proyecto no se somete a modificaciones.

ABSTRACT

Keywords: *unpredictability, working time, guarantees, timetable, permanent-discontinuous workers*

The paper approaches the labor institutions that have allowed the flexibility of working time and also looks some modalities of labor contracting that incorporate signs of variability in working time. Based on well-known mechanisms and institutions such as the working calendar, the irregular distribution of working hours or the proliferation of notice, the study looks at key concepts of Directive (EU) 2019/1152, on transparent and predictable working conditions and, above all, on the legal obligations that are attached to business models with predictable work patterns and, also, the most unpredictable. The project to transpose the norm is evaluated, which collides, from the outset, with a significant contradiction, that represented by the permanent-discontinuous employment contract, which is almost ignored.

* 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 Rubio, J.J.), ref. IT1630-22.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CALENDARIO LABORAL COMO INDICIO DE LA PREVISIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO
 - 2.1. El calendario laboral: su progresiva lasitud normativa
 - 2.2. Horarios de trabajo y calendario laboral
3. NEGOCIOS CON PATRÓN DE TRABAJO PREVISIBLE Y DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA: EL INICIO DE LA IMPREVISIBILIDAD Y DE LA FIGURA DEL PREAVISO
4. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CON TIEMPOS DE TRABAJO “IMPREVISIBLES”, DE ACUERDO CON LAS DEFINICIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152, Y SU PREVISTA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: EL LLAMAMIENTO Y EL PREAVISO COMO CLAVES DE LA IMPREVISIBILIDAD
 - 4.1. La distinción entre los patrones de trabajo previsibles y los imprevisibles en las disposiciones de la Directiva y su posible transposición al ordenamiento español
 - 4.2. La reparación necesaria en ciertas obligaciones de transparencia de la Directiva
 - 4.3. Las definiciones transversales de la Directiva relativas al tiempo de trabajo
 - 4.4. Una mirada a los contratos de trabajo de la legislación española desde la acepción de la imprevisibilidad
 - 4.4.1. La imprevisibilidad de la actividad en la contratación laboral temporal por circunstancias de la producción
 - 4.4.2. La imprevisibilidad de la actividad en la contratación laboral parcial
 - 4.4.3. Previsibilidad-imprevisibilidad en los contratos de trabajo de fijos-discontinuos
5. EL “NUEVO” DERECHO A LA PREVISIBILIDAD DEL ART. 4.2 H) ET
 - 5.1. El derecho a la previsibilidad mínima en la norma comunitaria
 - 5.2. Luces y sombras de la proyectada transposición española sobre el derecho a la previsibilidad mínima
6. CONCLUSIONES

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 de la persona trabajadora 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 trabajo.

Sin que creamos que sea procedente realizar ahora una retrospectiva profunda de los hitos del Derecho obrero, en primer lugar, y del Derecho del Trabajo, después, en ese recorrido de alcanzar la jornada laboral de ocho horas¹, es un lugar común

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.

que los abusos del Estado liberal provocaron una movilización-concienciación social tal (luddismo, maquinismo...) que el Estado decidió intervenir en la determinación de la duración máxima de la jornada laboral.

La limitación de las horas de trabajo fue gradual hasta la aplicación del principio de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas que, por ejemplo, constituyó el primer orden del día de la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), celebrado en Washington entre octubre y noviembre de 1919. En su seno se adoptaron seis convenios y seis recomendaciones, incluyendo el Convenio nº 1 sobre la duración de la jornada de trabajo².

La adopción general de la jornada de ocho horas desencadenó en los primeros años del siglo pasado un conjunto de opiniones favorables o desfavorables, a partes iguales, sobre sus consecuencias, en tanto que se trataba de determinar los resultados económicos de las empresas y los efectos personales sobre los obreros.

Entonces el ideal de la jornada de trabajo fijada en ese máximo de las ocho horas se sostenía por varias razones: si las jornadas laborales son excesivamente prolongadas, provocan que el trabajo prestado pierda calidad, y por tanto, también la obra producida, creciendo sus taras, mermas y defectos. La reducción de la jornada de trabajo coincide con un aumento de producción por hora y, aunque puede verse favorecido por el perfeccionamiento de algunas máquinas, los resultados se obtienen por la mayor agilidad de los agentes que intervienen en la producción.

Tanto estudios de principio del siglo pasado como actuales³ demuestran que los accidentes de trabajo son más frecuentes y graves cuando las jornadas son alargadas porque la fatiga disminuye la atención y la rapidez de los movimientos, multiplicando las posibilidades de daño.

Pero no sólo deben computarse esos efectos directos sobre la salud sino que a éstos terminarán por añadirse los efectos indirectos de las jornadas prolongadas, entre los cuales sobresalen la reducción de la calidad de vida o la adopción de comportamientos contraproducentes (consumo de café, alcohol, tabaco, falta de ejercicio).

Sin embargo, a lo largo de la historia fueron otras las razones que se impusieron en el apoyo de la reducción de la jornada. Se “descubrió” entonces la fórmula de distribución del día obrero proclamando la regla de “ocho horas para el trabajo, ocho para el descanso, ocho para la cultura e instrucción”⁴. Efectivamente,

² Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082363.pdf

³ Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organization. Final report. 21 December 2010, pp. 33 y ss.

⁴ RAE, J., *Latournée de Huit heures. Théorie et étude comparée de ses applications et de leurs résultats économiques et sociaux*, París, V. Giard & E. Brière, 1900, traduit par F. Stark, pp. 42-89, valora las aplicaciones de la jornada de ocho horas en distintas industrias.

empezaron a aparecer estudios que demostraban la necesidad de que la persona trabajadora dispusiese de horas libres para el desarrollo de su propia personalidad. Los detractores de las jornadas reducidas ponían de relieve los peligros asociados al ocio del trabajo, peligros que bien se cebaban sobre la propia salud de la persona trabajadora, bien sobre la productividad de la empresa al acortarse las horas de trabajo⁵. Además, la mayor parte de los estudios demuestran que el aumento del número de horas de trabajo por semana, especialmente más allá de las cuarenta horas, perjudica claramente la vida familiar y/o el equilibrio entre vida y trabajo⁶.

Tras las batallas narradas en defensa de una jornada laboral de ocho horas, jornada determinada y que distinga entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, tras los ríos de tinta escritos sobre la disponibilidad de la persona trabajadora y su acepción como trabajo o como descanso⁷, y que se hayan agotado los temas anteriores, parece que el derecho a la previsibilidad sobre los tiempos de trabajo va a ocupar una centralidad no conocida hasta el momento.

La autora de esa acepción 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 Europea⁸ (en adelante, la Directiva). En realidad, la norma comunitaria acepta la compatibilidad de distintos trabajos y asimila este nuevo –o no tan nuevo– estándar de trabajo, incluso lo protege. Partimos de la premisa, pues, que la Directiva bendice el empleo paralelo (art. 9) aunque actúa sobre el derecho a la previsibilidad, (art. 10), en un intento de facilitar, entre otros objetivos, que la persona trabajadora compagine varios contratos de trabajo.

⁵ Bernaldo de Quirós, C., *Derecho social*, Madrid, Instituto Reus, 1932, pp. 85-86, citando Veinticinco años de legislación social de Álvaro Núñez López, en el que este autor critica la jornada de ocho horas porque perjudica a la producción y en consecuencia el propio obrero que de ella vive y que también es nociva al obrero, porque “al dejarles libres algunas horas facilita el acceso a la taberna y a otros lugares de vicio que desgraciadamente, le atraen»; Gallart Folch, A., *Derecho español del trabajo*, Barcelona, Labor, 1936, pp. 240-269.

⁶ Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organization. Final report. 21 December 2010, pp. 36. Vargas Prada, S., « Resultados de una revisión sistemática sobre la influencia de las largas jornadas de trabajo en la salud de los trabajadores, Archivos de prevención de riesgos laborales, vol. 18, nº 1, 2015, pp. 23-24, una recensión del trabajo de Bannai A., Tamakoshi A., The association between long working hours and health: A systematic review of epidemiological evidence, *Scand J Work Environ*. 2014; 40 (1): 5-18. doi:10.5271/sjweh.3388. En este trabajo se definió “largas jornadas de trabajo” como el tiempo de trabajo superior a 40 horas a la semana, u 8 horas por día. Debido a que estudios previos han sugerido que el trabajo por turnos es perjudicial para la salud, se excluyeron de esta revisión aquellos estudios donde se incluía a personas trabajadoras por turnos para evitar el efecto que esta variable podía tener en la asociación.

⁷ Por todos Pérez Capitán, L. *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia*, Cinca, 2024.

⁸ DOUE L 186, 11 de julio de 2019.

Partimos 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 modelos de contratación laboral que encarnan una mayor imprevisibilidad, como el contrato a tiempo parcial y el contrato de personal fijo-discontinuo. Antes que ellos, la posibilidad de recurrir a las horas extraordinarias o la distribución irregular de la jornada anual habían dotado a las empresas de las herramientas necesarias para afrontar los requerimientos del “just-in time” en los que participa la sociedad entera.

En las páginas siguientes procede preguntarse en qué medida esta Directiva regula apropiadamente las condiciones de trabajo de las personas que prestan servicios en regímenes de imprevisibilidad del tiempo de trabajo; partiendo, como parte, de que debemos aceptar que la sociedad trabajadora se utiliza para responder a las tensiones temporales en que está inmersa la producción. Para ello, 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. En segundo lugar, abordaremos la emblemática figura del “preaviso” que aparece, por ejemplo, con la permisividad legal de la distribución irregular de la jornada. Más tarde, con el preaviso y el llamamiento como instrumentos que cifran cierta imprevisibilidad en las relaciones laborales donde se alojan, nos adentraremos en los contratos de trabajo que cuentan con patrones de trabajo más imprevisibles. Por último, conoceremos los mínimos instaurados por la Directiva en torno al derecho a la previsibilidad y evaluaremos la adecuación de la posible norma de desarrollo española a la norma comunitaria.

2. EL CALENDARIO LABORAL COMO INDICIO DE LA PREVISIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO

2.1. El calendario laboral: su progresiva lasitud normativa

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 las personas trabajadoras, 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 afines⁹. 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

⁹ Pendás 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.

número de horas de trabajo efectivo y real para el año... así como los horarios de trabajo para cada uno de los turnos...”¹⁰.

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)¹¹ “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 de 2015 de esta norma¹² 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

¹⁰ STCT, 3 de octubre 1980 (A. 5491).

¹¹ AS 2018\1437.

¹² Real Decreto Legislativo núm. 2/2015, de 23 octubre.

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 nulo¹³. 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”¹⁴.

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.

¹³ Por todas, cfr. STSJ Aragón, n. 128/2018, 7 de marzo (AS 2018\1437).

¹⁴ 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.

En la STSJ de País Vasco, de 9 abril de 2021¹⁵, 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 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 2021¹⁶ 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 de la persona trabajadora 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 sujeto empresarial a incluir los horarios en el calendario laboral¹⁷.

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

¹⁵ Sentencia núm. 603/2021, AS 2021\1533, FJ 3.

¹⁶ Sentencia núm. 19/2021, AS 2022\273.

¹⁷ 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 solicitada a la persona empleadora 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 sujeto empresarial 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.

de conocerse dentro del primer trimestre natural de cada año”¹⁸. 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.

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, aunque sólo respecto de las jornadas especiales de trabajo (Disposición adicional tercera del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo)¹⁹, 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 laboral con la representación legal de la plantilla²⁰. 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 ET²¹. 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

¹⁸ STSJ País Vasco, núm. 1526/2020 de 19 noviembre, JUR 2021\61373, FJ 4.

¹⁹ 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:

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.

b) 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”.

²⁰ 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.

²¹ Véase el apdo. 5 de este trabajo.

y turnos de trabajo y su asignación según los criterios regulados, en su caso, en convenio colectivo o acuerdo de empresa.

La transposición de la Directiva podría ser el momento idóneo para reforzar la figura del calendario laboral, decisión que actuaría en pos de clarificar qué empresas proponen modelos de negocio previsibles y cuáles se sitúan en la imprevisibilidad; para, desde ahí, conocer qué obligaciones conciernen a unas y a otras.

3. NEGOCIOS CON PATRÓN DE TRABAJO PREVISIBLE Y DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA: EL INICIO DE LA IMPREVISIBILIDAD Y DE LA FIGURA DEL PREAVISO

A pesar de que la previsibilidad del tiempo de trabajo parece conducir a la inmutabilidad de la jornada, o a su distribución regular, desde 1994²², la distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo se ha venido configurando como una medida laboral de flexibilidad interna en la empresa. Es sin embargo doctrina de algunos TSJ que la jornada irregular dificulta la organización regular de la vida extralaboral del trabajador, de ahí que se adopten determinadas cautelas para su implantación como son el respeto a los mínimos de descanso diario y semanal previstos en el propio Estatuto y la prevención jurídica de que ello sólo será posible mediante convenio colectivo o a través de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Existe distribución irregular²³ cuando las horas de trabajo varían de unas semanas a otras a lo largo del periodo de un año. Pueden variar de forma preestablecida o en función de factores que puedan aparecer a lo largo del año.

El vigente artículo 34.2 del ET se remite al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, para establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Aún entendiendo, a la vista del precepto, que en primer término debe intentarse el acuerdo, la norma actúa de modo subsidiario y, en defecto de pacto, y esto es importante, permite a la empresa distribuir la jornada de manera irregular, hasta un diez por ciento, a lo largo del año.

Esa postrera unilateralidad en la distribución de la jornada pudo motivar que el Anteproyecto de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152²⁴, previo

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

²³ SJS 14-12-2016 [AS 2016, 1789].

²⁴ Anteproyecto de ley 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, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del

al Proyecto de ley de febrero de 2024²⁵, propusiera la modificación del art. 34.2 ET, disponiendo que, en defecto de pacto, la distribución irregular del 10 por 100 de la jornada, sólo podría establecerse unilateralmente por parte de la empresa, “cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” (art. 2, ocho). El legislador español del Anteproyecto quiso restringir el poder empresarial de imponer –en defecto de pacto- la distribución unilateral sin necesidad de ninguna justificación y/o acreditación de ningún tipo, pero el Anteproyecto ni describía cuándo se entendería que se estaba en presencia de esas causas, ni se remitía a preceptos estatutarios donde sí figuran (arts. 41, 47 ó 71 ET, aunque con distinta acepción en función de la intensidad de la medida empresarial a adoptar en cuestión). Dado que la Directiva no ofrece vías excepcionales para la no aplicación de su texto, esa solicitada justificación empresarial, reflejada en el Anteproyecto, que redundaría a favor de las personas trabajadoras, podría haber resultado controvertida para alcanzar la mayoría requerida en las Cortes; quizás por eso, haya sido suprimida del actual Proyecto de Ley. De conformidad con la finalidad y el efecto útil de la Directiva, que todavía no ha sido transpuesta, parece que procedería reforzar la irregularidad, ciertamente residual -de un 10% anual-, que puede ser introducida unilateralmente por la empresa. Con todo, creemos que el preaviso de 5 días, previsto en el mismo artículo, que seguiría siendo aplicable a pesar de la unilateralidad, quizás con más justificación que en el caso de la existencia de un acuerdo, podría ser suficiente para entenderse transpuesta la Directiva, así como actuar como suficiente contrapeso de la imprevisibilidad inherente a la distribución irregular de la jornada.

Aunque no fuera necesario señalarlo, el mismo precepto añade que dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley²⁶.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y 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. Ese Anteproyecto ha sido sustituido por el más actual Proyecto de Ley de 16 de febrero de 2024 Véase también el Dictamen del Consejo Económico y Social de España 14, 2022), y que ha desaparecido del Proyecto de ley. Como se conoce, esa “irregularidad” puede afectar, conforme a la legislación vigente, al 10% de la jornada anual y podrá adoptarse unilateralmente por la empresa en caso de que no lo recoja el convenio colectivo, o de no haber acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras.

²⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XV legislatura. Proyectos de Ley, Serie A, n. 8-1.

²⁶ En este sentido, el Anteproyecto de ley 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 (art. 2, ocho), citado en la nota anterior, incorporaba expresamente la referencia a que la distribución irregular de la jornada debería respetar los derechos de conciliación y corresponsabilidad de la vida familiar y laboral. Una vez más, esa referencia ha sido eliminada del actual Proyecto de Ley. Esa predisposición más garantista hacia la persona trabajadora se apreciaba también en el hecho de

Más contenido jurídico-normativo contiene la disposición siguiente, que recoge el derecho del trabajador a conocer, con un preaviso mínimo de cinco días²⁷, el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. Lo anterior no debe ser confundido con los “turnos”, a los cuales no se aplica la norma relativa al preaviso, dado que aunque también incidan en la conciliación familiar, el legislador no ha impuesto ningún preaviso mínimo al respecto²⁸.

Como se ha manifestado, en este trabajo interesa más la norma laboral dispuesta sobre el preaviso y su operatividad que la propia distribución irregular de la jornada. Un estudio de Eurofound²⁹ estableció la relación entre la dicotomía libertad/previsibilidad, en el sentido de que una amplia autonomía –en los horarios- implica una capacidad de decidir la organización del trabajo o el horario de cada trabajador, mientras que los horarios regulares o prefijados favorecen la previsibilidad. Pero añadía también que ambas opciones son ciertas sólo cuando los modelos de tiempo de trabajo no están sujetos a cambios con poca antelación.

La STSJ del País Vasco, 19 de mayo de 2022³⁰, se ha pronunciado sobre el alcance de ese preaviso mínimo, sosteniendo que sirve “para comunicar a la persona trabajadora que ha de prestar servicios en una fecha en la que, pese a no estar prevista de antemano, se convierte en jornada de trabajo por mor de aquella distribución irregular”. “A contrario”, ese derecho al preaviso no concierne a los días no trabajados³¹.

Y así, el TSJ de Cataluña, en sentencia de 6 abril de 2018³², indica que “Al respecto, los trabajadores consideran que tanto la asignación de trabajo para una día inicialmente no previsto como su anulación o aviso en sentido contrario deben ser

que el Anteproyecto (art. 2, ocho), finalizaba previendo que en defecto de pacto colectivo sobre la compensación por la realización del exceso de jornada realización por motivo de la distribución irregular, debería realizarse según propusiera la persona trabajadora; debiendo acudir a la jurisdicción social en caso de conflicto entre las necesidades de funcionamiento de la empresa y los derechos de conciliación y corresponsabilidad de la persona trabajadora.

²⁷ Últimamente, véase la SAN n. 138/2023, de 20 de diciembre, donde se recuerda que el plazo de preaviso es mínimo, de modo que se aplica en todo caso, también cuando la distribución irregular de la jornada se articula por convenio colectivo. Un comentario en Areta Martínez, M., “La distribución irregular de la jornada está sujeta, en todo caso, al plazo mínimo de preaviso de cinco días”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* n. 1/2024. En el mismo sentido véase la STS n. 478/2024, de 14 de marzo. JUR 2024\100732.

²⁸ De nuevo, véase la STS n. 478/2024, de 14 de marzo. JUR 2024\100732.

²⁹ Eurofound, *Working time patterns for sustainable work...*, op. cit., p. 71 Ese mismo estudio, p. 8, califica tanto los contratos de trabajo a tiempo parcial como los fijos discontinuos como contratos “a demanda”.

³⁰ Sentencia núm. 1030/2022 de 19 mayo. JUR 2022\284169, FJ 2.

³¹ STSJ de Madrid, sentencia núm. 265/2022 de 25 abril. JUR 2022\192866, aún cuando haya que matizar que dicho día se debió a un error de la empresa en la confección del calendario (FJ 3º).

³² Sentencia núm. 2032/2018, JUR 2018\248013, FJ 1.

comunicadas con no menos de cinco días de antelación; y, además, entienden que, conforme a dicho precepto, esa distribución irregular del trabajo no puede señalarse para los sábados, para los festivos ni en los periodos vacacionales. Debe señalarse que en el hecho probado quinto consta que la empresa solo avisa con más de cinco días de antelación para fijar el día de trabajo pero no para anularlo o “desprefijarlo”, ya que para esto último solo procede veinticuatro o cuarenta y ocho horas antes”. El recurso de la empresa no puede ser estimado porque cuando el art. 8.1.3.b) del convenio, al igual que el art. 34.2 del ET, señala que el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de la distribución irregular de jornada debe ser entendido en ambos sentidos, para señalar un día de trabajo cuando inicialmente estaba fijado como libre, como a la inversa, para liberar de trabajo el día para el que estaba previsto trabajar. Y ello porque el precepto alude a conocer cuándo habrá de prestarse el trabajo, lo que no se cumpliría cuando se anula el trabajo para una fecha en la que el trabajador había previsto como jornada laboral. Por otra parte, dicha interpretación es la más coherente con los criterios atendidos por la Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, en tanto que permite una planificación que facilite la cooperación en la familia y llevar a cabo el reparto equilibrado de las responsabilidades correspondientes, para lo cual se hace preciso conocer con igual mínima anticipación tanto las jornadas de trabajo como las jornadas libres. El mínimo relativo al preaviso es independiente de la fuente donde se establezca la distribución irregular de la jornada³³. Lo que también significa que ese mismo preaviso no es exigible para la fijación de los días de descanso³⁴.

La STS de 6 de abril de 2014³⁵, luego referida por posteriores pronunciamientos, determinó ya que el preaviso mínimo de cinco días para que el trabajador realizara su jornada de forma irregular, en los términos que el sujeto empresarial había decidido que se prestara, constituía una norma de derecho necesario relativo que no podía alterarse convencionalmente en perjuicio de la persona trabajadora. Por ello, tan solo en la medida en que el propio convenio colectivo permita que la empresa y la representación de los trabajadores puedan modificar, alterar o de alguna forma adecuar a sus particulares circunstancias estas posibilidades de distribución irregular de jornada, serían admisibles los acuerdos de este tipo entre las partes³⁶.

El alcance (qué es y qué no es) de los supuestos de distribución irregular de la jornada laboral afecta, como puede fácilmente comprenderse, a la efectividad de

³³ STS de 16 de abril de 2014 (RJ 2014, 2633), Rec. 183/2013.

³⁴ STSJ del País Vasco, sentencia núm. 1030/2022 de 19 mayo. JUR 2022\284169, FJ 2.

³⁵ Rec. 183/13.

³⁶ SSTSJ Cataluña 26-11-1999 [AS 1999, 3968], STSJ de Cataluña de 26-11-1999 [AS 1999, 3968], Castilla-La Mancha, 4-3-2003 [JUR 2003, 238298] y Madrid, 12-3-2007 [AS 2007, 1974].

la norma sobre el preaviso. Y así, la SAN núm. 70/2018 de 3 mayo³⁷, dictaminó que, en el supuesto contemplado, no procedía la aplicación del preaviso mínimo de 5 días relativo a la distribución irregular de jornada ya que el caso respondía a un supuesto distinto de la distribución irregular, y el preaviso de dos días establecido en la empresa era conforme a derecho. Sin embargo, la sentencia fue anulada por la STS núm. 857/2019 de 11 diciembre³⁸, donde se declaró la nulidad parcial del apdo. 4.1.8º del acuerdo de desarrollo profesional publicado en el BOE de 27 febrero 2013, declarado vigente por la cláusula 5ª I Convenio colectivo del Grupo, pues dicha norma establece una distribución irregular de la jornada al permitir respecto del personal de conducción detraer hasta cuatro descansos anuales por trabajador de los programados en su calendario laboral, y, consecuentemente, el preaviso de dos días fijado vulnera lo dispuesto en el art. 34.2 ET.

Cuando se esté ante una distribución irregular “dinámica”³⁹, es decir aquella que no viene prefijada en el calendario laboral, el preaviso de cinco días no puede hacerse de manera individual o colectiva a través del cartel de anuncios, sino que debe ser individualizada⁴⁰. Este plazo, como indicó el TS, constituye en mínimo de derecho necesario que, en su caso, puede ser mejorado por convenio colectivo, pero nunca empeorado⁴¹. Para aplicar este principio no procede la comparación global entre la norma legal y la convencional, como mandata el principio de norma más favorable⁴². Es posible, pues, que durante unas semanas se trabaje más de cuarenta horas y en otras semanas menos, de modo que el promedio anual se mantenga dentro de los mencionados límites legales. No existe límite legal máximo para la jornada semanal en estos casos, aunque deben observarse los períodos mínimos de descanso diario y de descanso semanal. Huelga añadir que no sólo el convenio colectivo debe respetar dicho mínimo de “ius cogens”, sino que también deberá hacerlo cualquier conducta empresarial que proceda a distribuir la jornada de manera irregular⁴³.

Poco más regula la norma estatutaria en relación con la “dimensión cualitativa de la jornada laboral”, como ha sido etiquetada la distribución irregular

³⁷ AS 2018\1118.

³⁸ RJ 2020\189.

³⁹ SJS 14-12-2016 [AS 2016, 1789].

⁴⁰ Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander, sentencia núm. 431/2016 de 14 diciembre. AS 2016\1789.

⁴¹ En otro sentido, Monreal Bringvaerd, E., «Cómputo, duración y distribución de la jornada. Una propuesta de lege ferenda a la luz de la propuesta del Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 68, 2024, p. 51, para quien este preaviso de 5 días “es muy disfuncional”, por lo que su concreción debería ser únicamente objeto de negociación colectiva.

⁴² STS 16-4-2014 [RJ 2014, 2633].

⁴³ SAN, sentencia núm. 58/2022. de 19 abril. JUR 2022\142136.

de la jornada por la jurisprudencia⁴⁴. Y así, el art. 34.2 “in fine” ET se refiere a la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada, que “será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Una vez más, el legislador actúa de modo subsidiario ante la falta de acuerdo, y en su defecto, indica que las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

4. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO CON TIEMPOS DE TRABAJO “IMPREVISIBLES”, DE ACUERDO CON LAS DEFINICIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1152, Y LA PREVISTA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: EL LLAMAMIENTO Y EL PREAVISO COMO CLAVES DE LA IMPREVISIBILIDAD

4.1. La distinción entre los patrones de trabajo previsibles y los imprevisibles en las disposiciones de la Directiva y su posible transposición al ordenamiento español

La Directiva (UE) 2019/1152 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”⁴⁵. 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”⁴⁶, 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

⁴⁴ La SAN n. 138/2023, de 20 de diciembre ha declarado que la jornada laboral tiene una doble dimensión, cuantitativa (número de horas de trabajo) y cualitativa (distribución de las horas de trabajo), y que la distribución irregular de la misma va referida a cualquiera de las dos dimensiones.

⁴⁵ Considerando 2.

⁴⁶ CESE 2018, apdo. 3.5, p. 42.

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 industriales⁴⁷. 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 la persona empleadora pudiera imponer unilateralmente períodos de referencia, sin que se reconociera a los trabajadores idéntica posibilidad⁴⁸. Por último, el Dictamen reparaba en el trabajo según demanda, precaviendo 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)⁴⁹.

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 previsibilidad 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 la empresa en función de que se organicen con un patrón total o mayoritariamente previsible, o total o mayoritariamente imprevisible. De todas formas, con los considerandos citados, debe ser un lugar común que la adopción pactada de un calendario laboral en la empresa redunde en la previsibilidad del tiempo de trabajo.

⁴⁷ Apdo. 4.3.4., p. 45.

⁴⁸ CESE, apdo. 4.3.5., p. 45.

⁴⁹ CESE, apdo. 4.3.6., p. 45.

4.2. La reparación necesaria en ciertas obligaciones de transparencia de la Directiva

Partiendo de que la Directiva 91/533/CEE introdujo ya el derecho de los trabajadores a recibir información por escrito respecto de una lista de elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral, el crecimiento de las formas de empleo “atípicas”, caracterizadas por patrones no clásicos de jornada y/o disponibilidad, ha motivado que el legislador europeo haya adoptado esta otra Directiva. En ésta, la lista originaria de elementos de la relación laboral se amplía, así como se complementa el único modo en que la Directiva de 1991 exigía el libramiento de la información: ahora también podrá hacerse en formato electrónico. Quizás por eso, la Directiva llama a los Estados miembros para que faciliten el cumplimiento de esta obligación empresarial, de modo que podrán elaborar plantillas y modelos que subirán a un sitio web oficial único a escala nacional, o garantizar que el marco normativo aplicable que deben comunicar las personas empleadoras esté disponible de forma generalizada, gratuita, clara, etc. por medios electrónicos (art. 5). Huelga añadir que este derecho de información incluye las posibles modificaciones que pueden darse a lo largo de la relación laboral y que afecten a los datos suministrados al inicio de la relación (art. 6 de la Directiva).

En España ese derecho a la información previamente suministrada, en principio, al inicio de la relación de trabajo se contiene en el art. 8.2 ET, así como en el reglamento que lo desarrolla (Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio). Téngase en cuenta, no obstante, que tanto el art. 8.2 ET como el reglamento mandatan que su contenido se aplique a las relaciones laborales cuya duración sea superior a cuatro semanas, “suelo” mínimo que no se halla en la Directiva⁵⁰. El legislador español del Proyecto de ley que transpone la Directiva (art. único. Dos), nos ofrece una serie de claves respecto de las modificaciones que deberán operarse en nuestra legislación para acoger el nuevo contenido de la Directiva (concretamente, el de su art. 4).

Por otra parte, dado que la lista con las materias objeto de información alcanza un número considerable (quince materias), dedicaremos nuestra atención a la distribución que realiza la Directiva europea entre (i) materias que deben ser informadas o antes del inicio de la relación de trabajo o, como máximo, en el plazo de siete días naturales una vez iniciada ésta; y (ii) aquellas otras que podrán ser informadas en el plazo de un mes desde el primer día de trabajo (art. 5).

- En el primer bloque (i) se encuentran materias altamente esenciales, como la identidad de las partes, el lugar de trabajo o la remuneración. En este bloque es particularmente relevante lo previsto en las letras l) y m) del art. 4.2. El enunciado de la letra l) se refiere a negocios donde el patrón de trabajo es total

⁵⁰ Cruz Villalón, J., Balance y perspectivas de desarrollo del pilar europeo de derechos sociales, *Temas Laborales* 88/2023, p. 28.

o mayoritariamente *previsible*. En esos casos, la información alcanzará a la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal del trabajador, así como a cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, a cualquier acuerdo sobre cambios de turnos⁵¹. 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.

Por su parte, el art. 4.2 m) de la Directiva se dirige a negocios donde el patrón de trabajo es total o mayoritariamente *imprevisible*. En esos casos, la persona empleadora, cuyo poder de disposición se verá limitado⁵² tampoco podrá dejar de informar al trabajador sobre cuatro aspectos claves, como son el principio de que el calendario de trabajo es variable; la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de esas horas; las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje y, finalmente, el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tareas y, en su caso, el plazo para la cancelación del mismo. Esta regulación jurídica va a afectar al trabajo a tiempo parcial. Y así, de conformidad con el texto del mencionado Proyecto, se procederá a la modificación del art. 12 donde, en

⁵¹ Esta disposición motivó una modificación sobre la jornada irregular prevista en el art. 34.2 ET, que se previó en el Anteproyecto de transposición de la Directiva (Anteproyecto de ley 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, 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, y 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. Véase también el Dictamen del Consejo Económico y Social de España 14, 2022), y que ha desaparecido del Proyecto de ley. Como se conoce, esa “irregularidad” puede afectar, conforme a la legislación vigente, al 10% de la jornada anual y podrá adoptarse unilateralmente por la empresa en caso de que no lo recoja el convenio colectivo, o de no haber acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. De conformidad con el Anteproyecto previo al Proyecto de febrero de 2024 se proponía la modificación del art. 34.2 ET, disponiendo que, en defecto de pacto, la distribución irregular del 10 por 100 de la jornada, sólo podría establecerse unilateralmente por parte de la empresa, “cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. El legislador español del Anteproyecto quiso evitar la aplicación mimética de la regulación europea apelando a circunstancias que afecten a la empresa, aunque el Anteproyecto ni describía cuándo se entendería que se estaba en presencia de esas causas, ni se remitía a preceptos estatutarios donde sí figuran (arts. 41, 47 ó 71 ET, aunque de distinta forma en función de la intensidad de la medida empresarial en cuestión). Dado que la Directiva no ofrece vías excepcionales para la no aplicación de su texto, esa condición explícita, reflejada en el Anteproyecto, a favor de las personas trabajadoras, podría haber resultado controvertida para alcanzar la mayoría requerida en las Cortes.

⁵² Ferradans Caramés, C., “La transposición de la Directiva (UE) 2019/1152: mayores garantías para un tiempo de trabajo transparente y previsible en el siglo XXI”, *Briefs AEDTSS*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

resumen, los cambios se intercalan en la jornada de este tipo de contrato, en el régimen de las horas complementarias (donde se incluye la posible cancelación del encargo sin preaviso, y el derecho a garantizar una indemnización a favor del empleado), y en materia de preaviso, respecto del cual desaparece la habilitación al convenio colectivo para establecer un plazo inferior a tres días⁵³. 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.

Asimismo, llama la atención que el Proyecto de Ley silencie el indudable impacto de la Directiva sobre el trabajo fijo discontinuo, laguna que ha sido advertida por el Dictamen del Consejo Económico y Social de España⁵⁴. Y así, en atención a la definición provista en la Directiva sobre qué ha de entenderse por imprevisibilidad, como por “patrón de trabajo”, entendemos que tanto los contratos de trabajo a tiempo parcial como el contrato de trabajo fijo discontinuo formarían parte de ese modelo de organización industrial “a demanda”.

Sin embargo, el Proyecto omite acometer este desarrollo, y, al contrario, opta por habilitar al Gobierno para que modifique el Reglamento 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (D.F. 4^a), prefiriendo “mantener la dicotomía de ley y reglamento”⁵⁵.

- En el segundo bloque (ii) se prevén otros elementos cuya información es menos urgente, habida cuenta de que su efectividad queda postergada en el tiempo, como la cantidad de vacaciones remuneradas –en el bien entendido de que el trabajador deberá trabajar un tiempo hasta generar el derecho a vacaciones, art. 38 ET-, el procedimiento de terminación de la relación laboral o el derecho a formación, si lo hubiera⁵⁶.

Una aproximación al contenido vertido en este apartado conduce a concluir, al menos de manera preliminar, que los contratos de trabajo que incorporan la

⁵³ Miranda Boto, J.M., “Condiciones laborales transparentes y previsibles en el Derecho español: un proyecto de transposición en modo menor”, *Net21*, 17/2024, p. 5, critica la supresión de esa posibilidad.

⁵⁴ Dictamen 14, 2022, Sesión ordinaria del Pleno de 26 de octubre de 2022.

⁵⁵ Miranda Boto, J.M., “Condiciones laborales transparentes...”, op. cit., p. 1-2.

⁵⁶ En un apartado diferente, es oportuno informar que el Anteproyecto –actuando “motu proprio”, dado que la Directiva silenciaba este particular - añadía un nuevo art. 8 bis) en el ET, relativo a la información adicional que debería proporcionarse a los trabajadores en los supuestos de utilización de sistemas automatizados de toma de decisiones, de seguimiento o de vigilancia. Con todo, en la última versión del Proyecto que ahora se maneja, ha desaparecido esta cláusula, posiblemente porque el tenor de la Directiva no se corresponde con esta materia, véase Elorza Guerrero, F. G.. “La Directiva sobre condiciones laborales transparentes...”, op. cit., p. 98, Ciertamente este contenido se aplica ya en las empresas y administraciones públicas españolas, toda vez que lo recoge la Ley orgánica 3/2018, sobre el derecho a la protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (arts. 87 y ss), por remisión a ésta del art. 20 bis) ET.

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. Sin embargo, como se comprobará más adelante, 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, relativo a la previsibilidad mínima del trabajo. En efecto, 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 c) 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.

4.3. Las definiciones transversales de la Directiva relativas al tiempo de trabajo

El art. 2 de la Directiva recoge las definiciones del “calendario de trabajo”, “horas y días de referencia” y “patrón de trabajo”.

Ese precepto define el calendario de trabajo como “el calendario que determina las horas y los días en los que empieza y termina la realización del trabajo” (letra a). 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. Aunque tampoco proceda confundir esta previsión de la Directiva con la antigua obligación de proporcionar los horarios de trabajo al trabajador, más exigente que la contenida en la Directiva que se examina, en relación con los trabajos con un patrón total o mayoritariamente previsible, el art. 34.7 ET podría haberse adaptado a las pautas comunitarias, pero su modificación no se contempla en el Proyecto de ley. Pudiendo haber recuperado la obligación de exigir un calendario, en el sentido proyectado en la Directiva, el Proyecto de ley ha perdido la ocasión de recuperar el art. 4.3 del Real Decreto 210/1983⁵⁷. Y con esa falta de previsión, se pierde, además, la ocasión de reforzar la tenue línea que puede darse entre modelos de negocio mayoritariamente previsibles y aquellos más imprevisibles.

Es cierto que el calendario laboral no figura entre las condiciones a informar que recoge el art. 4 de la Directiva⁵⁸; pero lo es también que el art. 4.2 apdo. l) y m) exige ciertas informaciones sobre la jornada. Por eso, se contempla que el Proyecto de ley modificará el art. 8.7 ET. Exigirá este apartado que se informe

⁵⁷ Miranda Boto, *Condiciones de trabajo...*, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁸ 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.

sobre la “duración de la jornada y su distribución”, precepto que no tendría el mismo contenido que informar sobre la jornada diaria o semanal, tal como prevé la Directiva; aunque se observará que la adaptación del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo⁵⁹ a la Directiva se ha diferido en el tiempo –ya superado, por otra parte-, tal y como se ordena en la Disposición final cuarta, apdo. 2 del Proyecto de ley.

Asimismo, las horas y los días de referencia se perfilan en la Directiva como “los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador” (art. 2 b)⁶⁰. La gradación de más previsibilidad a menos se aprecia en esta segunda definición, en la que aparece ya la posibilidad de modificar el calendario, más inalterable que otras instituciones relativas al tiempo de trabajo, y 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 turnos⁶¹.

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” (art. 2 c). Por ello, sorprende sobremanera 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”⁶² a los efectos de determinar cuándo se entiende que las condiciones de trabajo son previsibles⁶³. Y lo serán “cuando la

⁵⁹ BOE nº 192 de 12 de agosto de 1998.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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 la persona trabajadora la necesidad de prestar sus servicios en horas diferenciadas en un período determinado de días o de semanas.

⁶² 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”.

⁶³ 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

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.

4.4. Una mirada a los contratos de trabajo de la legislación española desde la acepción de la imprevisibilidad

El Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo, actúa sobre distintas relaciones de trabajo con peculiaridades en materia de tiempo de trabajo pero, sorprendentemente, apenas lo hace sobre la previsibilidad de ese tiempo. Por ello, se avanzará hacia otras figuras contractuales que incorporan cierta imprevisibilidad en su naturaleza jurídica.

4.4.1. La imprevisibilidad de la actividad en la contratación laboral temporal por circunstancias de la producción

En la propia definición de los contratos temporales por circunstancias de la producción, el art. 15.2 ET llama a entender que existirán “circunstancias de la producción” que justifiquen este tipo de contratación cuando exista un incremento ocasional e imprevisible de la actividad, así cuando se confirmen las oscilaciones generadas por un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere. No importará que dichos vaivenes conformen la actividad normal de la empresa. Tan cerca puede estar esta figura de ciertos contratos de trabajo de trabajadores fijos discontinuos que el propio art. 15 ET condiciona lo anterior a que dichos supuestos no sean incluidos en la figura del contrato fijo-discontinuo del art. 16.1 ET. Y así, las vacaciones anuales –previsibles y fijadas en el calendario laboral- se deben entender incluidas en aquellas “oscilaciones”. La delgada línea que separa ambas figuras se vuelve a poner de manifiesto en la regulación de la realización de trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas, de suerte que, cuando constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa serán objeto del contrato fijo-discontinuo; y al contrario, cuando concurren las circunstancias de la producción descritas más arriba, se recurrirá al contrato de duración determinada (art. 15.2 “in fine”).

Los confines entre la distribución irregular de jornadas ordinarias y el trabajo a tiempo parcial (que exige 5 días de preaviso) y horas complementarias (con preaviso de 3 días) tampoco son nítidos. Este es el caso de la SAN núm. 37/2023 de 21 marzo⁶⁴, donde se constató que la norma convencional que se pretendía

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”.

⁶⁴ JUR 2023\153476.

anular no constituía una distribución irregular de jornada sino la conformación del preaviso acordada en el convenio para la realización de horas complementarias para los contratos a tiempo parcial que expresamente las hubieran aceptado. Y así, el preaviso para llevarlas a cabo debía ser el establecido en el art. 15.5.d) ET, respetado plenamente en el convenio.

4.4.2. La imprevisibilidad de la actividad en la contratación laboral parcial

En relación con los contratos de trabajo a tiempo parcial, cuya definición consta en el art. 12 ET, y que podrán ser concertados por tiempo indefinido o temporal (apdo. 2, art. 12 ET), debe señalarse que son posibles las horas complementarias, que serán las realizadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, conforme a las reglas listadas en el apdo. 5, art. 12 ET. Entre esas reglas (letra d), se recoge la relativa al preaviso mínimo de 3 días exigido para el conocimiento por parte del trabajador del día y la hora de la realización de las horas complementarias pactadas; mínimo exceptuado cuando el convenio colectivo establezca un plazo de preaviso inferior. Lo cierto es que apenas hay jurisprudencia sobre esta cuestión, aunque procede reproducir el nuevo apdo. d) que propone el Proyecto de Ley, donde se suprime la excepción arriba señalada, en una vuelta legislativa al respeto del principio de norma más favorable.

La categoría de trabajos con jornadas total o mayoritariamente imprevisibles no solo resulta aplicable al trabajo en plataformas digitales, sino que también parece extensible al contrato a tiempo parcial, destacándose la notable incidencia sobre las mujeres, quienes son las que mayoritariamente optan por este tipo de contratos⁶⁵.

4.4.3. Previsibilidad-imprevisibilidad en los contratos de trabajo de fijos-discontinuos

Respecto de los contratos fijos discontinuos, es conocido que la Ley 32/2021 introdujo importantes modificaciones en el régimen jurídico de esta modalidad contractual, a la par que reordenó los contratos de trabajo de duración determinada. De hecho, la mayor previsibilidad o menor previsibilidad en los negocios debe conducir a que la empresa elija entre la primera figura de contratación, de carácter indefinido, o la segunda –temporal-, respectivamente. Así lo ha recogido la SAN 162/2022 de 5 diciembre⁶⁶. Conforme a esta sentencia, el contrato fijo discontinuo, previsto en el art. 16 ET se define como un contrato que atiende a una necesidad productiva indefinida y ordinaria pero que temporalmente se presenta de modo discontinuo, de suerte que el contrato se desarrolla durante periodos de ejecución intermitentes ciertos, pero determinados o indeterminados en su duración. El

⁶⁵ Serrano Olivares, R., “La ordenación del tiempo de trabajo...”, op. cit, p. 41.

⁶⁶ AS 2022\1312, FJ 7.

nuevo art. 16 ET admite, también, que este contrato pueda aplicarse para trabajos consistentes en 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.

En el caso de la SAN de 2022, en un precepto del convenio colectivo aplicable al supuesto de hecho, se regulaban los contratos fijos discontinuos, y se fijaban distintos tiempos para el llamamiento de esos trabajadores: (i) unos tiempos del llamamiento inferiores a 48 horas en el caso de “servicios sorpresivos”, definidos como aquellos en los que es imposible llamar al trabajador cumpliendo ese plazo. Y otros tiempos de llamamiento ordinarios, de más de 48 horas de antelación.

La Sala declaró nulas ambas cláusulas convencionales⁶⁷. Por un lado, por el hecho de que con esos llamamientos para los servicios sorpresivos, la empresa estaba admitiendo que los contratos fijos discontinuos se aplicasen para la cobertura de incrementos imprevisibles de la actividad “y con ello adultera la adecuada aplicación de las normas legales, arts. 15 y 16 ET, máxime si tenemos en consideración que la voluntad del actual legislador es apostar por los contratos de trabajo indefinidos (entre ellos los fijos discontinuos) en detrimento de los temporales”.

Se advierte, entonces, que la previsibilidad/imprevisibilidad de los vaivenes en la actividad de una empresa supone la nota diferenciadora esencial entre la contratación laboral temporal y fija-discontinua, criterio de difícil precisión que, como no es difícil de pronosticar, va a entretener a nuestros tribunales⁶⁸. De todas formas, la doctrina jurisprudencial relativa a esta figura contractual española ha añadido que la actividad no estacional debería depender de factores objetivos independientes de la voluntad de las partes o de la voluntad unilateral del sujeto

⁶⁷ FJ 3 y 4, respectivamente.

⁶⁸ Así también, 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, n.2, 2023, p. 104, quien pide insistir en el carácter jurídicamente indeterminado del contrato fijo discontinuo para atender a necesidades intermitentes de ejecución cierta, lo que invita a los Tribunales a ejercer su función jurisdiccional de interpretar las normas jurídicas. Para Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021 más allá de la crónica*, Madrid, MTEC, 2022, p. 90, es un supuesto que da cobertura a las necesidades que no son ocasionales y tienen períodos de ejecución ciertos, entendiendo por tales los períodos en los que se reanudará con certeza la necesidad de mano de obra. En este sentido es importante hacer hincapié en que la definición legal de esta actividad que puede cubrirse con contratos fijos discontinuos no abre la puerta a que sea discrecional para la empresa la delimitación del carácter intermitente de la actividad. Para Goerlich Peset, J.M., “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, en *Monográfico sobre la reforma laboral 2021, Labos*, vol. 3, 2022, p. 63, hay que entender que la buscada desconexión entre estacionalidad o temporada e intermitencia abre la configuración de cada contrato fijo discontinuo a la autonomía de la voluntad de las partes que dispondrán de margen para configurarlo sin que se abra la puerta ni “a la discrecionalidad empresarial”, ni a la admisión de una especie de “contrato de cero horas”.

empresarial. La STS de 19 de febrero de 2019⁶⁹, se ocupó de determinar en qué consiste el carácter fijo discontinuo de la actividad a cubrir, señalando que, entre sus características se encontraba que su naturaleza no puede depender de la decisión unilateral empresarial, aunque es conocida la fuerte presencia del factor empresarial en algunas modalidades de contrato fijo-discontinuo. En definitiva, podría sostenerse que algunos modelos de contratos de fijos-discontinuos podrían responder al tiempo de trabajo basado en unos modelos inestables o imprevisibles; incluso si la voluntad del sujeto empresarial concurrese *junto a otros factores*, creemos que no podría efectuarse la subsunción perfecta de esta figura contractual en aquéllas que tienen un patrón de trabajo no previsible en su mayoría. En efecto, en el supuesto de que las actividades a contratar no tengan naturaleza estacional –dado que la estacionalidad neutraliza su determinación por parte de la persona empleadora⁷⁰– 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-discontinuos⁷¹, sería fácil equiparar ese patrón con los patrones de trabajo imprevisibles, o mayoritariamente imprevisibles.

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 la persona empleadora, 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 sujeto empresarial 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)⁷².

⁶⁹ Rec. 971/2017.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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...”, *op. cit.*, p. 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.

⁷² 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

Entendemos, por lo tanto, que muchos contratos de trabajo de fijos-discontinuos están muy cerca de la imprevisibilidad.

Aunque el contrato fijo discontinuo responda a la contratación laboral de carácter indefinido, de hecho, esta forma de realizar la prestación de servicios, en cuanto obliga a las personas trabajadoras a alternar periodos de actividad y de desempleo, y, resulta obligado recordarlo, sometido al llamamiento por parte de la empresa⁷³ constituye una de las modalidades del trabajo atípico, de acuerdo con la definición normalmente aceptada, y que las conceptúa como “relaciones de trabajo no conformes con el modelo estándar o típico de empleo a tiempo completo, regular y de duración indeterminada con un único empleador durante un período largo de tiempo”⁷⁴. La actual regulación de esta figura en el ET deja además bastantes aspectos a concretar, donde podría actuar la ley a modo supletorio, o el reglamento como norma complementaria de la anterior. Remitir aspectos claves de esta regulación a la autonomía colectiva, no por acorde a Derecho, se trata de una decisión política inoportuna por dudosamente efectiva⁷⁵.

Ante este marco normativo, y dado el objeto de este trabajo, adquiere un peso notable la figura del “llamamiento”, esto es, el instrumento jurídico que permite a la persona empleadora solicitar al trabajador fijo-discontinuo –cualquiera que sea su modalidad⁷⁶- su incorporación al trabajo, y a este último certificar que sigue contratado. Un llamamiento sin preaviso sería tanto como otorgar a la empresa un

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.

⁷³ Serrano Olivares, R., “La ordenación del tiempo de trabajo...”, *op. cit.*, p. 37-38, pone en cuestión la definición del contrato de trabajo de fijo-discontinuo que rechaza la imprevisibilidad con la aceptación de preavisos de 48 horas –donde comenta también la citada SAN de 2022.

⁷⁴ Casas Baamonde, M.E., “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario”, *Derecho de las relaciones laborales*, 11/2017, p. 1.100. Es de otra opinión Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo. Una visión general”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2023, p. 49, para quien “La diferencia sustancial radica en que es un contrato indefinido, de forma que, aunque altere periodos de actividad e inactividad, se rige por las reglas de extinción propias de esta modalidad contractual sin que entre en juego la expiración de un plazo convenido o la llegada de una fecha concreta. El cese de la actividad no implica la extinción de la relación laboral, que debe reactivarse con el llamamiento”.

⁷⁵ Los aspectos a mejorar pueden seguirse en López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo...” *op. cit.*, p. 32-33.

⁷⁶ Como advierte Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 236, con la supresión de la distinción formal entre una y otra submodalidad de fijos-discontinuos, el legislador ha establecido una obligación de llamamiento con carácter general, que, obviamente, también resulta de aplicación a los supuestos de contratos fijos discontinuos efectuados para la prestación de servicios en el marco de contrataciones o subcontratas y cuando las ETTs acuden a esta modalidad contractual.

poder omnímodo sobre la soberanía del tiempo de trabajo del empleado, de suerte que el ET contiene ciertas reglas al respecto. Su art. 16.3 se remite al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo de empresa, para que establezcan los criterios objetivos y formales por los que debe regirse ese instrumento. Exige, además, que se realice por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida incorporación⁷⁷, y con una antelación adecuada. Por cuestiones de espacio y de interés, nos fijaremos en el preaviso, en cuanto a anuncio que permite revitalizar la relación laboral indefinida, inactiva mientras no se trabaja.

Para la doctrina⁷⁸, el llamamiento no se contempla como un derecho efectivo de las personas trabajadoras, de forma que su configuración, encomendada de forma genérica a los convenios colectivos, no garantiza suficientemente la reactivación de la relación laboral⁷⁹. Y, al contrario, tampoco la legislación laboral determina cuál es el efecto jurídico de la falta de llamamiento, o “en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento”, de modo que las personas fijas-discontinuas podrán ejercer “las acciones que procedan”⁸⁰. El plazo se iniciará desde el momento de la falta de llamamiento o desde el momento en que las personas trabajadoras la conociesen (art. 16.3 in fine ET). Esa incertidumbre sobre el reinicio de la actividad laboral, así como frente a determinadas condiciones de trabajo (jornada, horario, etc.), que producen imprevisibilidad, ha llevado a la doctrina a proponer la conveniencia de su reducción⁸¹.

⁷⁷ La SAN 5513/2022 ha considerado que no cabe apreciar ilicitud alguna en que los llamamientos puedan realizarse empleando “WhatsApp, las aplicaciones de mensajería habituales en los teléfonos móviles, o empleando la aplicación de correo electrónico con que cuentan los ordenadores”, dado que se realizan por escrito y de ellas queda constancia suficiente para advenir su existencia y contenido, lo que también ocurre cuando se utilizan “los buzones de voz como medio de comunicación no escrito”.

⁷⁸ Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁹ La doctrina sugiere que los criterios objetivos y formales de llamamiento, incluido el preaviso, se concreten, al menos de modo supletorio, en la ley. Gordo López, L., “El contrato fijo-discontinuo: Nuevo pilar de la contratación laboral estable”; *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n. 13, 2022 (Ejemplar dedicado a: La reforma laboral de 2021 y sus efectos en el mercado de trabajo), p. 46. López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido, Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, 2023, p. 58; y Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 239. En contra, defendiendo que el llamamiento es un derecho efectivo de la persona trabajadora, Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: “Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones actuales”, *Relaciones Laborales* nº 5 de 2010, página 357; posicionamiento recuperado por Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 235.

⁸⁰ Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 241, aporta supuestos que conducirían a presentar la demanda por despido o, en su caso, una demanda para reclamar la reposición en el derecho al orden en el llamamiento si éste no se ha respetado por la empresa; u otro tipo de demanda.

⁸¹ Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 51.

En relación con la forma del contrato, el art. 16.2 ET, en los mismos términos que el art. 8.2 ET, exige la forma escrita del contrato fijo discontinuo, añadiendo que el mismo refleje los elementos esenciales de la actividad laboral. Y, especifica que, entre otros, deberán consignarse, aunque sea con carácter estimado, y sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento, los siguientes: la duración del periodo de actividad, la jornada y la distribución horaria. Sorprende sobremanera que la nueva regulación –tras la del RDL 32/2021- haya eliminado la anterior referencia a la obligatoria inclusión en el contrato, de los requisitos de llamamiento que establezca el convenio colectivo de aplicación⁸². Lo anterior ha suscitado que, en la práctica, la mayor parte de conflictos que surgen en el marco del vínculo fijo discontinuo traen su causa en la falta de llamamiento y en el incumplimiento del orden establecido⁸³. Como ha apreciado nuestra doctrina⁸⁴, esta realidad manifiesta otra más preocupante, dado que el trabajo fijo discontinuo “constituye una forma de trabajo profundamente arraigada en nuestro sistema productivo que, con toda probabilidad, se consolidará y extenderá en el futuro”, pues probablemente sirva para articular buena parte de las necesidades que antes se cubrían a través de contratos de obra o servicio determinado⁸⁵.

Que se deje en manos de los sujetos de la autonomía colectiva todos los extremos del llamamiento resta puntos a que aquél se configure como un derecho efectivo, cuya efectividad debe ser garantizada por la empresa, como de hecho resalta el apdo. 5 del art. 16 ET. En efecto, de conformidad con ese apartado, los convenios establecen un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras. Con todo, este apartado regula uno de los pocos aspectos relativos al llamamiento, de modo que cuando el llamamiento coincida con la terminación de la actividad laboral y no se produzca un nuevo llamamiento, sin solución de continuidad, se entenderá que se ha producido el fin de llamamiento y el trabajador tendrá derecho a ser satisfecho con la cuantía que corresponda.

Pero, además, deberían fijarse en los convenios colectivos los criterios por los que la falta de llamamiento –no anual- suponga la extinción del contrato, o el despido por parte del sujeto empresarial, y cuándo la no incorporación del trabajador “llamado” debe entenderse como motivo de sanción, e incluso, de despido.

⁸² Gorelli Hernández, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 235.

⁸³ López Balaguer, M., “El contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 116. La autora subraya que esa falta de regulación del llamamiento en sede convencional ha llevado a la jurisprudencia a considerar que la presencia de la negociación colectiva en el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos es esencial para que la norma legal obtenga efecto inmediato.

⁸⁴ Carrizosa Prieto, E., “La nueva regulación del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 152. Serrano Olivares, R., “La ordenación del tiempo de trabajo...”, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁵ Gordo López, L., “El contrato fijo-discontinuo...”, *op. cit.*, p. 46.

En cualquier caso, entendemos que la eliminación formal de la imprevisibilidad en la categorización del contrato fijo-discontinuo, en parte por obra de la conceptualización de la noción de “patrón de trabajo” operada por el Proyecto de ley de transposición no empece a que esta forma de contratación debiera ser incluida en el conjunto de contratos de trabajo no previsibles. Nos referimos, sobre todo, a los supuestos de contratos de trabajo de fijos-discontinuos cuyos convenios colectivos o, en su defecto, acuerdos de empresa –en aplicación el art. 16.3 ET– descuiden establecer los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de esas personas; también cuando tampoco se les notifiquen las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación, y dicha notificación –que deberá efectuarse con una antelación adecuada, no se efectúe por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de su contenido.

5. EL “NUEVO” DERECHO A LA PREVISIBILIDAD DEL ART. 4.2 H) ET

5.1. El derecho a la previsibilidad mínima en la norma comunitaria

El título de la Directiva que apela a la “previsibilidad”⁸⁶ no supondría una eficaz protección del trabajador si no viniera acompañada de cierto contenido, que se contempla en el art. 10 de la misma.

Ese contenido se traduce en la obligación cumulativa de la persona empleadora –que deberán garantizar los Estados miembros, aspecto no menor- de prever que, en los casos en que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible (como suele ocurrir en los trabajos de reparto para las plataformas digitales, pero también en ciertas circunstancias de los contratos a tiempo parcial o en los contratos fijos discontinuos, aunque no queda claro cuál deber ser el nivel de previsibilidad o imprevisibilidad a partir del cual las obligaciones se imponen al sujeto empresarial⁸⁷) cumpla con que:

- (i) El trabajo tendrá lugar en unas horas y unos días de referencia [art. 10.1 a)], en relación con el art. 4.2 m ii) -relativo a las horas y días de referencia en los

⁸⁶ Para 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, 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*, n. 154, 2022, p. 154.

⁸⁷ Martínez Yáñez, N., “Entre robots y pandemia...”, *op. cit.*, p. 15.

cuales se puede exigir al trabajador que trabaje cuando se trate de negocios con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible-, y,

(ii) Preavise razonablemente al trabajador de la tarea asignada (art. 10.1 b).

Es sencillo apreciar que el legislador comunitario ha seguido las recomendaciones del CESE de forma parcial, introduciendo esos conceptos de razonabilidad o incorporando la obligación de prever cuáles serán las horas y días de referencia, pero sin que precise en quién recae esa competencia, pareciendo que será atribuida al sujeto empresarial, aunque encomiende su garantía al Estado miembro. En efecto, aparte de que los Estados miembros garantizarán que la persona empleadora no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones descritas, podrán ser estos quienes puedan establecer las modalidades de aplicación del art. 10, de conformidad con la legislación, los convenios colectivo o las prácticas nacionales (art. 10.4).

Por tanto, los Estados, en los casos en que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible, pueden exigir a la persona empleadora que se abstenga de obligar al trabajador a trabajar incondicionalmente. No sólo lo anterior; además, la Directiva prevé el derecho de resistencia del trabajador, quien podrá no atender a alguna tarea “sin que ello tenga consecuencias desfavorables” (art. 10.2). Es más, el apdo. 3 de ese mismo art. 10 de la Directiva, en una redacción enrevesada, consiente que si los Estados miembros permiten que la persona empleadora cancele una tarea asignada sin indemnización, estos deberán proveer su legislación de las medidas normativas necesarias para garantizar al trabajador el derecho a una indemnización cuando la persona empleadora cancele efectivamente la tarea acordada previamente con el trabajador, y lo haga sin observar un plazo de preaviso razonable determinado.

No podemos olvidar que la previsibilidad es ya un derecho desarrollado por la UE, y que está directamente relacionado con el art. 31 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE (CDFUE)⁸⁸. En efecto, su apdo. 1 expresa que “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”, mientras que el 2 recoge 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”. Lo anterior significaría, para algún autor, que este nuevo derecho a la previsibilidad cuenta con una eficacia directa (art. 51.1)⁸⁹, que la tendría tanto desde el momento en

⁸⁸ Considerando 1 de la Directiva.

⁸⁹ Su texto señala que “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como 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”.

que el citado art. 31 proclama un derecho fundamental, como porque, además, ha sido desarrollado en esos términos –“derecho a una previsibilidad mínima”- por la propia UE⁹⁰. Ello conduciría a la conclusión de que el derecho a la previsibilidad de las condiciones de trabajo es un derecho que podría ser exigido por cualquiera persona trabajadora en este momento, sea o no transpuesto; aparte de que ese derecho tiene una relación evidente con otros derechos como la conciliación entre la vida laboral, personal y familiar, el derecho al descanso y la salud o el derecho al trabajo (incluido el pluriempleo).

En nuestra opinión, la recepción del derecho a la previsibilidad por parte de la legislación española constituye la novedad más importante de esta transposición. Sin duda alguna, el legislador europeo, en primer lugar, y el estatal, después, asumen la irrefragable transformación de los tiempos del trabajo y de la influencia sobre la vida de las personas. No se ponen cotos a que estas prácticas vayan a más, con el evidente impacto que ello supondrá sobre la vida de las personas. Sin embargo, en una economía de mercado como es la europea, lo decisivo resulta ser que la ley se manifieste estableciendo límites, aunque deje que el campo sea demasiado abierto.

En relación con la naturaleza de este derecho, directamente aplicable o no, somos de la opinión de que, sin perjuicio de su relación con el art. 31 de la CDFUE, la fundamentación jurídica de la Directiva descansa en el art. 153.1 b) TFUE, cuyo texto sienta que en el ámbito de las condiciones de trabajo y empleo, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros. Lo anterior significa que, si este derecho no hubiera sido desarrollado por la Directiva que se comenta, su eficacia no habría podido derivarse del art. 31 de la CDFUE.

5.2. Luces y sombras de la proyectada transposición española sobre el derecho a la previsibilidad mínima

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 de las personas trabajadoras a conocer por escrito los aspectos esenciales de la relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsibles. La conjunción copulativa “y” es clave en este precepto, dado que permite confirmar, sin ambages, que, de aprobarse este Proyecto, no sólo se reconocería el derecho a recibir dicha información en esas claves, sino también a contar con unas condiciones de trabajo previsibles. Alérgese, desde este primer estadio, que el derecho a la previsibilidad de las condiciones de trabajo no se contempla únicamente en relación con los supuestos en los que el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible (recuérdese en qué

⁹⁰ López Parada, R., “La Directiva de la UE 2019/1152...”, *op. cit.*, p. 69, opina que ese derecho formaría parte del Derecho originario de la UE, en cuanto el art. 31 no se remite a su desarrollo por parte de los Estados miembros.

términos se proclama el derecho en el art. 10.1). Enunciado en otros términos, el Proyecto español habría ensanchado el derecho a la previsibilidad mínima, exigido en el caso de patrones de trabajo imprevisibles, convirtiéndolo en un derecho a la previsibilidad proyectable a todas las personas trabajadoras.

Asimismo, se incluyen dos nuevos apartados (el 6 y el 7) al art. 8 ET, cuyo título pasaría de ser “Forma del contrato” a “Forma del contrato y previsibilidad de las condiciones de trabajo”, modificación que abunda en la conclusión anterior. No obstante, en los nuevos apartados, como ya se ha insistido más atrás, 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”⁹¹. Ante esta otra aproximación, la supuesta generosidad del legislación español cae enteros. En efecto, la transposición de la Directiva por parte del legislador español ha sido, cuando menos, singular, ya que ha edificado un derecho autónomo a la previsibilidad de las condiciones de trabajo, pero, por otra parte, ha podido dejar fuera del amparo de este derecho a aquellos modelos de contratos de trabajo que irradian una alta imprevisibilidad. No parece aceptable que un patrón de trabajo previsible se corresponda con la posibilidad de conocer (“conozca o pueda conocer”, indica el art. 8.6 del Proyecto) los criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar; por mucho que el enunciado añada que esa información sea efectiva y por escrito.

Con ser importante –sin perjuicio de las críticas vertidas más arriba– que, de aprobarse el Proyecto de ley, el ET incluya los apartados citados, debe ahora ocuparnos cuál ha sido la transposición de las garantías previstas en la Directiva.

En el Proyecto aparecen tres únicas modificaciones de la LISOS, ninguna de las cuales sanciona la falta de previsibilidad mínima en el trabajo en los términos contemplados en el art. 10 de la Directiva, expuestos más arriba. Ahora bien, es sabido que no hace falta transponer una Directiva cuando sus contenidos ya forman parte de la legislación estatal.

Una de las condiciones exigidas por el art. 10 Directiva se refiere a que el trabajo, cuando el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible, tiene que tener lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados. El Proyecto reproduce la regulación actual del art. 12.4 a) y b), relativo al contrato a tiempo parcial, para dar por satisfecha esa transposición. Y así, si no se recogen por escrito el número de horas ordinarias al día, a la semana, al mes o al

⁹¹ 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).

año de los contratos a tiempo parcial, o no se recoge el modo de su distribución “según lo previsto en el convenio colectivo”, el contrato se entenderá celebrado a jornada completa, salvo que se pruebe lo contrario.

Además, si la suma de las horas complementarias se sitúa por encima de los límites contemplados en el contrato a tiempo parcial (esto es, que las horas sean equivalentes o superiores a las de un trabajador comparable, art. 12.1 ET), asimismo el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado a jornada completa, salvo que se pruebe lo contrario.

De lo últimamente expuesto, llama la atención lo relativo a la obligación de informar por escrito de la distribución de las horas ordinarias en un contrato a tiempo parcial, distribución que deberá preverse en un convenio colectivo. Podría pensarse que la remisión a un pacto entre las partes de las relaciones laborales no es suficiente para garantizar la efectividad de la disposición comunitaria. Sin embargo, el art. 10.4 de la Directiva permite a los Estados que establezcan las modalidades de aplicación de la previsibilidad mínima del trabajo de conformidad con los convenios colectivos, aparte, claro está, de la legislación. En cualquier caso, ese precepto de la Directiva debe atenderse en paralelo con lo previsto en el art. 4.2 m) ii, donde se obliga a la persona empleadora (o al responsable determinado por el Estado miembro, art. 1.5⁹²) a informar sobre las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje, pero, y esto es importante, sólo en el caso de que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible. Por eso, el legislador español podría aprovechar la transposición de la directiva para añadir, en ese art. 12.4 a) ET, esta referencia: “sin perjuicio de la obligación del empleador de informar sobre las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje”. Con todo y con eso, la actuación del legislador del Proyecto de ley de transposición en el sentido de reducir los supuestos de contratos de trabajo que podrían entrar en este patrón de la imprevisibilidad, y que, por mor de la introducción del concepto de “pauta de trabajo” lo harían en los modelos con patrones previsibles, impide aplicar las garantías del art. 4.2 m) de la Directiva a todos los contratos de trabajo de fijos-discontinuos, mientras tanto se contemplen en los respectivos convenios colectivos de aplicación –o acuerdos de empresa- los extremos relativos al llamamiento y preaviso; previsión que, bien es sabido, no es tan común como debería serlo.

Por último, y no por ello menos importante, el proyectado art. 8, apdo. 7 ET recoge una importante garantía respecto del derecho a la previsibilidad mínima, de modo que el incumplimiento de las exigencias de previsibilidad “descritas en el artículo 12.5 c) y d)” –relativas solamente al contrato de trabajo a tiempo parcial, y referidas a los días y horas de referencia (12.5 c) ET), y al preaviso (12.5 d) ET) hará

⁹² Para López Parada, R., “La Directiva de la UE 2019/1152...”, *op. cit.*, p. 72, esa dicotomía permitiría reconsiderar la noción de grupo de empresas laboral y pensar en una posible definición común propia del Derecho de la UE.

que el contrato se presuma celebrado por tiempo indefinido ordinario y a jornada completa⁹³. Algún autor ha criticado esta propuesta por carecer de sentido⁹⁴. En nuestra opinión, la opción elegida por el legislador se cohonesto con el carácter de las sanciones, en el sentido de que es una disposición “proporcional”, porque el carácter indefinido del contrato de trabajo podrá ser revertido por la empresa, en tanto que se trata de una presunción “*iuris tantum*”; disuasiva y efectiva. En definitiva, la conversión a jornada completa actúa como “sanción monetaria” que probablemente actuará en pos de la debida toma en consideración de la previsibilidad de las condiciones de trabajo. Con todo, que el posible futuro art. 8 ET, tal y como se contempla en el Proyecto, circunscriba esas presunciones al incumplimiento de las exigencias de previsibilidad relativas al contrato de trabajo a tiempo parcial, deja el derecho a la previsibilidad mínima del trabajo de la Directiva es un estadio inacabado de transposición. Ya hemos dado cuenta en las páginas anteriores que no sólo ese tipo de contrato de trabajo adolece de espacios de imprevisibilidad, por lo que es cuando menos extraño que el Proyecto silencie otros supuestos. No se comprende la impericia del Proyecto, en el sentido de no aprovechar su contenido para introducir las posibles respuestas del Derecho sancionador o del procesal ante el incumplimiento por parte de la persona empleadora de sus obligaciones sobre la previsibilidad mínima del trabajo. Y es que la única modificación que se contempla de la LISOS no sanciona el incumplimiento por parte de la persona empleadora de las condiciones de previsibilidad mínima.

Por lo anterior, procede acudir al vigente art. 7.5 LISOS, precepto que tipifica como infracción grave la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturnos, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los arts. 12, 23 y 34 a 38 ET. Podría entenderse que el contenido de las obligaciones fijadas por el art. 10 de la Directiva, en cuanto a la previsibilidad mínima, estarían ya garantizadas por ese artículo de la LISOS. Sin embargo, aunque desde luego puede conectarse este nuevo derecho con el tiempo de trabajo, dado que, de hecho, el art. 12 ET se modificaría en los términos señalados para al contrato de trabajo a tiempo parcial, la sanción administrativa que contempla el art. 7.5 LISOS no puede entenderse como disuasoria, proporcional y efectiva (véase el art. 19 de la Directiva).

⁹³ Esta disposición transpone el art. 15 de la Directiva, relativo a las “Presunciones legales y mecanismo de resolución anticipada de litigios”: en efecto, el Proyecto se ha decantado por instaurar presunciones *iuris tantum*, que convertirían el contrato en indefinido y a jornada completa. La sanción jurídica anudada al incumplimiento no será preavisada o anunciada previamente a la persona empleadora, como permite hacerlo la Directiva, a decisión de los Estados miembros (art. 15.2), lo que permite concluir que el efecto disuasorio de la opción manifestada por España es muy elevado.

⁹⁴ Miranda Boto, J.M., “Condiciones laborales transparentes y previsibles en el Derecho español: un proyecto de transposición en modo menor”, *Net21*, n. 17, 2024, , *op. cit.* p. 2, autor que propone que la omisión sea traducida en considerar no existente el periodo de prueba, en línea con el Considerando 40 de la Directiva y la propia jurisprudencia del TS.

Queda ahora preguntarse si el hecho de que se recoja ese derecho en el art. 4 ET puede posibilitar que la persona trabajadora recabe su cumplimiento ante los tribunales. Ciertamente este nuevo derecho –en el Proyecto de ley- se recepciona en el art. 4.2 h) ET, esto es, se recoge como derecho de todas las personas trabajadoras; a pesar de lo expuesto en relación a cómo enuncia ese derecho el art. 8 ET, si es aprobado conforme al contenido del Proyecto. Así, por ejemplo, aunque en las páginas anteriores se haya observado la renuencia del legislador español a adaptar a la Directiva, la regulación jurídica de ciertos contratos de trabajo de fijos-discontinuos, entendemos que, aun si el Proyecto de ley actual se aprueba con su contenido actual, estos trabajadores podrán alegar ante el orden social su derecho a un mínimo de previsibilidad en su relación laboral. En efecto, la Directiva (art. 16) contempla también el derecho a la reparación que tienen las personas trabajadoras en caso del incumplimiento de los derechos que se derivan de la presente Directiva, incluido 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 en el cumplimiento de las obligaciones informativas -en el caso de patrones imprevisibles pero también en el de los patrones imprevisibles- 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. 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. Aún así, el Proyecto no ordena ninguna modificación procesal al respecto, sobre la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)⁹⁵.

Con todo y con eso, es sabido que las directivas comunitarias deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro de la Unión Europea a través de las normas internas correspondientes, obligando a los Estados

⁹⁵ Otra cuestión que se recoge en esas Disposiciones es la protección dispensada a la persona trabajadora contra el despido, protección que, entre otras materias, se concreta en la carga de la prueba (art. 18). Además, si la persona trabajadora considera que ha sido despedido (u medida equivalente) por haber ejercido los derechos contemplados en esta Directiva, la persona empleadora 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 las personas trabajadoras presenten ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente, unos hechos que permitan presuponer que han sido 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 la persona empleadora. 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 las personas trabajadoras 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.

miembros en cuanto al resultado pretendido, no en cuanto a la forma o los medios para conseguirlo. Y esta Directiva sigue sin ser transpuesta, a pesar de que se ha superado con creces el plazo final, 1 de agosto de 2022 (art. 21.1).

La jurisprudencia del TJUE ha venido reconociendo un efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que ésta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁹⁶. Dichos requisitos exigen que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa, y que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El TJUE ha señalado en diversas ocasiones que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación⁹⁷. Como puede comprobarse, el efecto directo no se predica de las Directivas en su conjunto, sino tan solo de aquellas disposiciones incluidas en ellas que cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia que se han citado.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE únicamente ha reconocido el efecto directo «vertical» de las directivas, es decir, en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, no siendo aplicable el citado efecto directo de las Directivas en el plano «horizontal», es decir, en las relaciones entre particulares, alegándolo un particular frente a otro. Por su parte, debe destacarse que dentro de las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no admite que un Estado Miembro invoque las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular⁹⁸.

En definitiva, y en el caso que nos ocupa, a partir de la fecha en que debió estar realizada la transposición, es decir, el 1 de agosto de 2022, gozarán de efecto directo las disposiciones de la Directiva que cumplan los requisitos citados en el presente apartado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe recordarse que, en todo caso, a partir de la fecha señalada deberá realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con la Directiva. Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal interpretación deberá realizarse, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue⁹⁹.

⁹⁶ Entre otras, en las Sentencias Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004.

⁹⁷ Entre otras, en la Sentencia Kaefer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990.

⁹⁸ Sentencia Ratti, de 5 de abril de 1979.

⁹⁹ Entre otras, Sentencias Adeneler y otros, de 4 de julio de 2006; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004.

Pero, a mayor abundamiento, los tribunales nacionales podrían basarse en el art. 31 de la CDFUE, considerar que este precepto recoge el derecho a la previsibilidad mínima, y conectando con la Directiva de 2019 que tratamos, reconocer la primacía del derecho de la UE, que desplegaría sus efectos de exclusión y de sustitución. Dicha doble invocación sería suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el derecho de la Unión¹⁰⁰.

Esta primacía operaría mediante el efecto de sustitución, según el cual el juez nacional (y las administraciones nacionales) inaplica la norma nacional incompatible y resuelve el litigio utilizando la norma de la UE. Recuérdese que el efecto de sustitución solo será factible cuando la norma de la UE tenga efecto directo, es decir, sea lo suficientemente clara, precisa e incondicional como para que el juez pueda resolver el litigio haciendo uso de ella¹⁰¹. Y creemos que el art. 10 de la Directiva cumple con esas cualidades.

6. CONCLUSIONES

La regulación jurídica del calendario laboral se ha flexibilizado a lo largo del tiempo, la distribución irregular de la jornada se introdujo en la legislación laboral para todas las modalidades de contratación -y actualmente se permite implantar por la empresa a falta de acuerdo-, la figura del preaviso aplicado al tiempo de trabajo ha subido enteros, y la contratación de los trabajadores fijos-discontinuos ha proliferado en España. Todos los factores señalados dan cuenta de la alta flexibilidad del tiempo de trabajo, contemplada desde los intereses empresariales.

Además, es un hecho 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.

El estudio también concluye que los modelos con patrones de trabajo previsible beben de las fuentes del consenso y de la autonomía colectiva, mientras que los modelos más imprevisibles lo hacen desde la unilateralidad empresarial. Por eso, en este trabajo se ha criticado la oportunidad perdida por el legislador del Proyecto de reforzar la figura del calendario laboral, como modelo de previsibilidad pactada entre los sujetos de las relaciones laborales.

¹⁰⁰Este razonamiento lo había utilizado ya el TJUE en la Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, apdo. 76.

¹⁰¹López Escudero, M., “Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*/64, pp. 787-825, 2019. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.64.01>

La Directiva (UE) 2019/1152 es consciente de la proliferación de modelos de negocio con patrones de trabajo imprevisibles e instaura ciertas obligaciones de información y transparencia que se le exigirán a la persona empleadora, de entidad y contenido distinto en función del modelo de negocio de que se trate, más o menos previsible. Por lo anterior, el nuevo derecho a la previsibilidad mínima sólo se proyecta sobre los modelos de negocio con patrones de trabajo total o mayoritariamente imprevisibles. Y así, respecto de las obligaciones que se instauran, llama la atención que el derecho a la previsibilidad mínima obligue a informar que el trabajo tendrá lugar en unas horas y unos días de referencia [art. 10.1 a)], en relación con el art. 4.2 m) ii, ambos de la Directiva -relativo a las horas y días de referencia en los cuales se puede exigir a la persona trabajadora que trabaje cuando se trate de negocios con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible-, y que se obligue también a preavisar razonablemente a la misma de la tarea asignada [art. 10.1 b) Directiva]. La información transparente de las condiciones de trabajo, léase del tiempo de trabajo y su ejecución, alcanza una entidad superlativa en la Directiva. La previsibilidad mínima se anuda a la información, obligación que recae en la parte empresarial, y cuya garantía corresponde a los Estados miembros.

La peculiaridad del Proyecto de ley descansa en que, a la hora de transponer cuándo se entiende que las condiciones de trabajo son previsibles (futuro art. 8.6 ET), traduce la noción de la Directiva relativa al “patrón de trabajo” en “pauta de trabajo o, en su caso, en criterios en virtud de los cuales dichas condiciones pueden cambiar”. En definitiva, la noción de patrón de trabajo previsible “made in Spain” se transpone de modo más permisivo que el que puede desprenderse de la Directiva. A partir de la elasticidad conferida a esa acepción, se produce el efecto de que los contratos de trabajo de fijos-discontinuos, al menos formalmente, entrarían en el ámbito de los modelos de negocio con patrones previsibles. La última consecuencia de no exigir los contenidos del derecho a la previsibilidad mínima a esos contratos representa la cuadratura del círculo que obra el Proyecto de Ley.

Con todo y con eso, el efecto directo reconocido a las directivas, así como el hecho irrefutable de que se ha sobrepasado el límite máximo para la transposición de ésta, conducen a la conclusión de que el contenido de la previsibilidad mínima podrá ser invocado por los particulares frente al Estado, dado que las obligaciones contenidas en el art. 10.1 Directiva son lo suficientemente claras y precisas para ello. Y, por esto mismo, los tribunales del orden social deberán dirigir su labor interpretativa hacia el favorecimiento del cumplimiento de esas obligaciones mínimas, pero también de las “máximas” anudadas a los modelos de negocio con patrones de trabajo previsibles. Es más, la relación del derecho a la previsibilidad mínima del tiempo de trabajo con el art. 31 CDFUE permitiría invocar este derecho en las relaciones entre particulares. El principio de primacía del Derecho de la UE, y el recurso al instrumento de sustitución de las normas en conflicto –de la UE y del Estado- servirán al juez nacional para proceder en la dirección apuntada.

En fin, las nuevas obligaciones de información que la Directiva exige a los negocios con un patrón de trabajo previsible puede provocar ciertos bamboleos en la regulación jurídica de los contratos de los fijos-discontinuos -en esa línea de considerarlos modelos con patrones de trabajo preVISIBLES, cuando en muchos casos distan mucho de serlo. La postergada adaptación del Real Decreto de 1998, que desarrolla el art. 8.5 ET, a un momento ulterior a la aprobación del Proyecto de ley, así como la retrasada modificación del enunciado del art. 7.1 LISOS -infracción grave por no informar de los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral-, redundan en la posibilidad de que se dé más caos e inseguridad jurídicos. En efecto, con el propio Proyecto de ley, la empresa con un patrón de trabajo previsible deberá informar -se entiende que también a los trabajadores con contrato de trabajo fijo-discontinuo-, sobre la “duración de la jornada y su distribución”, precepto que no tendría el mismo contenido que informar sobre la jornada diaria o semanal, tal como prevé la Directiva. Es sabido que el contrato de trabajo fijo-discontinuo depende demasiadas veces de que el llamamiento y sus condiciones se regulen en la norma convencional, por lo que va a ser ciertamente difícil acompasar las exigencias de la Directiva con este modelo de contratación, y su práctica. De forma residual, la aplicación directa de los contenidos de la Directiva por parte del juez nacional, recurriendo al efecto de sustitución que propicia el principio de primacía del Derecho UE, podría operar de enmienda al Proyecto si fuera aprobado tal cual está actualmente formulado.

**MEDIDAS PREVENTIVAS, REDUCTORAS Y, EN ESPECIAL,
CORRECTIVAS DE LAS BRECHAS DE GÉNERO***
***PREVENTIVE, REDUCING AND, ESPECIALLY, CORRECTIVE
MEASURES FOR GENDER GAPS***

MARGARITA ARENAS VIRUEZ

Prof.^a. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

ORCID: 0000-0002-2293-7625

EXTRACTO

Palabras clave: brechas de género; prestaciones familiares contributivas; complemento para la reducción de la brecha de género; conciliación; y corresponsabilidad.

La interconexión de la brecha en los tiempos, la brecha retributiva y la brecha en las prestaciones, así como la proyección de la brecha retributiva en las prestaciones del sistema de Seguridad Social, justifican el objeto de este trabajo, cual es el análisis de las medidas de prevención, reducción y corrección de las brechas de género, con las que, en última instancia, se pretende avanzar en la disminución de la brecha prestacional por razón de género. Finalidad que requiere de una apuesta decidida por medidas de diversa índole y fórmulas de trabajo flexible que faciliten la conciliación y, sobre todo, la corresponsabilidad en las labores de cuidado de hijos y familiares, atajando, así, la brecha en los tiempos de trabajo y, con ello, en gran parte, la brecha retributiva. Mientras ésta persista es necesario que en el sistema de Seguridad Social existan medidas correctivas de la brecha prestacional como las que se analizan en el presente estudio.

ABSTRACT

Keywords: *gender gaps, contributory family benefits, gender gap reduction supplement, conciliation and co-responsibility.*

The interconnection of the time gap, the pay gap and the benefit gap, as well as it reflects over the pay gap in the benefits of the Social Security system, justify the purpose of this essay, which is the analysis of the measures for prevention, reduction and correction of gender gaps, with which, ultimately, it pretends to advance over the reduction of the gender benefit gap. This purpose requires a decisive commitment to measures and flexible work measures that facilitate conciliation and, above all, co-responsibility in the care of children and family members, facing the gap in working hours and, with it, to a large extent, the pay gap. As long as this persists, it is necessary for the Social Security system to have compensatory measures for the benefit gap such as those analyzed in this essay.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Coordinado de I+D+I: “*El salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital*” (RTI2018-096674-B-C21). Ministerio de Ciencias, Innovación y Universidades. Investigador principal: Prof. Dr. D. Santiago González Ortega.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SUCESIVA INTERRELACIÓN DE TRES BRECHAS DE GÉNERO
 - 2.1. Brecha en los tiempos, brecha retributiva y brecha en prestaciones
 - 2.2. La proyección de la brecha retributiva por razón de género en las prestaciones del sistema de Seguridad Social
3. PREVENCIÓN, REDUCCIÓN Y CORRECCIÓN DE LAS BRECHAS DE GÉNERO
 - 3.1. Medidas preventivas de la brecha en los tiempos
 - 3.2. Medidas reductoras de la brecha retributiva
 - 3.3. Medidas correctivas o compensatorias de la brecha en prestaciones
 - 3.3.1. El cómputo ficticio de cotizaciones: las prestaciones familiares contributivas
 - 3.3.2. La contratación a tiempo parcial: cómputo de cotización y reglas cuantificadoras de las prestaciones
 - 3.3.3. El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Se puede partir de una afirmación de sencilla formulación, pero de enorme complejidad en su tratamiento, análisis y propuestas de superación: la brecha retributiva por razón de género se refleja en la brecha, por igual causa, en las prestaciones del sistema de Seguridad Social, contribuyendo de forma notable a su existencia y persistencia en el tiempo, en el sentido de que es una de las principales causas que inciden en la existencia de una brecha prestacional por razón de género. Ésta, en palabras del 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, constituye “la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas”. Dicha calificación de la brecha de género, también calificada como “el verdadero talón de Aquiles de la acción protectora de la Seguridad Social”¹, pone de manifiesto la relevancia del tema que se aborda en este trabajo.

La existencia de una diferencia entre el importe medio de las pensiones causadas por los hombres y las mujeres es una realidad, un dato objetivo². Pero, más que su cuantificación, lo relevante es conocer cuáles son los factores y las causas

¹ En estos términos se pronuncia Blasco Jover, C., “Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, núm. 2, 2021, p. 181.

² 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

de la brecha prestacional por razón de género, así como las actuaciones o medidas que se han adoptado para reducirla y las que, en su caso, debieran activarse a los efectos de superar esta deficiencia en la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Aspectos, ambos, que conforman el objeto de análisis de este estudio.

En efecto, en este trabajo se abordan las causas o factores que producen la brecha prestacional por razón de género (entre las que destaca, como se ha dicho, la brecha retributiva de género), así como la explicación de la interconexión entre ambas brechas, que se encuentra en la configuración jurídica de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y, en esencia, en el principio contributivo que rige en el mismo. En virtud de dicho principio, sabido es que, para causar derecho a las prestaciones del nivel contributivo del sistema de Seguridad Social y para cuantificarlas, se tiene en cuenta el tiempo de cotización y la cuantía de la misma, que, a su vez, depende del importe de las bases de cotización, las cuales se calculan en función de la retribución de las personas trabajadoras.

De ahí que todos los factores que tengan repercusión en la forma y tiempo de trabajo y que afecten a la cuantía de la retribución inciden en la protección que confiere el sistema de Seguridad Social. Y si las mujeres y hombres presentan diferentes formas y tiempos de trabajo (debido a la mayor asunción, por parte de las mujeres, de las labores de cuidados familiares), que inciden en la retribución que perciben, las cuantías de las prestaciones de Seguridad Social también son diferentes. Aquí radica el origen de la brecha prestacional por razón de género. De manera que las dos grandes brechas de género, la laboral y la de cuidados, estrechamente vinculadas en tanto en cuanto la de cuidados es la principal causa de la laboral y, en concreto, de la brecha retributiva, a su vez, se conectan con la brecha en prestaciones puesto que ésta no es sino consecuencia de las anteriores. Esta interconexión se analiza en el apartado dos de este trabajo.

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, lo que debe acarrear la reducción de la brecha en prestaciones por razón de género. Pero, además, en el propio sistema de Seguridad Social 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 mujeres trabajadoras. Algunas de estas medidas correctivas de la brecha de género en prestaciones se analizan en detalle en el apartado tercero de este trabajo, conformando el grueso del mismo.

Así, a estas medidas correctivas se les presta mayor atención en este estudio, en comparación con las medidas preventivas de la brecha en los tiempos y las medidas reductoras de la brecha retributiva, puesto que la corrección de la brecha

euros), ascendiendo la diferencia a 471,73 euros, lo que representa un 19,54%. Más información en <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>

prestacional se encuentra en el último eslabón de la cadena y, mientras esta última brecha exista, los mayores esfuerzos han de hacerse, al menos de forma inmediata, en su corrección. Lo que no quita, como también se analiza, que haya que poner el foco en el aspecto preventivo, esto es, en la prevención de la brecha en los tiempos de trabajo.

En efecto, a pesar de la existencia de medidas correctoras de la menor aportación al sistema de Seguridad Social, la propia existencia de una brecha de género en las prestaciones del sistema de Seguridad Social pone de manifiesto que las referidas medidas no son suficientes, siendo, pues, necesario la mejora de las mismas, así como la adopción de otras medidas, especialmente en el ámbito preventivo. Y es que no cabe duda de que se ha de procurar superar el diferente reparto de responsabilidades familiares y la brecha de cuidados, debiendo apostarse de forma firme por una verdadera corresponsabilidad que permita que hombres y mujeres compartan de forma equitativa las responsabilidades familiares. Sin duda, difícil cometido que merece la pena afrontar.

2. LA SUCESIVA INTERRELACIÓN DE TRES BRECHAS DE GÉNERO

La identificación de la brecha en los tiempos, la brecha en la retribución y la brecha en las prestaciones, así como la interconexión existente entre las mismas, conforman el objeto de este apartado, en el que, tomando como origen de la brecha en los tiempos la diferente posición en el mercado de trabajo de las mujeres y los hombres y sus consecuencias en materia retributiva, se pretende conocer el impacto de tales consecuencias en las prestaciones del sistema de Seguridad Social. De ahí que se hable de una interrelación sucesiva de las tres brechas de género; si bien la brecha de género en prestaciones no sólo se debe a las diferentes formas de trabajo de los hombres y mujeres y, por tanto, a las diferencias en materia retributiva, sino también a la propia configuración de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, que tiene incidencia en el incremento o reducción de la referida brecha en prestaciones.

2.1. Brecha en los tiempos, brecha retributiva y brecha en prestaciones

Que existe una brecha de género en prestaciones es una realidad que, como se ha anticipado, encuentra en la repercusión de la maternidad en la trayectoria laboral de la mujer trabajadora una de sus principales causas, a la que se añade la atención de otras responsabilidades familiares. Cómo se presten estos cuidados y quiénes lo hagan son dos cuestiones de relevancia, que pueden tener repercusión en las tres referidas brechas de género.

Así, como ha venido ocurriendo tradicionalmente, si es la mujer quien asume, en gran parte, aunque no sea de forma exclusiva, las labores de atención y cuidados

de los hijos y otros familiares, es ella quien tiene serias dificultades para conciliar los tiempos de trabajo y de cuidados familiares. Es el origen y explicación de la existencia de una brecha de género en los tiempos, que pervive a pesar de que tanto desde el ámbito del Derecho del Trabajo como del Derecho de la Seguridad Social se han arbitrado medidas de distinto tipo y configuración para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Consecuencia de la brecha de género en los tiempos es la brecha retributiva puesto que las reducciones de jornada, las excedencias por cuidado de hijos o de otros familiares y la contratación a tiempo parcial, entre otras figuras que facilitan la conciliación de la vida familiar y laboral, producen una merma retributiva; si bien es cierto que la brecha retributiva obedece a numerosas, profundas e interrelacionadas causas. Entre ellas, algunas permiten explicar, aunque no en todo caso justificar, la diferencia retributiva entre mujeres y hombres, debiendo incluirse en este grupo de causas, precisamente, como se viene señalando, aquéllas que son el resultado de diferentes tiempos y modos de desempeñar una actividad laboral o profesional; esto es, diferencias de los hombres y mujeres ante el mercado de trabajo³.

Asimismo, una importante derivada de esta diferente forma de trabajar es la segregación vertical, las mayores dificultades de promoción profesional y la menor presencia de mujeres en puestos de gestión y dirección; en definitiva, la existencia de techos de cristal en el desarrollo profesional de las mujeres, con evidente repercusión en materia retributiva. Otra causa de la brecha retributiva es la segregación sectorial y horizontal, que puede igualmente obedecer a diferentes razones explicativas de la misma, como la mayor o menor cualificación y formación o la menor elección de determinadas titulaciones y profesiones por parte de las mujeres que están mejor retribuidas.

De manera que la brecha retributiva coadyuva a que, puestos a elegir, sea la mujer quien, dado el caso, interrumpa su vida laboral o reduzca la jornada pues la merma de ingresos que ello supone será menor. Lo que acarrea (y se vuelve al punto de partida situado en la necesidad de conciliar responsabilidades laborales y familiares) una menor participación de la mujer en el mercado de trabajo. Se trata pues, como se ha dicho, de una relación que se retroalimenta en el sentido de que

³ Al respecto, puede verse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. Bruselas, 5.3.2020 COM (2020) 152 final. En esta misma línea, también a modo de ejemplo, puede verse a Villar Cañada, I.M., “¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”, *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)*, 2020, Vol. V, número 1; 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, pp. 54 a 58; y Aragón Gómez, C., “El complemento de pensiones para reducir la brecha de género”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 30, 2022, pp. 20 y ss.

la existencia de la brecha retributiva por razón de género alienta a las mujeres a participar en menor medida en el mercado laboral⁴.

Tras la identificación del origen y principales factores que contribuyen a la existencia de una brecha en los tiempos y, consecuencia de la cual, una brecha retributiva, resulta fácil comprender por qué existe una brecha de género en materia de prestaciones⁵. Ésta responde, en gran parte, a la diferente retribución que reciben las mujeres y los hombres y, derivado de ello, a la diferente aportación al sistema de Seguridad Social. Ahora bien, lo cierto es que la configuración de las prestaciones de dicho sistema incide en la acentuación o atenuación de las consecuencias de la brecha retributiva en las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Sobre ello se profundiza en el siguiente apartado.

2.2. La proyección de la brecha retributiva por razón de género en las prestaciones del sistema de Seguridad Social

Como se ha dicho, la propia configuración jurídica del sistema de Seguridad Social hace que se incremente o acentúe la diferente posición que los hombres y las mujeres tienen en el mercado de trabajo⁶. O, dicho con otras palabras, las particularidades de ambos colectivos en el mercado laboral y, específicamente, la existencia de una brecha retributiva por razón de género impacta en la protección que ofrece el sistema de Seguridad Social⁷, perpetuándose las desigualdades de partida⁸; impacto que se detecta tanto en el acceso a las prestaciones como en la cuantificación de las mismas, lo que se debe al principio de contributividad que rige el nivel contributivo del sistema de Seguridad Social, que se convierte “en un mecanismo transmisor de las desigualdades de género derivadas del mercado laboral”⁹.

⁴ En estos términos se pronuncia Aragón Gómez, C., “El impacto de la brecha salarial en la acción protectora...”, op. cit. p. 58.

⁵ Al respecto, pueden verse a Boneli Ruiz, R. y Devesa Carpio, J.E., “El complemento por maternidad de las pensiones de la Seguridad Social en España: análisis financiero actuarial basado en la MCVL”, *Economía Española y Protección Social*, IX, 2017, p. 123. Asimismo, una relación exhaustiva de las causas de la brecha de género en pensiones puede verse en 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, pp. 127 y 128.

⁶ En término similares se pronuncia Villar Cañada, I.M., “¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones?...”, op. cit. p. 289.

⁷ Sobre esta cuestión puede verse a Aragón Gómez, C., “El impacto de la brecha salarial en la acción protectora...”, op. cit. p. 58.

⁸ Aragón Gómez, C., “El complemento de pensiones para reducir la brecha de género”, op. cit., p. 23.

⁹ Las entrecomilladas son palabras de Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan Harremanak!*, 38, 2017. p. 97. Sobre esta cuestión, señalando que el sistema contributivo de pensiones reproduce

Y es que la relevancia que adquiere la trayectoria laboral de las personas trabajadoras a los efectos de determinar la protección que le confiere el sistema de Seguridad Social es el elemento clave, en el sentido de que cualquier interrupción que se produzca en sus carreras contributivas o, en su caso, cualquier reducción de la aportación al sistema podrá tener una incidencia, mayor o menor, en el acceso y en la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social¹⁰. Y si es la mujer trabajadora la que en mayor medida interrumpe o reduce su actividad laboral o profesional, es ella quien percibirá una menor retribución y, en consecuencia, quien se verá más afectada en su carrera contributiva y, por ende, en las prestaciones del sistema de Seguridad Social a las que cause derecho¹¹. De ahí la proyección de la brecha retributiva en las prestaciones de Seguridad Social.

Ahora bien, como se ha dicho, la incidencia de la trayectoria laboral de las personas trabajadoras en la protección del sistema de Seguridad Social puede ser mayor o menor, lo que depende no sólo de la intensidad de las referidas incidencias, sino también de la configuración de las propias prestaciones del sistema de Seguridad Social, especialmente, de sus reglas de cálculo, así como de las medidas que se adopten para compensar los cortes y/o las reducciones que se produzcan en las carreras contributivas de las personas trabajadoras¹².

Precisamente, estas medidas correctivas, que efectivamente existen, son objeto de análisis en el siguiente apartado, por lo que ahora basta con poner de manifiesto cómo nuestro sistema de Seguridad Social, a pesar de que ha mostrado cierta sensibilidad ante la situación de desventaja de la mujer trabajadora en el mercado laboral, carece de una determinante perspectiva de género en la progresiva configuración de las prestaciones de Seguridad Social¹³. Es más, puede afirmarse que muchas de las reformas en materia de pensiones, dejando a salvo aspectos

las desigualdades de género que existen en el mercado laboral, puede verse a Graneli Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad...”, op. cit, p. 305.

¹⁰ Al respecto puede verse también a Alaminos, E., “La brecha de género en las pensiones contributivas de la población...”, op. cit, p. 119.

¹¹ Sobre esta cuestión, puede verse a Rodríguez González, S., “Brechas de género en el mercado laboral: una mirada crítica ante el horizonte 2030”, *Revista Atlántida*, 9, 2018, p. 74; a Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social...”, op. cit., p. 97; 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...”, op. cit., p. 146; y a López-Martínez, M. y Marín -López, B.A., “La brecha de género en las pensiones en España y en la Unión Europea”, *Papeles de Población*, núm. 102, 2019, p. 82.

¹² Al respecto, puede verse a López- Martínez, M. y Marín -López, B.A., “La brecha de género en las pensiones en España...”, op. cit., p. 82.

¹³ 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. 124.

específicos, a los que se hace mención en el apartado siguiente, han ido justo en sentido contrario.

En efecto, tanto la reforma de la fórmula de cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en atención al tiempo de cotización al sistema de Seguridad Social, como las más relevantes reformas de la pensión de jubilación, que acentúan el rasgo de contributividad, en el acceso y en la determinación de la cuantía, tienen un mayor impacto en aquellos futuros pensionistas que ven sus carreras de cotización interrumpidas o reducidas¹⁴.

Y si, como ya se ha dicho, siguen siendo las mujeres trabajadoras las que sufren más tales incidencias en sus trayectorias laborales, serán ellas las que más padezcan el endurecimiento de los requisitos de acceso y de cálculo de las cuantías. Ello salvo que, se insiste, paralelamente se adopten medidas sensibles a esta realidad que frenen o reduzcan la proyección de la brecha retributiva en las prestaciones del sistema de Seguridad Social y que, en lugar de perpetuar las diferencias de partida, procuren corregirlas o, al menos, reducirlas.

En el centro del debate está, sin duda, la sostenibilidad económica del sistema de Seguridad Social que, como no podía ser de otra forma, adquiere un gran peso, pero que no debe ser excusa para olvidar la perspectiva de género de las reformas normativas¹⁵; sino que, todo lo contrario, ésta debe estar presente en la evolución de la acción protectora de la Seguridad Social, si bien es cierto que no es fácil encontrar un equilibrio entre ambos relevantes componentes¹⁶. Sólo así se hace frente a la brecha de género en prestaciones.

¹⁴ Una relación de las reformas en la pensión de jubilación que se han producido al respecto, con indicación de la normativa de aplicación en cada caso, puede verse en Aragón Gómez, C., “El impacto de la brecha salarial en la acción protectora...”, op. cit., p. 61. Asimismo, sobre cómo este endurecimiento de las exigencias de cotización va a aumentar la brecha existente entre las pensiones percibidas por los hombres y por las mujeres Cebrián López, I. y Moreno Raymundo, G., “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, vol. 33, núm. 2, pp. 312. También puede verse a Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social...”, op. cit., pp. 103 y 104; a López Anierte, M.C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso...”, op. cit., p. 124; a Villar Cañada, I., “El sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género. La última reforma de pensiones, una nueva oportunidad perdida”, *Centro de Estudios Financieros. Laboral Social*, marzo 2022, p. 3; y a López-Martínez, M. y Marín-López, B.A., “La brecha de género en las pensiones en España y en la Unión Europea”, *Papeles de Población*, núm. 102, 2019, pp. 82 y 83.

¹⁵ Véase a Blázquez Agudo, E.M., “La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad...”, op. cit. p. 157 y a Villar Cañada, I., “El sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género...”, op. cit., p. 4.

¹⁶ Al respecto, puede verse a Milena, B., “Jubilación anticipada voluntaria, discriminación indirecta y objetivos de política social: el impacto de la reciente jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 214/2021, versión on-line (BIB 2021/3845), p. 5.

3. PREVENCIÓN, REDUCCIÓN Y CORRECCIÓN DE LAS BRECHAS DE GÉNERO

La interrelación, de carácter sucesivo, de las tres brechas de género permite entender la secuencia que se aborda en este apartado: prevención, reducción y corrección de las brechas por razón de género. De manera que, partiendo de la existencia de una brecha en los tiempos en cuanto origen de la brecha retributiva y, por ende, de la brecha en prestaciones, se considera imprescindible la adopción de medidas orientadas a la prevención de la referida brecha en los tiempos, que, en consecuencia, evite las otras dos brechas derivadas. Pero, a pesar de la adopción de medidas preventivas de diversa índole, lo cierto es que la realidad pone de manifiesto la distinta posición de la mujer y del hombre ante el mercado de trabajo y la dificultad de superar, al menos a día de hoy, la brecha en los tiempos; de ahí la necesidad de analizar la adopción de medidas reductoras de la brecha retributiva y de medidas dirigidas a corregir la brecha en prestaciones.

3.1. Medidas preventivas de la brecha en los tiempos

Que la brecha en los tiempos por razón de género sea una derivada de la atención y cuidado que requieren los hijos y otros familiares es algo evitable o, al menos, reducible. De ahí la importancia de la adopción de medidas preventivas de la brecha en el uso de los tiempos por razón de género. En nuestra opinión, un elemento clave es determinar quién atiende y cómo se atienden a las responsabilidades familiares de cuidados, adquiriendo al respecto relevancia aspectos tan diversos como complejos de abordar.

Así, son dos los modelos de atención de los cuidados de hijos y otros familiares, que, según los casos, pueden ser complementarios o alternativos. Por un lado, la existencia de una red de servicios, públicos o privados, que ofrezca estos servicios de cuidados y atención a menores y mayores, especialmente dependientes, en cuyo caso se reduce al máximo la necesidad de conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, en tanto en cuanto no es un miembro de la unidad familiar quien asume tales responsabilidades familiares. O, visto desde otra perspectiva, se facilita al máximo tal conciliación puesto que descarga a la unidad familiar de una parte de las responsabilidades familiares¹⁷. En tal caso, las labores de atención y cuidado de familiares salen del seno familiar, para ser prestadas por profesionales del sector.

Obviamente, este es un modelo que presenta muchos matices, en el sentido de que sólo cuando la cobertura de las necesidades que requieren los menores y

¹⁷ Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social...”, op. cit., p. 116. En esta obra se analiza en detalle cómo una adecuada red de servicios públicos facilita la conciliación de la vida familiar y laboral.

demás familiares es total, en cuanto al tiempo de cuidados, se puede decir que, efectivamente, la unidad familiar queda liberada, igualmente en el sentido de tiempo libre, aunque no, por supuesto, desde otros puntos de vista. De la misma forma que sólo cuando se facilita el acceso a estos servicios de cuidados, haciéndolos gratuitos o, al menos, a un coste asumible por las familias, es cuando éstas dejan de tener dificultades para conciliar las responsabilidades familiares y laborales¹⁸. Si no es así, si el coste de estos servicios no los puede asumir la renta familiar (o incluso pudiendo asumirlos, la familia prefiere atender a las obligaciones de cuidados), algún miembro de la unidad familiar ha de desempeñar las labores de cuidado de hijos y otros familiares, surgiendo entonces dificultades para compaginar tales labores con las obligaciones derivadas del trabajo.

Este sería, pues, el segundo modelo, en el cual es la propia unidad familiar la que asume las labores de atención y cuidado de hijos y otros familiares. Al respecto, a los efectos de facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales, nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado diversas medidas, de distinta índole. Entre otras: modalidades contractuales (en especial, el contrato a tiempo parcial y el trabajo a distancia); permisos retribuidos; adaptaciones de la duración y distribución de la jornada; 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; causas de suspensión del contrato de trabajo (riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, por nacimiento y cuidado de hijos); el permiso parental; y situaciones de excedencia.

Pese a 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 tiempo por razón de género¹⁹.

Por ello, la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo es, en nuestra opinión, esencial para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, sin sesgo de género. Lo importante es que dicha

¹⁸ Sobre esta cuestión puede verse la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016 sobre la aplicación de 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 (2015/2097(INI).

¹⁹ Sobre esta cuestión, puede verse a Aragón Gómez, C., “El impacto de la brecha salarial en la acción protectora...”, op. cit, p. 78; y 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 en el ordenamiento de la Seguridad Social...”, op. cit., p. 171.

conciliación no tenga incidencia en la retribución y ni en la carrera contributiva de las personas trabajadoras, ya que todas aquellas medidas que merman la retribución 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 ejercite 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)²⁰ que igualmente contribuyen a que sean las mujeres trabajadoras las que asuman, en mayor medida, el peso de la conciliación.

De ahí que es 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 roles²¹. Lo que ha de acompañarse de la adopción de medidas, en el plano jurídico, que así lo faciliten, apostando por la prevención de la brecha en los tiempos por razón de género. Entre las medidas adoptadas en esta línea preventiva, se encuentran la referida adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo y, en general, fórmulas de trabajo flexible y racionalización de horarios²².

En esta línea, el Pilar Europeo de Derechos Sociales²³ pone especial énfasis en el hecho de que no se ofrecen a los hombres posibilidades ni alicientes suficientes para hacer uso de los permisos y ello afianza el papel de las mujeres como cuidadoras primarias, con los consiguientes efectos negativos sobre el empleo femenino. De

²⁰ Gala Durán, C., “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género...”, op. cit., p. 131.

²¹ Al respecto, puede verse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la igualdad: *Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*. Bruselas, 5.3.2020 COM (2020) 152 final. También 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...”, cit. pág. p. 153.

²² 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...”, op. cit., pp. 78 y ss. Asimismo, sobre la necesidad del establecimiento de auténticas políticas de igualdad y, en concreto, sobre las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral, puede verse a Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad...”, op. cit., p. 314.

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”. COM (2017) 250 final, y cuyo antecedente más inmediato es la Resolución del Parlamento Europeo de 27 de enero de 2017 (2016/2095(INI)). Texto disponible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf.

ahí que se considere indispensable la adopción de medidas eficaces y adecuadas de incentivación de la utilización masculina de este tipo de medidas²⁴. Asimismo, se destaca la relevancia de la equiparación de la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Y también el 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.

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 la relevancia de la adopción de medidas reductoras de la misma.

3.2. Medidas reductoras de la brecha retributiva

Ya se ha analizado la interconexión existente entre la brecha en el uso de los tiempos y la brecha retributiva, por lo que las medidas que se adopten y las actuaciones que se lleven a cabo para prevenir o, al menos, disminuir la primera de dichas brechas tendrán efectos en la reducción de la segunda. Con carácter general, se puede afirmar que todo cuanto se haga para procurar la equiparación de la posición de la mujer y el hombre en el mercado de trabajo, en cuanto al uso de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, ha de tener su incidencia en materia retributiva, contribuyendo a la reducción de la actual brecha retributiva por razón de género.

Asimismo, la tendencia a la equiparación de la posición de las personas trabajadoras en cuanto a los sectores de actividad en los que prestan sus servicios, reduciendo la actual segregación sectorial y horizontal, igualmente ha de influir en la disminución de la brecha retributiva. Puesto que, como se expuso con anterioridad, otra causa de dicha brecha es la referida segregación, que obedece a la mayor o menor cualificación y formación o la menor elección de determinadas titulaciones o profesiones por parte de las mujeres que están mejor retribuidas. De manera que, al margen cuáles sean los motivos de los diferentes tiempos y modos de trabajar de los hombres y mujeres, tal diferente posición es la que explica, aunque no en todo caso justifica, la diferencia retributiva entre unos y otras. Ello, por supuesto, no es óbice para que se adopten, como se viene haciendo con más o menos acierto, medidas para superar esta diferencia de partida.

Ahora bien, lo relevante (y preocupante) es que la segregación sectorial y horizontal puede ser causa de diferencias retributivas entre hombres y mujeres en tanto en cuanto los trabajos feminizados estén peor retributivos por el simple

²⁴ Al respecto, puede verse a Rodríguez González, S., “Brechas de género en el mercado laboral...”, op. cit., p. 84 y Rodríguez González, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social...”, op. cit., p. 113.

hecho de ser realizados por mujeres. En tales casos, la inaceptable explicación de esa menor retribución obedece a estereotipos de sexo y/o de género; mientras que la justificación no existe. Esta menor retribución del trabajo, cuando responde a una infravaloración de cualidades y características que se consideran, en muchas ocasiones de forma errónea, más propias de las mujeres o, en su caso, a una sobrevaloración de cualidades más propias de los hombres, igualmente en algunos casos de forma equivocada, se traduce en una discriminación retributiva por razón de sexo y/o género. Se trata, en la mayoría de las ocasiones, tal y como han ido destapando los Tribunales de Justicia, de discriminaciones indirectas por incorrecta valoración de los puestos de trabajo²⁵.

Por ello, todo cuanto se realice a los efectos de una correcta valoración de los puestos de trabajo, así como la adecuada utilización de los instrumentos de transparencia retributiva (registros y auditorías retributivas, principalmente), constituyen medidas adecuadas para la reducción de la brecha retributiva por razón de género puesto que permiten poner de manifiesto la infravaloración de puestos de trabajo por razón de sexo y/o género y, con ello, avanzar en la aplicación efectiva del principio de igualdad retributiva.

3.3. Medidas correctivas o compensatorias de la brecha en prestaciones

Desde el propio sistema de Seguridad Social se han adoptado medidas correctivas de la brecha prestacional por razón de género, incidiendo tanto en el acceso al sistema como en la cuantía de la protección. Lo que supone, sin duda, un avance en el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de género; avance, en gran parte, impulsado por cuantiosos pronunciamientos del TJUE, que ha ido destapando y corrigiendo algunas de las debilidades estructurales del sistema de Seguridad Social al “emerger elementos normativos directa o indirectamente discriminatorios, cuya corrección se hacía necesaria para avanzar hacia una igualdad efectiva entre mujeres y hombres en este campo”²⁶.

Al análisis de algunas de las medidas más importantes y de mayor enjundia jurídica adoptadas al respecto se destina el presente apartado, no sin antes dejar constancia de que existen otras medidas adicionales que igualmente tienen incidencia en la reducción de la brecha prestacional, como son, a modo de ejemplos, las siguientes: una, el mantenimiento de la base de cotización del último ejercicio en actividad en el supuesto en que una persona que desempeñe la función de cuidadora no profesional haya interrumpido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, a fin de dedicarse a la atención de una persona en situación

²⁵ Arenas Viruez, M., “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”, *Temas Laborales*, número 156/2021, p. 15.

²⁶ En estos términos se pronuncia a Bogoni, M., “Jubilación anticipada voluntaria, discriminación indirecta y objetivos de política social: el impacto de la reciente jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 242/2021, versión on-line (BIB 2021/3845), p. 2.

de dependencia, siempre que sea superior al tope mínimo²⁷; dos, la revisión, para compensar las lagunas de cotización, de la regla del período de cómputo para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, ofreciendo una doble alternativa a lo largo de dos décadas; y tres, la aplicación de las reglas de integración de períodos sin obligación de cotizar para el cálculo de las pensiones de jubilación en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5% (disposición transitoria cuadragésima primera de la LGSS)²⁸.

3.3.1. El cómputo ficticio de cotizaciones: las prestaciones familiares contributivas

Una de las medidas compensatorias de la brecha en las prestaciones del sistema de Seguridad Social por razón de género se ha configurado, precisamente, como una propia prestación del mismo. En efecto, como es sabido, entre las prestaciones que conforman la acción protectora del sistema español de Seguridad Social, se encuentran las prestaciones familiares, las cuales presentan dos modalidades, siendo de interés, a los efectos que interesan, la modalidad contributiva, regulada en el Título II de la LGSS.

Se trata de una prestación no económica con la que se protege y garantiza la carrera de seguro de las personas trabajadoras que se sitúan en excedencia o reducen su jornada para cuidar a los hijos menores u otros familiares. Como ya se expuso, estos derechos de conciliación los ejercitan sobre todo las mujeres, incidiendo en sus carreras contributivas; de ahí que se trate de una prestación que atenúa la brecha prestacional por razón de género. Es un mecanismo de protección, en virtud del cual determinados períodos de excedencia o, en su caso, de reducción de la jornada de trabajo se computan de forma ficticia, a efectos de determinadas prestaciones, como tiempo de cotización, pese a que no se han cotizado o, al menos, no de forma plena.

Su finalidad, por tanto, es evitar que el cuidado de hijos u otros familiares repercuta negativamente en la carrera contributiva de la persona beneficiaria de esta prestación. No es una prestación clásica del nivel contributivo de protección, ni en su contenido, puesto que no se trata de una prestación económica sustitutiva de las rentas que el sujeto deja de percibir al actualizarse la contingencia²⁹, ni en los requisitos que se exigen para causar derecho a la misma.

Y es que, para ser beneficiario de esta prestación familiar contributiva, el requisito que ha de cumplirse es que el sujeto ejerza alguno de los derechos que

²⁷ Véanse los detalles de esta medida en el art. 4.2 Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

²⁸ Una recopilación y análisis de algunas de estas medidas para compensar la brecha prestacional por razón de género puede verse en Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, 2020, pp. 53 a 117.

²⁹ Morgado Panadero, P., “Las prestaciones familiares como reflejo del art. 41 de la CE: un sistema multiforme de protección”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 10/2010, parte Estudio, versión digital (BIB/2010/1905), p. 8.

le reconoce la normativa laboral y se encuentre en situación de excedencia, de reducción de jornada o, en su caso, de reducción de jornada seguida de excedencia. Es necesario, pues, que el sujeto beneficiario cumpla los requisitos que la normativa laboral exige en cada caso, básicamente, en cuanto a la carga familiar que hace que se produzcan los supuestos de hecho que permiten el ejercicio de estos derechos laborales. El contenido es el que se detalla a continuación.

- *Período de excedencia por cuidado de hijo o menor y período de excedencia por cuidado de otros familiares.*³⁰- Se considera como período de cotización efectiva, a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, los tres años del período de excedencia por cuidado de hijo o menor y los tres primeros años del período de excedencia por cuidado de otros familiares, incluido el cónyuge o pareja de hecho³¹. No se incluye, pues, la prestación por incapacidad temporal entre las prestaciones a cuyos efectos se considera el tiempo de excedencia como tiempo cotizado; lo que no impide que se haya considerado de aplicación la doctrina del paréntesis, en virtud de la cual se excluye, para la acreditación del cumplimiento de la carencia, el tiempo en que la persona beneficiaria está en situación de excedencia, habiendo acreditado cotizaciones más que suficientes en el período de cinco años anteriores al inicio de dicha situación. Es la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas lo que sirve de justificación para la aplicación de la doctrina del paréntesis, con la que se obtiene una interpretación adecuada y acorde con la dimensión constitucional de este derecho³².

En estos dos supuestos de excedencia, el período que se considera cotizado surte efectos tanto para el cumplimiento del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y, en su caso, el porcentaje aplicable para el cálculo de las cuantías de las mencionadas prestaciones. Para realizar el cómputo de este tiempo en el que no ha habido cotización real, se atiende al promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis meses anteriores al inicio del período de excedencia y, si no tuviera acreditado dicho período,

³⁰ Se trata del período de excedencia para el cuidado del cónyuge o pareja de hecho, o de otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida (art. 46.3 ET). Aunque el art. 237.2 LGSS no menciona al cónyuge o pareja de hecho ni a los familiares de éste último, lo cierto que es, al definirse la situación protegida por lo regulado en el art. 46.3 ET, se entiende que los mismos han de quedar incluidos, tratándose de una falta de actualización de la LGSS.

³¹ Hasta el 17 de marzo de 2023, se consideraba como período de cotización efectiva sólo el primer año del período de excedencia por cuidado de otros familiares, habiéndose ampliado dicho período por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

³² Sobre esta cuestión se pronuncian la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social), de 10 de enero de 2019 (ES:TSJLR:2019:8); y la STSJ de Aragón (Sala de lo Social), de 14 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:1378).

se computa el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia que resulten acreditadas, tal y como se indica en el art. 7 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, que regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social (en adelante, RPF).

- *Período de reducción de jornada por cuidado de menor de doce años, por cuidado de una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, por cuidado del cónyuge o pareja de hecho, por cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo, por cuidado de lactante y por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave.*- El contenido de esta prestación, en los cuatro primeros supuestos, consiste en computar las cotizaciones realizadas (durante los tres primeros años)³³ incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido sin estas reducciones de jornada. Tal incremento ficticio es sólo a los efectos de determinadas prestaciones, cuales son la jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado de menor.

Entre estas prestaciones a las que se les aplica este incremento de cotización, no se ha incluido la prestación por riesgo durante el embarazo, pese que pueda discutirse su conveniencia, así como la falta justificación del tratamiento no homogéneo; lo que, en cualquier caso, no habilita a incluir una prestación que no se encuentra en la lista cerrada que enumera el art. 237 LGSS, en base a una interpretación creadora contraria al tenor literal de la norma³⁴.

Por su parte, en los dos últimos supuestos de reducción de jornada antes referidos se considera como cotizado todo el período de reducción de la jornada, igualmente incrementadas al 100 por cien, y dicho cómputo es a los efectos de las prestaciones antes mencionadas, así como, ahora sí, también a los efectos del riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia y la incapacidad temporal.

- *Período de reducción de jornada y posterior excedencia.*- En los supuestos en los que se ejerzan estos derechos orientados a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, a los efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada, en los supuestos regulados en el art. 37.6 ET, también se computan incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si no hubiera habido reducción.

³³ Desde el 18 de marzo de 2023, en virtud del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, el período de cómputo de las cotizaciones se ha equiparado al alza en estos supuestos, pues con anterioridad se establecía una diferencia, reconociéndose durante los dos primeros años en caso de cuidado de menor de doce años y durante el primer año en el supuesto de cuidado de persona con discapacidad y de un familiar.

³⁴ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de junio de 2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:4937).

- *Parto y cuidado de hijos o menores.* - Estas prestaciones compensan determinadas situaciones mediante el abono de unos días de cotización no reales que se suman a los efectivamente cotizados. De esta forma, a los efectos de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, se computa de forma ficticia a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo (y 14 días más por cada hijo a partir del segundo si el parto fuera múltiple), sin que se reconozca tal beneficio en el supuesto de que la trabajadora hubiera cotizado durante la totalidad del período de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor (art. 235 LGSS).

Asimismo, se computa como período cotizado, aunque no a los efectos del cumplimiento del período mínimo de cotización y con el máximo de 270 días por hijo o menor a cargo, el período de interrupción de la cotización derivado de la extinción de la relación laboral o fin de la percepción de la prestación por desempleo producido en un determinado período (nueve meses antes del nacimiento o, en su caso, tres meses antes de la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior al nacimiento, adopción o acogimiento). Este beneficio sólo se reconoce a uno solo de los progenitores y su aplicación no puede dar lugar a que el período de cuidado por hijo o menor considerado como tiempo cotizado supere cinco años por beneficiario, incluyéndose los tres años de excedencia por cuidado de hijos.

3.3.2. *La contratación a tiempo parcial: cómputo de cotización y reglas cuantificadoras de las prestaciones*

Como se expuso con anterioridad, entre las causas que producen la brecha retributiva por razón de género se encuentra el mayor uso de la modalidad de contratación a tiempo parcial por parte de las mujeres, en comparación con el trabajador de sexo masculino. A pesar de que se parte de la regla en virtud de la cual la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se rige por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo, si bien con especificaciones (art. 245 LGSS), lo cierto es que la contratación a tiempo parcial tiene impacto en la configuración de las prestaciones de Seguridad Social tanto en el acceso a la protección como en la cuantificación de la misma. Con un impacto que se manifiesta de forma directa, a corto o medio plazo, y de forma indirecta.

En efecto, como es razonable, quien trabaja a tiempo parcial y, en consecuencia, menos horas que un tiempo completo, percibe una menor retribución y, por ello, en virtud del principio de contributividad que rige el brazo contributivo del Sistema de Seguridad Social, causa unas prestaciones de inferior cuantía (aquí se halla una causa, aunque justificada, de la brecha prestacional por razón de género).

Pero, además de esta manifestación directa de la repercusión de la menor retribución en la menor cuantía de las prestaciones de Seguridad Social, existen

también manifestaciones indirectas de la incidencia de la contratación a tiempo parcial en tales prestaciones. Estas manifestaciones indirectas, por cuanto no necesariamente derivadas del tipo de contratación, responden a las reglas de acceso y de cálculo de prestaciones que rigen para las personas trabajadoras a tiempo parcial, las cuales igualmente tienen su efecto en la brecha prestacional. Sobre las referidas reglas se ha generado una intensa (y dilatada en el tiempo) conflictividad judicial, que ha obligado al legislador a modificar la normativa de aplicación existente al respecto, lo que ha contribuido a la reducción de la brecha prestacional. De ahí que las reglas de determinación del período de cotización y de las cuantías de las prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial actúen como medidas compensatorias de la brecha de género en dichas prestaciones.

a) Criterios de cómputo de los períodos de cotización

Los criterios de cómputo de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social han sido revisados por el legislador en diversas ocasiones a raíz de pronunciamientos judiciales, sobre todo del TC y del TJUE, con la finalidad de hacer compatible el principio contributivo con los de igualdad de trato y proporcionalidad en el trabajo a tiempo parcial.

Respecto a la prestación por desempleo, la controversia ha girado en torno al art. 3.4 del Real Decreto, 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley de 2 de agosto de 1984 (RPD, en adelante), que fue modificado por Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, para su adaptación al fallo de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:833). Este precepto, en su redacción anterior, se consideró contrario al Derecho de la Unión Europea, puesto que la exclusión de los días no trabajados del cálculo de los días cotizados disminuía el tiempo de pago de la prestación por desempleo cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultaban perjudicadas por tal normativa. Con la redacción actual el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta, con independencia de que haya trabajado todos los días laborables o sólo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada, se configura como la regla de medida para realizar el cálculo del cómputo de cotizaciones que correspondan a trabajos a tiempo parcial a los efectos de causar la prestación por desempleo, así como para calcular la duración de la misma.

Por su parte, en relación con las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, las reglas sobre el cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las mismas han sido declaradas inconstitucionales³⁵. El

³⁵ En este supuesto, la revisión de las reglas se ha llevado a cabo en dos fases, una primera forzada por la STC 253/2004, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TC:2004:253), y otra segunda impulsada por la STC 61/2013, de 14 de marzo (ECLI:ES:TC:2013:61); seguidas y aplicadas,

TC se pronunció sobre los precedentes normativos del art. 247 LGSS³⁶, que computaba exclusivamente las horas trabajadas, en aplicación del criterio de proporcionalidad estricta que conduce, en palabras de la STC 253/2004, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TC:2004:253), “a un resultado claramente desproporcionado, pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia”.

Con posterioridad los criterios de cómputo de tiempo de cotización se revisaron, de manera que, aunque se mantuvo el criterio de proporcionalidad, se atenuó la aplicación de dicho criterio mediante la introducción de dos reglas correctoras: el día teórico de cotización y coeficiente multiplicador de 1,5, facilitándose el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las pensiones de incapacidad permanente y jubilación. Al respecto se pronunció la STC 61/2013, de 14 de marzo (ECLI:ES:TC:2013:61), que señaló que su virtualidad como elemento de corrección es limitada, sin que consiga evitar los efectos desproporcionados en términos de protección social. En esta sentencia el TC hizo mención a la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-385/11), que consideró que las reglas referidas incurrían en una discriminación indirecta por razón de sexo pues perjudicaban a un número mayor de mujeres que de hombres. Y es que se exigía un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a prestaciones con cuantías proporcionalmente reducidas en función de la parcialidad de la jornada.

De esta forma, la sucesiva revisión de los criterios de aplicación ha supuesto un avance en el proceso de reducción de la brecha prestacional por razón de género, que se detecta, en estos casos, en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social. Pero, sin duda, el verdadero avancen en esta línea deriva de la redacción actual del art. 247 LGSS³⁷, que simplifica los criterios de aplicación, eliminando las reglas vigentes hasta el 30 de septiembre de 2023, de manera que, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada

ambas, por otras sentencias del TC. Un análisis detallado de la evolución normativa de la pensión de jubilación en el trabajo a tiempo parcial puede verse en López Anierte, M.C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso...”, op. cit., pp. 138 y ss.

³⁶ El art. 247 LGSS regulaba, en relación con los contratos a tiempo parcial, unas reglas específicas a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de un menor.

³⁷ Dada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

realizada en cada uno de ellos. Se equipara, pues, el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados para el reconocimiento de las referidas prestaciones; eliminándose, así, “el impacto reductor sobre los tiempos de cotización de los viejos coeficientes de parcialidad tal y como estaban regulados en la versión anterior del art. 247 LGSS”³⁸.

b) Cuantificación de las prestaciones

Sobre el cálculo de las cuantías de algunas prestaciones del sistema de Seguridad Social, en especial, las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, también han surgido controversias jurídicas de interés en relación con la materia objeto de estudio. Los pronunciamientos judiciales recaídos al respecto igualmente han modificado las pautas de aplicación y configurado el régimen jurídico de estas prestaciones, teniendo incidencia, en algunos supuestos, en la reducción de la brecha prestacional por razón de género.

En relación con la incidencia de la contratación a tiempo parcial en la determinación de las cuantías de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, se han de distinguir, por un lado, las reglas que determinan la base reguladora y, por el otro, las normas aplicables para fijar el porcentaje a aplicar a la base reguladora de la pensión de jubilación y de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

De esta forma, en cuanto a las pautas que determinan la base reguladora se destaca (aunque no por ser una medida de reducción de la brecha prestacional por razón de género sino por ser una de las causas, aunque justificada, de la misma) cómo el TC ha manifestado de forma reiterada que no vulnera el art. 14 CE la norma legal que, en virtud del principio de proporcionalidad, articula el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social y, en consecuencia, la fijación de su cuantía, en función de lo cotizado. Por lo que a los trabajadores que realizan jornadas a tiempo parcial les corresponde una prestación de cuantía inferior (es una causa razonable y justificada de la brecha prestacional por razón de género que deriva del uso mayoritario de la contratación a tiempo parcial por parte de las mujeres trabajadoras). De manera que, debido al menor esfuerzo contributivo en el caso de contratación a tiempo parcial, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras determinen unas prestaciones más reducidas, en comparación con la contratación a tiempo completo [STC 253/2004, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TC:2004:253) y STC 110/2015, de 28 de mayo (ECLI:ES:TC:2015:110)].

Asimismo, sobre la determinación de la base reguladora el TC y el TJUE se han pronunciado sobre el mecanismo de integración de los períodos sin obligación de cotizar, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación y de incapacidad

³⁸ González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., “El Real Decreto-ley 2/2023: las reformas en materia de ámbito subjetivo, prestaciones...”, op. cit., p., 22, versión on-line.

permanente de los trabajadores a tiempo parcial³⁹. Según el TC, la integración de lagunas, que se lleva a cabo “atendiendo la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término” (art. 248.2 LGSS, en su redacción anterior, si bien aún resulta de aplicación), se hace aplicando el mismo mecanismo para los trabajadores a tiempo completo y para los trabajadores a tiempo parcial, por lo que descarta la lesión del art. 14 CE, aunque el resultado tenga un efecto diferente en función de que el período previo de cotización lo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial.

De manera que, a los efectos de proceder a la integración de lagunas de estas dos pensiones, no se aplica un porcentaje de parcialidad, sino que se atiende a las horas contratadas en el último término. Por ello, esta regla no actúa como medida de reducción de la brecha en pensiones por razón de género, si bien es cierto que, según las circunstancias de cada caso, dependiendo de cuándo se desarrolle el trabajo a tiempo parcial y de su combinación, si así fuera, con el contrato a tiempo completo, la parcialidad podrá tener mayor o menor incidencia en el cálculo de las cuantías de estas dos pensiones.

En cualquier caso, pese a descartarse la lesión del art. 14 CE, se ha dado una nueva redacción al apartado 2 del art. 248 LGSS⁴⁰, sobre la integración de períodos sin obligación de cotizar, si bien con efectos de 1 de enero de 2026. Con la redacción actual, que supone aplicar las normas generales⁴¹, para esas dos pensiones se elimina la previsión de que la base de cotización a tener en cuenta para cubrir dichos períodos deba ser, de entre las aplicables en cada momento, la correspondiente al número de horas contratadas en último término, lo que supone un incremento de la base reguladora.

Por otro lado, sobre las pautas que determinaban el porcentaje aplicable a la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en los términos que se contemplaban en el apartado 3

³⁹ Pueden verse la STC 156/2014, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TC:2014:156) y la STC 110/2015, de 28 de mayo (ECLI:ES:TC:2015:110), así como la STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13 (ECLI:EU:C:2015:215). Asimismo, puede verse a Casas Baamonde, M.E., “Integración de lagunas de cotización y trabajo a tiempo parcial ocasional. Constitución y ley: trabajo a tiempo parcial accidental y minoración de las pensiones contributivas de incapacidad permanente y jubilación. ATS 5280/2012. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Auto de 26 de abril de 2012. Ponente: Aurelio Desdentado Bonete”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, Selección de sentencias*, número extraordinario, 2021.

⁴⁰ Dada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

⁴¹ Normas previstas en los arts. 197.4 (para la incapacidad permanente) y 209.1 LGSS (para la pensión de jubilación).

(actualmente derogado⁴²) del art. 248 LGSS, también han tenido ocasión de pronunciarse el TC y el TJUE⁴³. La conclusión a la que se llega es que el cálculo del período de cotización que es tenido en cuenta para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora sufría una reducción en virtud de la aplicación del coeficiente de parcialidad, por el que se asignaba un porcentaje a cada período de trabajo a tiempo parcial respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, si bien es cierto que con el incremento que derivaba de la aplicación de un coeficiente del 1,5.

Esta fórmula, según concluyen estos Tribunales, no se adecua al principio de igualdad ante la ley entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, puesto que, a la reducción razonable de la base reguladora del trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, se añadía una reducción adicional respecto del período de cotización para fijar la cuantía de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente, cuando ésta deriva de enfermedad común. Pero, además, esta fórmula también constituye una discriminación indirecta por razón de sexo. Por ello, el TC declaró la inconstitucionalidad de la regla en virtud de la cual se aplicaba el llamado coeficiente de parcialidad en la determinación de la cuantía de las referidas pensiones causadas por trabajadores a tiempo parcial; de manera que el cálculo de dichas pensiones ha de hacerse sin aplicar dicho coeficiente de parcialidad.

Lo que supone, a los efectos que interesan, una contribución a la reducción de la brecha prestacional por razón de género, pues la no aplicación del coeficiente de parcialidad acarrea la determinación de un más elevado porcentaje a la base reguladora y, en consecuencia, una mayor cuantía de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

3.3.3. El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género

Son dos los complementos de pensiones contributivas que existen en el sistema de Seguridad Social en la actualidad: uno, el complemento por maternidad de las pensiones contributivas; y dos, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, que vino a sustituir, aunque no de forma plena, en los términos que se exponen más adelante, al primero de ellos. Es, por ello, por lo que en este apartado se analiza el denominado complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, si bien su análisis requiere conocer la conexión existente entre los dos, lo que se hace a modo de referencia

⁴² Por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

⁴³ Véanse, sobre la pensión de jubilación, la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18 (ECLI:EU:C:2019:382) y la STC 91/2019, de 3 de julio (ECLI:ES:TC:2019:91); y sobre la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la STC 155/2021, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2021:155).

a los antecedentes del referido complemento de pensiones para la reducción de la recha de género. A partir de ahí, se aborda el estudio de dicho complemento, sus objetivos y justificación, los sujetos beneficiarios y causantes del mismo, así como su cuantía y dinámica⁴⁴. Lo que se hace en términos comparativos con el complemento de maternidad puesto que éste aún sigue vigente, si bien en los términos que serán objeto de análisis.

c) Los antecedentes del complemento para la reducción de la brecha de género: la necesaria redefinición del complemento por maternidad y sus consecuencias

Como es sabido, el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras medidas en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, dio una nueva redacción al art. 60 LGSS, regulando el denominado complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género⁴⁵. Como se ha dicho, éste viene a sustituir, aunque no en su integridad, al complemento por maternidad en las pensiones contributivas, que fue considerado discriminatorio por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (ECLI:EU:C:2019:1075), puesto que reconocía un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), mientras que los hombres que se encontraban en una situación idéntica no tenían derecho a tal complemento⁴⁶.

En efecto, partiendo de su reiterada jurisprudencia, en cuanto a que “la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes”⁴⁷, el TJUE procede a comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres establecida por el precepto que regulaba el complemento por maternidad se refiere a categorías de personas que se encuentran “en situaciones comparables”; sin que sea necesario que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas.

⁴⁴ Una obra de referencia en esta materia es el trabajo de investigación realizado por Vivero Serrano, J.B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Editorial Comares, 2021.

⁴⁵ Asimismo, el art. 2 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, da una nueva redacción a la disposición adicional decimoctava del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, a los efectos de regular, en términos idénticos, el complemento para la reducción de la brecha de género del Régimen de Clases Pasivas. Sobre el paso o tránsito del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género en el Régimen de Clases Pasivas puede verse la STS (Contencioso-Administrativo), de 25 de noviembre de 2021 (ES:TS:2021:4406).

⁴⁶ Un interesante análisis de esta sentencia del TJUE puede verse en Martínez Barroso, M.R., “Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm.6/2020, versión digital (BIB 2020/12152).

⁴⁷ Sentencias de 13 de febrero de 1996, asunto C-342/93 y de 8 de mayo de 2019, asunto C-486/18 (ECLI:EU:C:2019:379).

En este sentido, en atención al objeto perseguido por el complemento de maternidad, cual es, como señalaba de forma expresa el art. 60 LGSS, compensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, entiende el TJUE que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, sin que tal aportación pueda, por tanto, justificar por sí sola que los hombres y mujeres no se encuentren en una situación comparable respecto del reconocimiento del complemento por maternidad. Es cierto que el TJUE entiende que tal complemento, en parte, tiene por objeto proteger a las mujeres en su condición de progenitor; pero se trata de una cualidad que se predica tanto de los hombres como de las mujeres, hallándose, se insiste, en situaciones comparables en cuanto al cuidado de los hijos, a pesar de que las mujeres sufran más desventajas profesionales por asumir tal cuidado.

En su argumentación, el TJUE analiza que la excepción a la prohibición de discriminación directa por razón de sexo sólo es posible en los casos enumerados de forma exhaustiva en el art. 4 Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Estos casos son: la protección de la mujer por motivos de maternidad; las ventajas en materia de seguro de vejez a personas que han educado a sus hijos y la adquisición del derecho a prestaciones tras interrupciones en el empleo debido a la educación de los hijos; y las medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Sin que, tal y como argumenta el TJUE, el complemento por maternidad encaje en ninguno de estos supuestos. Ni siquiera se salvaguardó la vertiente de acción positiva que iba implícita en el complemento por maternidad⁴⁸.

Por lo expuesto, la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (ECLI:EU:C:2019:1075) consideró que el complemento por maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Lo que ha acarreado dos controversias jurídicas de relevancia.

Por un lado, este pronunciamiento judicial animó a la solicitud del complemento por maternidad por parte de los hombres, habiendo surgido problemas en relación con la fecha de efectos económicos del reconocimiento del mismo. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TS⁴⁹, estando el debate centrado en tres posibles

⁴⁸ Al respecto, puede verse a Cruz Villalón, J., “El complemento para la reducción de la brecha de género...”, op. cit., p. 41.

⁴⁹ Entre otras, la STS (Sala de lo Social), de 17 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:622) y la STS de 30 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1995). Sin duda, el origen de este problema se encuentra en determinar el alcance de una norma que reconoce el complemento por maternidad, vigente a partir de enero de 2016, pero afectada por la referida STJUE. Sobre los efectos temporales

opciones: a) aplicación del artículo 53.1 LGSS, que establece una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud; b) fecha de publicación de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, que se publicó el 17 de febrero de 2020; y c) desde la fecha del hecho causante de la prestación a la que acompaña el complemento. En base al carácter interpretativo de las sentencias del TJUE y teniendo en cuenta que la referida STJUE de 12 de diciembre de 2019 no había establecido ninguna limitación temporal, la doctrina que sostiene el TS es que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica produce efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de que se trate siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 LGSS.

Por el otro, otra cuestión controvertida, igualmente derivada de la referida sentencia del TJUE, ha sido determinar si el litigante (varón) tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios causados por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo al denegarse, por el INSS, el complemento de maternidad una vez que el TJUE ya había establecido que la denegación del complemento al varón suponía una discriminación por razón de sexo y que la normativa era contraria al derecho de la UE. Al respecto, tanto el TJUE como el TS han resuelto que la medida consistente en reconocer los efectos retroactivos del complemento permite restablecer la igualdad de trato en relación con los requisitos materiales de su concesión (reparación pecuniaria que compensa por los perjuicios sufridos), pero no permite subsanar los perjuicios derivados del carácter discriminatorio de los requisitos procedimentales. Por ello, el órgano judicial ha de reconocer también una indemnización que permita compensar de forma íntegra los perjuicios sufridos como consecuencia de la discriminación, incluidas las costas y honorarios de abogado que ha supuesto el procedimiento judicial⁵⁰, habiéndose pronunciado también el TS sobre la cuantificación de esta indemnización⁵¹.

Al margen de esta dos cuestiones controvertidas, el resultado de su diseño legal, pese a la buena intención del legislador, es que quedó “desactivado el efecto perseguido de reducir la brecha entre hombres y mujeres en la cuantía de las pensiones”⁵². Si bien, en nuestra opinión, al ser las mujeres, de forma exclusiva,

del complemento por maternidad solicitado por un varón, puede verse también la STS (Sala de lo Social), de 26 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3195).

⁵⁰ Sobre esta cuestión, puede verse la STJUE, de 14 de septiembre de 2023 (C-113/22), la STS de 17 de mayo de 2023 (Rcud. 2222/2022) y la STS (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4698).

⁵¹ STS (Sala de lo Social), de 15 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4698), que considera que la cantidad adecuada para compensar los daños es de 1.800 euros.

⁵² López Aniorte, M.C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso...”, op. cit., p. 147. Una completa relación de “errores de concepción y de diseño” del complemento por maternidad puede verse en Gómez, C., “El complemento de pensiones para reducir la brecha de género”, op. cit., pp. 26.

las beneficiarias del complemento por maternidad, y a tenor de la cuantificación de la brecha de género en pensiones, lo cierto es que en la práctica puede producir una reducción de la misma, aunque no en todo caso, y a pesar de que tal reducción no fue la justificación dada por el legislador para su creación⁵³.

Como se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, se puso de manifiesto la defectuosa configuración legal del complemento por maternidad en tanto compensación por aportación demográfica, lo que obligó al legislador español, como en otras tantas ocasiones, a proceder a la redefinición de dicho complemento (si bien manteniendo su percepción por parte de quienes eran beneficiarias del mismo cuando entró en vigor el complemento para la reducción de la brecha de género⁵⁴). El resultado de dicha redefinición es el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, cuyo régimen jurídico se expone a continuación.

d) Justificación y objetivo del complemento para la reducción de la brecha de género

Como ya se ha dicho, la maternidad es una de las causas más importantes de la brecha de género por la repercusión que tiene en la trayectoria laboral de la mujer trabajadora. Por ello, el TC ha reconocido la legitimidad de un objetivo que pase por compensar a las madres que, debido a su dedicación al cuidado de los hijos y a pesar de su intención de tener una carrera larga de seguro, no han podido contribuir al sistema de Seguridad Social tantos años como otros trabajadores (ATC 114/2018, 15 de octubre, ECLI:ES:TC:2018:114A)⁵⁵. De ahí

⁵³ En esta posición se encuentra Cruz Villalón, J., “El complemento para la reducción de la brecha de género...”, op. cit. p. 39.

⁵⁴ El Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, entró en vigor el 4 de febrero de 2021. En relación con el complemento por maternidad y como consecuencia de la exclusión del mismo de mujeres pensionistas antes de 1 de enero de 2016, ha surgido la controversia en relación con la pensión de incapacidad permanente y, en concreto, sobre cómo podría afectar la revisión del grado de dicha pensión a los efectos de causar derecho al complemento por maternidad tras el reconocimiento de un nuevo grado cuando el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente se produjo antes de la entrada en vigor del referido complemento. Sobre esta cuestión puede verse la STS (Sala de lo Social), de 4 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3538), según la cual “si a la actora se le reconoció una revisión por agravación del grado de incapacidad permanente total derivado de enfermedad común que se le había reconocido en fecha 16 de marzo de 2015, debemos concluir que el hecho causante es anterior al 1 de enero de 2016, por lo que no cabe acceder al reconocimiento del complemento por maternidad propugnado”.

⁵⁵ Este es el objetivo del complemento de maternidad, de ahí que, como se señala en dicho auto del TC, “parece razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria del art. 208 LGSS. Así pues, desde la óptica de la finalidad de la norma enjuiciada, la diferencia introducida entre quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria y quien intenta agotar su período de cotización obedece a un criterio objetivo y razonable”. Por ello, se inadmite la cuestión planteada por un órgano judicial cuya duda se refiere a si es compatible con el principio de igualdad que se excluya del complemento de maternidad a las madres que se hayan jubilado anticipadamente por voluntad propia, conforme al régimen del

que el TC haya avalado las medidas de acción positiva en favor de las mujeres, siendo necesario que concurren varios requisitos, los cuales son: que exista una concreción normativa previa, que la medida sea proporcionada y que su eficacia sea temporal, hasta que finalice la situación de desigualdad (ATC 119/2018, de 13 de noviembre, ECLI:ES:TC:2018:119A).

En este marco jurídico se encuadra, como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, la regulación del complemento para la reducción de la brecha de género, que se conecta de forma evidente con el mandato de consecución de la igualdad efectiva de los arts. 9.2 CE y 11 LOI, y con la doctrina de acción positiva, además de enlazar con las recomendaciones del Pacto de Toledo. De manera que el objetivo y, al mismo tiempo, la justificación de la existencia de este complemento sea la reducción de la brecha de género; por lo que el número de hijos es el criterio objetivo que se utiliza para articular la medida por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de tal brecha. De ahí que se haya configurado con un alcance temporal, en el sentido de que el derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento (disposición adicional trigésima sexta de la LGSS).

En este sentido, el complemento objeto de análisis se configura como una medida para la reducción de la brecha de género, tal y como de forma expresa indica el art. 60.1 LGSS; si bien, a diferencia del complemento por maternidad, se hace permitiendo que los padres, si cumplen determinados requisitos, básicamente que acrediten un perjuicio en su carrera de cotización derivado del nacimiento o adopción de un hijo por la asunción de las tareas de cuidado, causen derecho al complemento, desapareciendo en tales casos la finalidad reductora de la brecha de género. El resultado es, como igualmente se señala en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, la combinación de “una acción positiva en favor de las mujeres (si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el «complemento» lo percibe la mujer) con la previsión de una «puerta abierta» para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación comparable”.

Se supera, así, aunque con ciertas dudas que han dado lugar al planteamiento de una nueva cuestión prejudicial pendiente de resolución⁵⁶, el carácter discriminatorio por razón sexo que estimó el TJUE respecto del complemento

art. 208 LGSS. Sin embargo, en la actualidad, se puede causar derecho al complemento para la reducción de la brecha de género cuando se accede a la jubilación anticipada voluntaria.

⁵⁶ Véase el Auto del TS (Sala de Social), de 4 de abril de 2024 (ECLI:ECLI:ES:TS:2024:4364A), que presenta varias cuestiones prejudiciales. En concreto, se cuestiona si la exigencia, a los efectos de causar derecho al complemento para la reducción de la brecha de género, de requisitos adicionales a los varones y no a las mujeres es contrario o no al Derecho de la UE.

por maternidad. El objetivo, en ambos complementos, puede ser, parcialmente, el mismo; pero la delimitación de la situación protegida y la determinación de los sujetos beneficiarios del complemento para la reducción de la brecha de género, con la inclusión también de los padres, corrige (se insiste, aunque con dudas y, por ello, a la espera de un nuevo pronunciamiento del TJUE) el declarado carácter discriminatorio del complemento por maternidad.

e) Beneficiarios y sujetos causantes del complemento para la reducción de la brecha de género

Tanto las mujeres como los hombres pueden ser personas beneficiarias del complemento para la reducción de la brecha de género, si bien los requisitos exigidos a unas y a otros son diferentes.

Así, las mujeres han de cumplir dos requisitos: por un lado, tener uno (basta, pues, con un solo hijo, a diferencia de lo que sucedía con el complemento por maternidad que, como mínimo, exigía dos hijos⁵⁷) o más hijos o hijas; y por el otro, ser beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación (sin que se cause derecho a este complemento en caso de jubilación parcial)⁵⁸, incapacidad permanente o viudedad. Ningún requisito adicional es requerido a las mujeres, puesto que el legislador presume la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres⁵⁹.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con los hombres (lo que, como se ha dicho, ha vuelto a generar dudas acerca de la existencia de una posible discriminación

⁵⁷ Sobre la conveniencia de que el complemento por maternidad se hubiese reconocido con un solo hijo, sobre todo en un contexto de baja natalidad, puede verse a Blázquez Agudo, E.M., “La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad...”, op. cit. pp. 167. Asimismo, un análisis de las personas excluidas del complemento por maternidad como, por ejemplo, mujeres pensionistas antes de 1 de enero de 2016, madres de un solo hijo, mujeres en familias monoparentales (la mayoría de un solo hijo), mujeres sin derecho a pensión de jubilación o mujeres que acceden a pensiones no contributivas puede verse en Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad...”, op. cit. pp. 300 a 304; en Grau Pineda, C., La brecha de las pensiones en España, op. cit., p. 62; y en Gala Durán, C., “Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Pensiones. Complemento”, *La Administración Práctica*, núm. 5/2021, versión on-line (BIB 2021/2786), p. 4.

⁵⁸ La exclusión sólo de la jubilación parcial, tal y como dispone el art. 60.4 de la LGSS, permite entender que sí se puede causar derecho al complemento para la reducción de la brecha de género en el supuesto de jubilación anticipada por voluntad de la interesada, a diferencia de lo que ocurría con el complemento por maternidad. Ahora bien, como ha aclarado el TS, no cabe la aplicación retroactiva a una pensión de jubilación anticipada voluntaria causada bajo la vigencia del art. 60 LGSS, en su redacción anterior al RDL 3/2021, de 2 de febrero (STS de 31 de mayo de 2023 (ECLI:ECLI:ES:TS:2023:2617) y STS de 12 de diciembre de 2023 (ECLI:ECLI:ES:TS:2023:5643).

⁵⁹ La incidencia en la brecha de género “se presume iuris et de iure (es decir, no requiere prueba ni admite prueba en contrario), y el derecho al complemento se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor. Se presume siempre, pues, que el cuidado de ese hijo o hijos ha influido en el importe

por razón de sexo), a quienes se les exige el cumplimiento de unos requisitos adicionales, tanto en relación con las pensiones que han de causar como sobre la efectiva y demostrada incidencia en su carrera profesional a causa del nacimiento y adopción de hijos o hijas. Así, según dispone el art. 60.1 LGSS, para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos: a) tener reconocida una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor de los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad⁶⁰; y b) causar una pensión contributiva de jubilación (sin que sea posible causar derecho a este complemento en caso de jubilación parcial) o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las condiciones que se especifican en dicho precepto (que varían, según fecha de nacimiento y/o adopción, pues se exige bien tiempo sin cotización en un concreto período, bien reducción de determinadas bases de cotización; con la exclusión de ciertos beneficios en la cotización, lo que será favorable para el hombre, en el sentido de que la no aplicación de dichos beneficios hará que se noten los tiempos de no actividad por cuidado de hijos)⁶¹.

Además, en todo caso, se exige que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas a los hombres sea inferior a las pensiones que correspondan a las mujeres, dándose, pues, preferencia al progenitor que tenga recursos más bajos y justificándose, en consecuencia, su asignación por criterios de asistencialidad

a percibir en concepto de pensión, sin necesidad de prueba o requisito alguno”. Con estas palabras se pronuncia Gala Durán, C., “Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género...”, op. cit., p. 3.

⁶⁰ La exigencia del requisito de que alguno de los hijos tenga derecho a la pensión de orfandad puede plantear situaciones incongruentes, en el sentido de que el hecho de que el padre cuidara o no de los hijos puede resultar irrelevante, puesto que su finalidad parece ser “compensar los mayores costes que puede suponer tener a cargo a hijos que, por su edad o su situación de incapacidad permanente, pueden acceder a la pensión de orfandad cuando fallece su madre (costes económicos, de cuidado...), pero es una labor de cuidado “pro futuro”, no de pasado (que es lo que precisamente pretende compensar el complemento)”. Gala Durán, C., “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género...”, op. cit., p. 133. Igualmente, se considera que no resulta muy razonable establecer una diferencia de trato con respecto a los padres que quedan viudos con hijos mayores si pueden demostrar que su carrera de cotización se ha visto mermada. En estos términos, se pronuncia Cruz Villalón, J., “El complemento para la reducción de la brecha de género...”, op. cit. p. 43.

⁶¹ La regla de la exclusión de los beneficios en la cotización establecidos en el art. 237 LGSS, que fueron analizados en el apartado correspondiente, ha sido incorporada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo. Asimismo, esta disposición normativa ha añadido la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS, que dispone que esta regla de exclusión de los beneficios de cotización a los efectos de calcular los periodos cotizados y las bases de cotización será de aplicación para el reconocimiento del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género causadas desde el 4 de febrero de 2021. Se beneficia, pues, a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

y no tanto de contribuir a reducir la brecha de género⁶². En el caso de que los dos progenitores fueran hombres y ambos cumplan las condiciones para causar derecho al complemento para la reducción de la brecha de género, se reconoce a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía (art. 60.1b) 4ª LGSS). Habiéndose precisado cómo deben calcularse las pensiones de los respectivos progenitores para determinar cuál de ellas es más alta, a los efectos de acreditar los requisitos para obtener el complemento, en el apartado 7 del art. 60 LGSS⁶³.

A modo, bien de requisito, bien de condición para causar derecho al complemento para la reducción de la brecha de género, el art. 60.3 LGSS dispone que no se reconocerá el mismo “al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”. De la misma forma que “tampoco se reconocerá al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas”. Para conocer el alcance de esta regla, ésta ha de conectarse con las pautas que rigen la dinámica del complemento para la reducción de la brecha de género, en concreto, en relación con lo que sucede cuando se solicita por un segundo progenitor, en los términos que se exponen más adelante.

Por su parte, el sujeto causante del complemento para la reducción de la brecha de género, tal y como se conoce atendiendo a los requisitos exigidos a las mujeres y a los hombres, es el hijo o hija. De manera que cada hijo o hija da derecho únicamente al reconocimiento de un complemento, computándose, a los efectos de determinar el derecho al mismo, los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados (art. 60.3 a) LGSS)⁶⁴.

⁶² González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., “El Real Decreto-ley 2/2023: las reformas en materia de ámbito subjetivo, prestaciones...”, op. cit., p., 25, versión on-line.

⁶³ Este apartado 7 del art. 60 de la LGSS, que ha sido incorporado por el Real Decreto-ley 20/2023, de 16 de marzo, dispone que, para determinar qué pensiones o suma de pensiones tiene menor cuantía, se computan dichas pensiones teniendo en cuenta su importe inicial, una vez revalorizadas, sin computar los complementos que pudieran corresponder. Si ambos progenitores son del mismo sexo y coincide el importe de las pensiones computables de cada uno de ellos, el complemento se reconoce a aquél que haya solicitado en primer lugar la pensión con derecho a complemento.

⁶⁴ Se excluyen, al igual que ocurría con el complemento por maternidad, los supuestos de guarda con fines de adopción y el acogimiento de menores. Al respecto pueden verse a López Anierte, M.C., “Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso...”, op. cit., p. 142; y 5 Gala Durán, C., “Igualdad de género. El nuevo complemento para la reducción de la brecha de género...”, op. cit., p. 3. Asimismo, se aclara que los hijos han de nacer con vida, tal y como ya había manifestado la STS (Sala de lo Social), de 27 de febrero de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:748), superándose las dudas que surgieron en relación con el complemento

f) Cuantía, naturaleza y cómputo del complemento para la reducción de la brecha de género

Según especifica el apartado 3 del art. 60 LGSS, el importe del complemento por hijo o hija se fija en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siendo la cuantía incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje que dicha ley prevea para las pensiones contributivas. Se trata de una cuantía fija por cada hijo o hija⁶⁵ y no, como sucedía con el complemento por maternidad, de un porcentaje (de un 5% a un 15%, según el número de hijos o hijas) de la pensión a la que complementa⁶⁶. Al igual que sucede a los efectos de determinar el derecho al complemento, para fijar la cuantía igualmente se computan los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados (art. 60.3 a) LGSS). Asimismo, se fija una cuantía máxima, quedando limitado el importe a percibir a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija. Y también se establece una regla específica para cuando la pensión contributiva que determina el complemento se cause por totalización de períodos de seguro a *prorrata temporis* en aplicación de la normativa internacional (art. 60.3 f) LGSS)⁶⁷.

por maternidad. Así, reconociéndose un incremento de la cuantía del complemento por maternidad por hijo muerto, puede verse la STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 3 de diciembre de 2021 (ES:TSJCANT:2021:908), que cita otras tantas, como, por ejemplo, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 24 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:11448) y STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 15 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:4886).

⁶⁵ Con efectos del 1 de enero del año 2024, la cuantía del complemento para la reducción de la brecha de género asciende a 33,20 euros mensuales. El art. 58.2 de la LGSS, tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, garantiza de forma expresa que el complemento para la reducción de la brecha de género se revalorice al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior. La disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, determina que el importe del complemento de brecha de género tendrá un incremento, adicional a la revalorización anual, del 10 por ciento en el bienio 2024/2025, que se distribuirá entre ambos ejercicios según determinen las respectivas leyes de presupuestos generales del Estado. La financiación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social (disposición adicional trigésima sexta de la LGSS).

⁶⁶ Las reglas de cálculo del complemento por maternidad acarreaban que la cuantía del mismo fuese mayor, no sólo cuanto mayor era el número de hijos que tuviese la mujer, sino también a mayor cuantía de la pensión a la que complementaba. Lo que fue objeto de críticas por parte de la doctrina. Al respecto, puede verse, entre otros, a Blasco Jover, C., “Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestaciones y...”, op. cit., p. 209; y a Granell Pérez, R. y Salvador Cifre, C., “Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad...”, op. cit., p. 311.

⁶⁷ En tal caso, según dispone dicho precepto, “el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña”.

El importe del complemento para la reducción de la brecha de género, el cual tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, no se tiene en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones, lo que podría tener sentido si el objetivo fuera incrementar la pensión por la tenencia de hijos⁶⁸, pero no si la finalidad es la reducción de la brecha de género⁶⁹. Asimismo, no tiene la consideración de ingreso o rendimiento del trabajo a los efectos de determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos. De ahí que, si concurren tales requisitos, se reconoce la cuantía mínima de la pensión de que se trate, a la que se le añade el complemento para la reducción de la brecha de género.

g) Dinámica del complemento para la reducción de la brecha de género

El complemento para la reducción de la brecha de género se vincula de forma estrecha a la pensión contributiva a la que complementa; de ahí que se abone en catorce pagas, junto con la pensión que determina el derecho al mismo, y en tanto la persona beneficiaria perciba tal pensión contributiva. Y de ahí también que, según señala el art. 60.5 LGSS, el nacimiento, suspensión y extinción del complemento para la reducción de la brecha de género coincida con el de la pensión que determina su reconocimiento. Ahora bien, en el caso de que en el momento de la suspensión o extinción de la pensión de que se trate la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, que igualmente diera derecho al complemento, el abono del mismo se mantendrá, quedando vinculado a esta última.

Pero, además de las vicisitudes del complemento derivadas del nacimiento, suspensión y extinción de la prestación a la que acompaña, el complemento se mantiene o, en su caso, se extingue en el caso de que se reconozca a otro progenitor. En efecto, como ya se ha dicho, a diferencia del complemento por maternidad, el complemento para la reducción de la brecha de género se reconoce a las mujeres y a los hombres, de ahí que, tras el reconocimiento del mismo a uno de los progenitores, puede que el otro progenitor también lo solicite y se le reconozca.

En este sentido, el derecho al complemento por cada hijo o hija se reconoce o mantiene a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor. Si bien es posible que este otro progenitor también sea mujer (al igual que podía suceder con el complemento

⁶⁸ En el complemento por maternidad, en el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente superase el límite máximo sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podía superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanzaba el límite máximo aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tenía derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que excedía del límite máximo vigente en cada momento.

⁶⁹ Una crítica contundente, considerando que esta regla carece de toda justificación objetiva o razonable y constituyendo un tratamiento discriminatorio, puede verse en Cruz Villalón, J., “El complemento para la reducción de la brecha de género...”, op. cit. p. 45.

por maternidad), en cuyo caso se reconoce el complemento para la reducción de la brecha de género a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía (art. 60.1 LGSS)⁷⁰. De la misma forma que, con carácter general, el reconocimiento del complemento al segundo progenitor supone la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor⁷¹.

Sin embargo, tras el reconocimiento con carácter retroactivo del complemento por maternidad también a los hombres, el TS se ha mostrado a favor de su reconocimiento a los dos progenitores, con el argumento de que la redacción anterior del art. 60 LGSS no regulaba, a diferencia de la regulación actual, qué sucedía cuando lo solicitaba un segundo progenitor. En base a una interpretación lógica, teleológica y sistemática, el TS establece la doctrina siguiente: “el complemento de maternidad por aportación demográfica puede ser obtenido por mujeres u hombres que cumplan los requisitos en él previstos, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada) también tenga o pueda tener derecho a su percepción”⁷².

Además, en el marco del mantenimiento transitorio del complemento por maternidad, resulta de aplicación una regla particular para cuando el otro progenitor, de alguno de los hijos o hijas que dio derecho a dicho complemento, solicite y cause derecho al complemento para la reducción de la brecha de género, en cuyo caso la cuantía mensual que le sea reconocida se deducirá del complemento por maternidad que se viniera percibiendo (disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS)⁷³. Por lo tanto, aunque se permite el mantenimiento del complemento por maternidad, el mismo puede verse afectado en su cuantía (e

⁷⁰ Para determinar qué pensiones o suma de pensiones tiene menor cuantía se aplica lo dispuesto en el art. 60.7 LGSS, al que ya se ha hecho referencia en la nota a pie de página número 79.

⁷¹ En tal caso, el nuevo reconocimiento “producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes. Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento” (art. 60.2 LGSS).

⁷² Al respecto, puede verse la STS de 17 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2132). En esta línea, reconociendo el complemento por maternidad a los dos progenitores (primero a la mujer y posteriormente al varón) con el argumento de que negarle el complemento a la mujer para concedérselo al hombre frustraría la finalidad de la norma de salvar la discriminación por razón de sexo, puede verse la STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 3 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCANT:2021:908).

⁷³ Sobre la reducción del complemento por maternidad (causado, en primer lugar, por el progenitor varón) en la cuantía del complemento para reducción de la brecha de género (causado, en segundo lugar, por la progenitora mujer) puede verse, entre otras muchas recientes, la STS (Sala de lo Social), de 4 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3268). Todas ellas aplican la doctrina de la STS (Sala de lo Social), de 6 de junio de 2023 (rcud 2808/2022). En palabras del TS, “... la previsión es que el nuevo complemento se alimente en su cuantía del que venía percibiendo el otro

incluso puede desaparecer, dependiendo de las cuantías de cada complemento) si el otro progenitor tiene derecho al complemento para la reducción de la brecha de género⁷⁴.

Finalmente, existen dos reglas más de incompatibilidad: por un lado, tal y como precisa el último apartado del art. 60 LGSS, existe incompatibilidad entre los complementos que se pudieran reconocer en distintos regímenes de Seguridad Social, en cuyo caso se abona en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta; y, por el otro, la percepción del complemento de maternidad es incompatible con el complemento para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, en cuyo caso, se puede optar entre uno u otro (disposición transitoria trigésima tercera de la LGSS). En este caso, se trata de un mismo beneficiario, a diferencia del supuesto antes mencionado en el que existen dos progenitores.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se concluye este trabajo confirmando la afirmación de partida: la brecha retributiva por razón de género se refleja en la brecha en las prestaciones de Seguridad Social, siendo un asunto de enorme complejidad en su tratamiento, análisis y propuestas de superación. Y es que, como se ha expuesto, son muchas y diversas las causas o factores que hacen que las mujeres y los hombres tengan una posición diferente en el mercado de trabajo, hallándose la raíz de ello en la maternidad y en las necesidades de atención y cuidado de otros familiares. Lo que hace que, debido a razones de diversa índole (social, cultural, educacional, económica, etc.), sea la mujer quien, en mayor medida, asuma el rol de cuidadora, compaginando sus responsabilidades laborales o profesionales con las labores de cuidado. Tal posición hace que, pese a la existencia de medidas neutras en cuanto al género, de distinto tipo y configuración, que, desde el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pretenden facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, las mujeres trabajadoras perciban una retribución menor que los hombres, lo que, se insiste, no es sino resultado de un diferente modo y tiempo de trabajo; sin perjuicio de la incidencia de otros factores que igualmente contribuyen a la existencia de la brecha retributiva por razón de género.

progenitor o persona asimilada, de forma que éste se ve minorado en su cuantía a partir de que surge un nuevo beneficiario”.

⁷⁴ Se trata de un supuesto de incompatibilidad por conjunta consideración de los progenitores, en el sentido de que “se toma en cuenta la situación de dos personas distintas: el progenitor que percibe un complemento de maternidad por aportación demográfica y el otro progenitor que posteriormente devenga ese complemento por reducción de brecha de género”. Con estas palabras se pronuncia Hernández Vitoria, M.J., “Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 249/2022, p. 18, versión on-line (BIB 2022/222).

Esta menor retribución, en conjunción con un menor tiempo de trabajo, acarrea una menor aportación al sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, unas prestaciones más reducidas. De ahí que, como se ha expuesto, en nuestra opinión, la figura de la adaptación de la duración y, sobre todo, 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, sean esenciales para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, sin rasgo de género.

Se apuesta, pues, por la conveniencia de fórmulas de trabajo flexible que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral. Siendo fundamental que tal conciliación del trabajo y cuidados familiares tenga la menor incidencia posible en la retribución y, en consecuencia, 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 en tal brecha puede estar una de las causas (de carácter económico) de que sea la mujer trabajadora quien ejerce de forma mayoritaria los derechos para facilitar la conciliación del trabajo y familia.

Por ello, es primordial 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 roles. 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. Se trata, pues, de prevenir o atajar la brecha en los tiempos, fomentado no sólo la conciliación de la vida familiar y laboral o profesional, sino la imprescindible corresponsabilidad real en el cuidado de hijos y otros familiares.

Lo que necesariamente ha de ir acompañado, para su uso alternativo o complementario, según las circunstancias y preferencias de cada cual, de unos servicios accesibles y de calidad de cuidados de hijos y demás familiares, que faciliten la compleja tarea de compaginar las responsabilidades familiares y laborales. Así como de medidas dirigidas a la reducción de la brecha retributiva por razón de género, lo que coadyuva, sin duda, a superar la mayor dedicación de la mujer, en comparación con los hombres, a las tareas de cuidado de hijos y otros familiares.

Ello exige un esfuerzo y compromiso de toda la sociedad, especialmente de los poderes públicos y de los agentes sociales, además, obviamente, de los progenitores y demás personas trabajadoras que han de atender y cuidar a sus familiares. Lo que tiene una clara justificación: la positiva incidencia de este esfuerzo y compromiso social en la tasa de natalidad, en cuanto elemento esencial para garantizar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Puesto que, como se ha analizado,

en el centro del debate de las más recientes e importantes reformas del sistema de Seguridad Social está, sin duda, la sostenibilidad económica del mismo, que, como no podía ser de otra forma, adquiere un gran peso, pero que no debe ser excusa para olvidar la perspectiva de género de las reformas normativas. Sino que, todo lo contrario, ésta debe estar presente en la evolución de la acción protectora de la Seguridad Social, especialmente mientras perviva la sucesiva interrelación de las tres brechas de género (en los tiempos, en la retribución y en las prestaciones); si bien es cierto que, como se expuso, no es fácil encontrar un equilibrio entre ambos relevantes componentes.

Sólo así se hace frente a la brecha de género en prestaciones en cuanto una de las principales insuficiencias de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Por lo que, sin duda, en nuestra opinión, se consideran, no sólo acertadas, sino también imprescindibles las medidas correctivas de la brecha prestacional por razón de género que se han analizado en este estudio (y otras más que sólo se han mencionado, así como otras tantas que permitan avanzar en esta línea, pese a ser conscientes de tener como hándicap a la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social), puesto que, mientras pervivan las brechas (en los tiempos de trabajo y en la retribución), el sistema de Seguridad Social se tiene que acomodar y adaptar en aras de corregir las perjudiciales consecuencias de tales brechas.

LA LABORALIDAD DE LOS CONTRATOS DE CREACIÓN Y USO DE RÉPLICAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

EMPLOYMENT STATUS OF CONTRACTS TO CREATE AND USE ARTIFICIAL INTELLIGENCE REPLICAS THROUGH DIGITAL PLATFORMS

LORENA GROSSO ORTEGA

Doctoranda en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-1193-5588>

EXTRACTO

Palabras claves: laboralidad; plataformas digitales; propiedad intelectual; inteligencia artificial; ultrasuplantaciones

El presente trabajo se centra en el análisis de un nuevo tipo de relación contractual protagonizada por las plataformas digitales y los actores y actrices de voz, que se encuentra a caballo entre los regímenes jurídicos del Derecho del Trabajo y de la propiedad intelectual.

La naturaleza de los contratos a los que han dado lugar dichas relaciones se determinará a través del estudio de la presunción de laboralidad de los trabajos realizados en plataformas digitales y de los indicios que dotan de carácter laboral a una prestación de servicios.

Asimismo, se examinará el Reglamento de Inteligencia Artificial para concluir si ampara adecuadamente los derechos de los trabajadores que se encuentren bajo la mencionada nueva clase de contratos.

ABSTRACT

Key words: *employment status; digital platforms; intellectual property; artificial intelligence; deep fakes*

This paper focuses on the analysis of a new type of contractual relationship between digital platforms and voice actors and actresses, which straddles the legal regimes of Employment and Labor Law and Intellectual Property Law.

The legal nature of the contracts to which these relationships have given rise will be determined through the study of the presumption of employment status of work carried out on digital platforms and the characteristics that define that status.

Likewise, the Artificial Intelligence Act will be examined to conclude whether it properly safeguards the rights of workers under the above-mentioned new kind of contracts.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CARÁCTER LABORAL DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES
3. LOS INDICIOS DE LABORALIDAD EN EL NUEVO ENTORNO TECNOLÓGICO
4. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CREACIÓN Y USO DE RÉPLICAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES
 - 4.1. Pacto de desarrollo
 - 4.2. Pacto de uso
5. LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE CREACIÓN Y USO DE RÉPLICAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES
 - 5.1. Planteamiento civilista
 - 5.2. Planteamientos laboristas actuales
 - 5.2.1. Laboralidad por incorporación
 - 5.2.2. Laboralidad por conexión
 - 5.3. Teoría de la laboralidad en cascada
6. LA REGULACIÓN PARADÓJICA DEL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO LABORAL
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Desde Hollywood a Bruselas, la incursión de la inteligencia artificial desafía las fronteras del Derecho del Trabajo.

Las personas que trabajan en la industria del entretenimiento se enfrentan a una nueva amenaza en el desarrollo de su actividad prestacional: ser reemplazadas por sus propios clones digitales. Esto ha sido interpretado como un escollo para el ejercicio de los derechos laborales por los artistas y una precarización de su trabajo, dado el riesgo de que sean remunerados exclusivamente por las horas o jornadas laborales en las que lleven a cabo la grabación de sus interpretaciones, como única contraprestación por emplearlas indefinidamente para entrenar inteligencias artificiales y generar nuevo contenido¹.

La situación expuesta, que ya es una realidad en Estados Unidos, podría trasladarse al entorno europeo si las plataformas estadounidenses de creación

¹ El pasado 2023, los trabajadores de la industria del entretenimiento estadounidense se enfrentaron a la Alianza de Productores de Cine y Televisión (AMPTP, por sus siglas en inglés) por su intención de obtener clones digitales de los artistas. Esta pretensión fue considerada como una amenaza a sus derechos laborales, por lo que el 14 de julio, el Sindicato de Actores de Cine – Federación Estadounidense de Artistas de Radio y Televisión (SAF-AFTRA), que representa a aproximadamente 160.000 artistas y profesionales, inició una huelga que finalizó 118 días después el 9 de noviembre de 2023 con un acuerdo entre las partes (SAG-AFTRA TV-Theatrical Contracts 2023). Para más información (a fecha de última consulta 11/09/2024): <https://www.sagaftra.org/were-fighting-survival-our-profession> ; <https://es.sagaftra.org/tentative-agreement-reached> .

de réplicas generadas por inteligencia artificial (en adelante, IA) se instalan en España².

Por ello, el presente escrito tiene como finalidad dar respuesta al mencionado reto desde la Unión Europea y desde el ordenamiento jurídico español, mediante el análisis de la laboralidad de la creación y uso de réplicas de inteligencia artificial a través de plataformas digitales. Concretamente, el estudio de esta cuestión se centrará en su efecto sobre los actores y actrices de voz, dada la acuciante necesidad de protección de este tipo específico de intérpretes, y de su prestación de servicios, frente al avance del empleo de la IA generativa en su área de trabajo.

Con el objetivo expuesto, serán abordados diversos preceptos de:

- 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) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (en adelante, Reglamento de Inteligencia Artificial).
- 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 o Propuesta de DTPD).
- 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).
- La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA).
- El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, Ley de Propiedad Intelectual).

² En Estados Unidos, SAF-AFTRA y AMPTP ratificaron los Contratos de Televisión y Cine de 2023 (SAG-AFTRA TV-*Theatrical Contracts* 2023), que establecen, entre otras cuestiones, los términos en los que se llevará a cabo la creación de réplicas digitales de artistas y su correspondiente remuneración. Posteriormente, en enero de 2024, SAG-AFTRA y Replica Studios – una compañía tecnológica que ha desarrollado una plataforma de creación de voces generadas por inteligencia artificial y que ofrece a sus clientes la generación de voces a partir de texto o voz – alcanzaron otro acuerdo para determinar la remuneración por el desarrollo y uso de réplicas digitales de voz. Para más información (a fecha de última consulta 11/09/2024): <https://www.sagaftra.org/sag-aftra-members-approve-2023-tvtheatrical-contracts-tentative-agreement> ; <https://www.sagaftra.org/member-message-regarding-new-replica-studios-agreement> .

- La Resolución de 17 de enero de 1994, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del texto del Convenio Colectivo Estatal de Profesionales del Doblaje, Rama Artística (en adelante, Convenio Colectivo Estatal de Profesionales del Doblaje).

Este análisis normativo se realizará en convergencia con el estudio de la jurisprudencia y doctrina oportunas sobre los indicios y presunciones de laboralidad y la naturaleza de los pactos de cesión de propiedad intelectual con origen en un contrato de trabajo.

2. EL CARÁCTER LABORAL DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES

En la Unión Europea trabajan a través de plataformas digitales más de 28 millones de personas, y se prevé que en 2025 aumente a 43 millones³. Este dato muestra un cambio en el panorama laboral europeo, al que hay que sumarle el imputado abuso de la condición de trabajador autónomo por parte de las plataformas “para evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales y crear una ventaja competitiva respecto de las empresas que sí respetan la ley”⁴.

Los desafíos que plantea esta nueva situación ya han sido tratados por el ordenamiento jurídico español respecto a las plataformas digitales de reparto. En origen, a través de la jurisprudencia; y, con posterioridad, por la disposición adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores, se estableció la presunción de laboralidad en dicho ámbito⁵.

No obstante, el carácter laboral de la prestación de servicios en plataformas digitales va más allá de la llamada “Ley *Riders*”, puesto que tras el acuerdo alcanzado por la Presidencia del Consejo de la UE y los negociadores del Parlamento Europeo el 8 de febrero 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, la pionera iniciativa de España de presumir

³ Para más información (a fecha de última consulta 11/09/24): <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/platform-work-eu/>.

⁴ Como expresan respectivamente los Considerandos 29 y 31 de la Propuesta de DTPD, con la finalidad de eludir determinadas obligaciones como el respeto a los derechos de los trabajadores – especialmente los de los nacionales de terceros países en situación irregular como recoge el Considerando 58 de la Propuesta de Directiva –, “el fenómeno de la clasificación errónea como falsos autónomos” se perpetúa en el trabajo en plataformas digitales por las diferentes formas que puede adoptar su “ejercicio del control y la dirección” y su característica “opacidad del flujo de información”.

⁵ Introducida por 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. También conocida como “Ley *Riders*”.

la laboralidad del trabajo realizado en plataformas digitales podría extenderse a la Unión Europea sin limitarse a los servicios de reparto⁶.

En este sentido, la Propuesta de Directiva en su artículo 2.1.1) define como “plataforma digital de trabajo”: toda persona física o jurídica que, a petición de un destinatario, preste un servicio a distancia por medios electrónicos, al menos en parte, e implique necesaria y esencialmente la organización de un trabajo remunerado realizado por personas físicas, así como la utilización de sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones⁷.

El mencionado concepto, como puntualizan el artículo 2.2 y el Considerando 21 de la Propuesta de DTPD, excluye a aquellas plataformas cuya función de organización del trabajo sea meramente secundaria y accesoria – como las que se limitan a poner en contacto a proveedores de servicios y usuarios finales (v. gr.: *Behance*) – o que tengan por objetivo principal explotar o compartir activos (v. gr.: *Airbnb*), permitir la reventa de bienes (v. gr.: *Wallapop*), u organizar actividades de voluntariado (v. gr.: *Workaway* o *Worldpackers*).

De ser aprobada, la Directiva será aplicable a las personas que trabajen en la Unión Europea en plataformas digitales – independientemente del lugar de establecimiento de la plataforma digital y de la legislación aplicable a esta, tal como indica el artículo 1.3 de la Propuesta de DTPD – con un contrato de trabajo o relación laboral, incluso si únicamente es con base en la evaluación de los hechos⁸. Sobre este particular, el principio de primacía de los hechos – recogido implícitamente en los artículos 1.2 y 2.1.2) a 2.1.3) de la Propuesta de DTPD y expresamente en su Considerando 28 – establece que al estar las condiciones laborales a menudo fijadas unilateralmente por las plataformas “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”⁹.

En este sentido, la Propuesta de Directiva en sus artículos 4.1 y 5 presume el carácter laboral de la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y

⁶ Al respecto (a fecha de última consulta 11/09/2024): <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/03/11/platform-workers-council-confirms-agreement-on-new-rules-to-improve-their-working-conditions/> .

⁷ De acuerdo con el Considerando 21 de la Propuesta de DTPD, la organización del trabajo debe implicar la adaptación de la demanda del servicio a la oferta de mano de obra y su disponibilidad para realizar una tarea específica. Y la utilización de sistemas automatizados, tal y como concreta el artículo 2.1.8) a 2.1.9) del mismo texto, comprende el uso de medios electrónicos para supervisar, controlar o evaluar la ejecución del trabajo o para adoptar o respaldar decisiones que afecten a las condiciones laborales de los trabajadores.

⁸ Conforme al artículo 1.2 de la Propuesta de DTPD.

⁹ El hecho de que las prestaciones a realizar se encuentren configuradas en una relación de carácter laboral es determinante para la protección de los derechos de los trabajadores relativos a la salud, la seguridad, la información y la consulta, pues la Propuesta de DTPD en su Considerando 53 otorga estas garantías exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena. No obstante, el artículo

la persona que realice un trabajo organizado a través de aquella. Esta presunción se establece como medida para facilitar la correcta determinación de la situación laboral de los trabajadores de plataformas y para mejorar sus condiciones de trabajo y protección, conforme al artículo 1.1 a) del mismo texto.

A los mencionados efectos, el artículo 5.1 de la Propuesta señala como criterio para determinar dicha presunción de laboralidad que “se constaten indicios de control y dirección de conformidad con la legislación nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. Adicionalmente, es preciso tener presente que en las plataformas digitales de trabajo “el ejercicio del control y la dirección” puede llevarse a cabo tanto por medios directos como a través de medidas sancionatorias, de trato desfavorable o de presión¹⁰.

Finalmente, es conveniente aclarar que esta presunción impuesta por la Propuesta de Directiva no será obligatoria en los procedimientos relacionados con cuestiones fiscales, penales y de seguridad social – tal y como especifica su artículo 5.3. Tampoco dará lugar automáticamente a la reclasificación de las personas que realizan trabajos en plataformas, aunque la carga de la prueba en contrario recaerá sobre la plataforma, de acuerdo con el artículo 5.1 de la Propuesta de Directiva. Además, sus requisitos no deberán suponer una carga procesal excesiva para los trabajadores y deberán aliviar sus dificultades para aportar pruebas, como determina el artículo 5.2 del mismo texto. Y, como aspecto más destacable, en aras de la seguridad jurídica, no tendrá efectos retroactivos, de tal forma que se aplicará únicamente a las relaciones que surjan a partir de la fecha de transposición de la futura Directiva¹¹.

3. LOS INDICIOS DE LABORALIDAD EN EL NUEVO ENTORNO TECNOLÓGICO

Más allá de las posibles presunciones que en la Unión Europea pueda establecer la futura Directiva de Trabajo en Plataformas Digitales, es imprescindible atender a los indicios que los ordenamientos nacionales de los Estados miembros han identificado como determinadores de la laboralidad de una prestación, especialmente en el ámbito del trabajo en plataformas digitales¹².

1.2 *in fine* del mismo texto extiende – en los términos de los Considerandos 30 y 53 de la Propuesta – las prerrogativas sobre “tratamiento de datos personales en el contexto de la gestión algorítmica”, recogidas en el Capítulo III de la Propuesta de Directiva de Trabajo en Plataformas Digitales, también a las personas que realizan prestaciones de carácter distinto al laboral.

¹⁰ Como contempla el Considerando 31 de la Propuesta de DTPD.

¹¹ Límite temporal de aplicación que establece el artículo 5.6 de la Propuesta de DTPD.

¹² Al respecto, la Propuesta de Directiva establece en su artículo 26 una “cláusula de no regresión y disposiciones más favorables”, que impide utilizar la Directiva como pretexto para

En este sentido surgen interrogantes tanto acerca de la viabilidad de atribuir la condición de trabajador subordinado a alguien que puede elegir cuándo trabaja y qué tipo de prestaciones realiza, como sobre si es factible considerar trabajador autónomo a quien está sujeto al poder de organización y a las fórmulas de control de una plataforma¹³.

Ante esta dicotomía a la hora de determinar la naturaleza del trabajo realizado a través de plataformas digitales, resulta útil acudir a los indicios de laboralidad como herramientas para “integrar, explicar, neutralizar o negar” las notas distintivas del trabajo por cuenta propia; requisito que *a contrario sensu* eluden “las tesis que postulan la validez de la calificación como autónomo del trabajo realizado a través de las referidas plataformas”¹⁴.

Dicho esto, con el objetivo de reconocer o no el carácter laboral de una prestación en el ámbito de las plataformas digitales, primero es necesario distinguir entre trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia y como TRADE.

Conforme al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, el trabajo por cuenta ajena se caracteriza por la voluntariedad, la retribución, la ajenidad y el sometimiento al ámbito de organización y dirección del empleador.

Mientras que, a tenor del artículo 1.1 de la LETA, “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo” tendrán la consideración de autónomos. Y estas serán económicamente dependientes cuando realicen una actividad predominantemente para un cliente del que dependan al menos el setenta y cinco por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales, de acuerdo con el artículo 11.1 LETA.

Una vez identificadas las formas básicas de prestación de servicios, hay que tener en cuenta que la realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris*, ya que la naturaleza de los contratos deriva de su contenido obligacional no de la calificación jurídica de la que le doten las partes¹⁵.

En este marco, el artículo 8.1 del ET presume la existencia de un contrato de trabajo entre quien “presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización de otro” a cambio de una retribución y el que lo recibe.

reducir “el nivel de protección ya garantizado a los trabajadores de plataformas en los Estados Miembros” o como límite a la aplicación de disposiciones o convenios colectivos más favorables.

¹³ En la misma línea, Sanguinetti Raymond, W. (Dir.). *Nuevas Tecnologías, Derechos Humanos y Negociación Colectiva*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 242.

¹⁴ En este sentido, Sanguinetti Raymond, W. Op. cit., pp. 247-248.

¹⁵ Ortega Lozano, P. G. “Economía colaborativa, condiciones laborales dignas y la lógica algorítmica: la propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251/2022, p. 5.

Además, la doctrina considera la dependencia y la ajenidad en los frutos, el mercado, los riesgos y la marca como notas de laboralidad de las prestaciones de servicios¹⁶.

Así mismo, en el ámbito específico de las plataformas de trabajo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 pone de manifiesto que tales notas se materializan respectivamente a través de los siguientes indicios: la inserción del trabajador en la organización de trabajo de la plataforma que se encarga de programar su actividad y la ausencia de organización propia del trabajador; la puesta a disposición del empleador del trabajo realizado por el empleado; la adopción por el empleador de las decisiones concernientes a las relaciones con los clientes mediante la selección de estos y la fijación de los precios o tarifas; el cálculo de la retribución en proporción a la actividad prestada y la asunción de la inversión por el empleador; y la realización del trabajo bajo una marca ajena¹⁷.

A su vez, la citada resolución jurisprudencial neutraliza los indicios negativos de laboralidad al precisar, en su fundamento jurídico décimo, que “la autonomía profesional imprescindible en determinadas actividades” no colisiona con la concurrencia de la nota de dependencia.

Por estas razones, si bien inicialmente “la aparente libertad” de los trabajadores de plataformas digitales podría parecer incompatible con la existencia de subordinación, es indispensable apreciar que esta “no es fruto de su autonomía” sino del “singular sistema de trabajo diseñado por las plataformas” que le otorga al empresario “la facilidad organizativa” necesaria para prescindir de “la estandarización y la presencialidad propias de las formas tradicionales de trabajo asalariado”¹⁸.

4. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CREACIÓN Y USO DE RÉPLICAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Partiendo del carácter laboral del trabajo en plataformas digitales en términos generales, es momento de analizar la relación contractual originada por plataformas

¹⁶ Definidas en Cervilla Garzón, M^a. J.; y Jover Ramírez, C. “Contrato de trabajo *versus* contrato de prestación de servicios”. En AA.VV. *El actual contrato de prestación de servicios*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2023, pp. 37-43.

¹⁷ Fundamentos jurídicos noveno, décimo, undécimo y vigésimo de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 805/2020 de 25 de septiembre, Recurso n.º 4746/2019 (ECLI:ES:TS:2020:2924).

¹⁸ A través de “instrumentos, como el reclutamiento de una amplia masa de colaboradores, el abono de microretribuciones asociadas al estricto tiempo de desempeño o la presencia de intensos mecanismos de control de orden tecnológico”. En Sanguinetti Raymond, W. Op. cit., pp. 255-256.

dedicadas a la generación de voces, que calificaremos como contrato de creación y uso de réplicas de inteligencia artificial a través de plataformas digitales.

Dada la atipicidad de este contrato y la ausencia de referencias similares al respecto en el ámbito nacional y europeo, creemos oportuno acudir a lo pactado entre Replica Media, Inc. (Replica Studios) y SAG-AFTRA, en el Acuerdo para Réplicas Digitales de Voz, como ejemplo del que extraer una base fáctica ante la eventualidad de que este tipo de plataforma opere en España¹⁹.

El mencionado acuerdo está compuesto a su vez por dos pactos²⁰. Por un lado, un pacto de desarrollo de réplicas digitales de voz que persigue que los actores de voz realicen interpretaciones y cedan los derechos de reproducción de estas necesarios para realizar su fijación en fonogramas²¹. Y, por otro lado, un pacto de usos licenciados y externos de réplicas digitales de voz que tiene como objetivo la cesión de los derechos de transformación de las citadas interpretaciones y la autorización para explotar el resultado que se derive de dicha transformación al hacer uso de las réplicas²².

4.1. Pacto de desarrollo

Las réplicas y modelos de voz, al ser programas de ordenador que utilizan inteligencia artificial para sintetizar voces, requieren para su desarrollo la obtención y minado de grabaciones de voz.

Para obtener las grabaciones deseadas se concierta con actores de voz un pacto de desarrollo. Este pacto establece una remuneración basada en el número de horas diarias empleadas en la grabación que realicen los actores – o en el mínimo establecido cuando se utilicen grabaciones preexistentes – como contraprestación por efectuar la grabación, usarla en la creación de réplicas y modelos de voz, y negociar sobre su licencia y uso para fines externos²³. Asimismo, el pacto acoge las condiciones de trabajo en las que los actores de voz aceptan llevar a cabo su prestación de servicios²⁴.

¹⁹ Texto íntegro del Acuerdo de Replica Studios para Réplicas Digitales de Voz (*Replica Studios Agreement for Digital Voice Replicas*) disponible en (a fecha de última consulta: 11/09/2024):https://www.sagaftra.org/sites/default/files/sa_documents/Replica%20Studios%20Agreement%20for%20Digital%20Voice%20Replicas_0.pdf.

²⁰ Los referidos pactos son: el Acuerdo de Replica de Desarrollo de Réplica Digital de Voz (*Replica Digital Voice Replica Development Agreement*) y el Acuerdo de Replica para los Usos Licenciados y Externos de Réplicas Digitales de Voz (*Replica Agreement for Licensed and External Uses of Digital Voice Replicas*).

²¹ En adelante: Pacto de desarrollo.

²² En adelante: Pacto de uso.

²³ De acuerdo con las disposiciones tercera, cuarta y sexta del pacto de desarrollo.

²⁴ Recogidas en la disposición séptima del pacto de desarrollo.

De esta forma se comprueba que, por una parte, el pacto de desarrollo regula aspectos laborales como la forma de contratación, la remuneración, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, las vacaciones y las compensaciones por desplazamiento; y, por otra parte, cuestiones de propiedad intelectual.

Esto último se debe a que el resultado de la prestación de los actores de voz es una interpretación, que tiene la consideración de obra bajo el artículo 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual; y la grabación de la citada interpretación requiere la cesión de los derechos de reproducción que el actor ostenta sobre esta, en los términos del artículo 18 y del Título I del Libro Segundo del mismo texto.

Además, una vez obtenidos los fonogramas o grabaciones en los que están fijadas las mencionadas interpretaciones, se realizará un proceso de minería de los datos digitales que contienen los fonogramas, es decir, se llevará a cabo una “técnica analítica automatizada destinada a analizar [...] datos en formato digital a fin de generar información que incluye pautas, tendencias, correlaciones u elementos similares”²⁵. De manera que, si los actores de voz hubieran “reservado expresamente el uso de las obras a medios de lectura mecánica u otros medios que resulten adecuados” también sería necesaria su autorización para minar los mencionados fonogramas²⁶.

Por tanto, el objeto del contrato de desarrollo radicaría en una prestación consistente en llevar a cabo una interpretación, los derechos de reproducción y minado sobre esta, el derecho a negociar sobre la licencia y uso de las réplicas y modelos de voz creados a partir de la citada interpretación, y la conveniente retribución. Mientras que la causa del contrato sería el desarrollo de réplicas digitales y modelos de voz.

4.2. Pacto de uso

En el otro extremo, el pacto de uso fija una compensación económica por la facultad de licenciar el uso de las réplicas y modelos de voz y por su uso en proyectos distintos al desarrollo de las propias réplicas y modelos de voz, que consiste en el abono de una remuneración mínima establecida para las grabaciones en función del número de líneas o palabras de cada reproducción de la voz, previa información de los fines de uso²⁷.

²⁵ Conforme al artículo 66.1 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (en adelante, Real Decreto-ley 24/2021).

²⁶ Según el artículo 67 del Real Decreto-ley 24/2021.

²⁷ De acuerdo con las disposiciones segunda, tercera y cuarta del Acuerdo de Replica para los Usos Licenciados y Externos de Réplicas Digitales de Voz.

Esta compensación a los actores de voz se debe a que al sintetizar voces mediante réplicas y modelos de voz se transforman las interpretaciones que se han fijado en las grabaciones minadas, para lo cual es indispensable que los actores de voz cedan los derechos de transformación sobre sus interpretaciones y autoricen, en su caso, la explotación de la obra resultado de la transformación²⁸.

En consecuencia, el objeto del contrato sería la cesión de los derechos de transformación de las interpretaciones, la autorización para explotar su resultado y su correspondiente pago. Y la causa del contrato estribaría en el uso explotable de las réplicas digitales y modelos de voz.

5. LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE CREACIÓN Y USO DE RÉPLICAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Una vez observados el objeto y la causa del contrato de creación y uso de réplicas de inteligencia artificial a través de plataformas digitales, es momento de analizar su naturaleza jurídica.

Para realizar este estudio partiremos del anteriormente aludido carácter laboral del trabajo en plataformas digitales y atenderemos a los indicios que ha establecido la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo para determinar la laboralidad de las prestaciones de los actores y actrices de voz que, conforme al artículo 105 de la Ley de Propiedad Intelectual, tienen la condición de artistas o intérpretes²⁹.

Bajo este enfoque podemos concluir que, en virtud del pacto de desarrollo, los actores de voz pondrían a disposición de la plataforma el trabajo realizado – esto es, las interpretaciones –, lo que supone una ajenidad en los frutos³⁰. Además, dichas interpretaciones deberían ser realizadas de forma personal y – de acuerdo con el artículo 7 del Convenio Colectivo Estatal de Profesionales del Doblaje – bajo las instrucciones de un director de doblaje, lo cual implica dependencia³¹.

²⁸ Los derechos de explotación de la propiedad intelectual se encuentran recogidos en los artículos 17 a 23 de la Ley de Propiedad Intelectual.

²⁹ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 5386/2010 de 5 de octubre de 2010, recurso n.º 1766/2009 (ECLI:ES:TS:2010:5386), núm. 4799/2010 de 16 de julio de 2010, recurso n.º 2830/2009 (ECLI:ES:TS:2010:4579), y núm. 5108/2010 de 19 de julio de 2010, recurso n.º 1623/2009 (ECLI:ES:TS:2010:5108).

³⁰ Fundamento de derecho cuarto de las arriba citadas Sentencias del Tribunal Supremo números 5386/2010, 4799/2010 y 5108/2010.

³¹ Fundamento cuarto de las referidas SSTs 4799/2010 y 5108/2010; y fundamento de derecho quinto de la STS 5386/2010.

Todo lo referido en los términos establecidos por la plataforma y a cambio de una retribución proporcional a la actividad desempeñada, circunstancias que comportan ajenidad en la marca y en los riesgos, respectivamente³². Por ende, la prestación llevada a cabo por los actores y actrices de voz presenta los suficientes elementos de laboralidad para sostener su naturaleza laboral.

No obstante, la naturaleza de los pactos de cesión de los derechos de explotación de las interpretaciones objeto del contrato de creación y uso de réplica de IA no resulta tan clara.

Esta situación provoca una tensión entre el régimen jurídico laboral y el de la propiedad intelectual, que puede relativizar los derechos y obligaciones de la parte contratada y la parte contratante hacia un extremo u otro, en función de si los indicados pactos son apreciados como parte de un contrato de trabajo por cuenta ajena o como contratos civiles independientes de la relación laboral³³. En dicha materia, el posicionamiento de la doctrina es heterogéneo.

5.1. Planteamiento civilista

La tesis de la autonomía negocial de la cesión asevera que el objeto del contrato de trabajo de un artista es llevar a cabo una actividad, independientemente de si de ella se deriva como resultado una obra o no; y que la cesión al empresario de los derechos de propiedad intelectual que pueda producir en su caso el resultado de la mencionada actividad “constituirá el objeto de un negocio jurídico distinto al contrato de trabajo”³⁴.

Bajo este planteamiento un contrato de creación y uso de réplicas de inteligencia artificial se perfeccionaría con la mera realización de las interpretaciones a cambio de la remuneración pactada. Sin embargo, no es factible aceptar tal consideración, pues una empresa dedicada a proporcionar voces generadas a partir de texto o mediante el habla no podría explotar las interpretaciones sin que le fueran previamente cedidos los derechos de propiedad intelectual imprescindibles para su fijación en un fonograma, minado y posterior transformación.

Lo anterior supone que, si se excluye la cesión de los derechos de propiedad intelectual del objeto del contrato de trabajo, se dejaría a dicho contrato sin causa y, por tanto, según el artículo 1.275 del Código Civil, también sin efecto.

³² Fundamentos de derecho tercero y cuarto de las anteriormente aludidas SSTs 5386/2010 y 4799/2010; y fundamento de derecho cuarto de la STS 5108/2010.

³³ Altés Tárrega, J.A. “El contrato de trabajo del autor asalariado: supuestos de aplicación del art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2011, p. 403.

³⁴ Aludida en Yagüe Blanco, S. *Cláusulas de Cesión de Derechos de Propiedad Intelectual en los Convenios Colectivos Laborales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, p. 28.

5.2. Planteamientos laboralistas actuales

Dentro de los planteamientos académicos que respaldan la laboralidad de la cesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual es posible encontrar varios enfoques teóricos.

5.2.1. Laboralidad por incorporación

La tesis de la incorporación de las cláusulas de cesión en el contrato de trabajo considera que los derechos de explotación cedidos en el marco de un contrato de trabajo son “parte indisoluble de la actividad laboral, cualquiera [*sic*] que sean los pactos que la regulen”, pues lo contrario supondría “una artificial y nociva disgregación del contrato”³⁵.

Este planteamiento, a su vez, puede tener dos interpretaciones³⁶:

De un lado, podría considerarse que tanto la actividad artística como la cesión de los derechos de explotación de su resultado son “la causa del contrato de trabajo”, y que el beneficio económico que el empleador persigue con el contrato nace de dicha explotación – al menos de la principal o más relevante económicamente – no de la actividad *per se*. Desde esta perspectiva, “los derechos de explotación forman parte del objeto del contrato de trabajo”, aunque la adquisición de sus frutos por el empresario se produzca a título derivado por el influjo de una norma ajena al ordenamiento laboral.

De otro lado, se podría estimar que la cesión de los derechos de explotación del resultado de una actividad artística objeto de un contrato de trabajo es “un presupuesto del contrato que hace posible su objeto”, que es la referida actividad y los derechos de explotación de su resultado. Conforme a esta lectura, la titularidad del resultado de la mencionada actividad y los derechos necesarios para su explotación no los detenta el artista trabajador, sino el empleador.

5.2.2. Laboralidad por conexión

Existe otra postura doctrinal, que podríamos denominar tesis de la laboralidad por conexión, que sostiene la laboralidad de la cesión – por pacto expreso o tácito – de los derechos de explotación del resultado de la actividad artística objeto de un contrato de trabajo, cuando estos “derivan directa e inmediatamente de la ejecución de tal actividad”; sin que pueda disgregarse la propiedad intelectual de la actividad

³⁵ Planteada en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 12 de febrero de 1985, citada en el primer fundamento de derecho de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2262/2012 de 21 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2012:3136).

³⁶ Expuestas en Altés Tárrega, J. A. “Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo”. *Teoría y Derechos*, núm.13, 2013, pp. 182-185.

laboral desarrollada, lo que implicaría el carácter salarial de las remuneraciones por la cesión de los derechos de explotación debido a su relación de causalidad con la actividad artística contratada³⁷.

5.3. Teoría de la laboralidad en cascada

Tras advertir que el planteamiento civilista no es aplicable a los contratos de creación y uso de réplicas de IA, aparentemente sólo restaría decidir cuál de los planteamientos laboralistas mencionados resulta más adecuado para el presente caso. Empero, dichas tesis de laboralidad resultan insuficientes de forma aislada.

Es cierto que las actuales tesis de laboralidad, tanto por incorporación como por conexión, permitirían extender la laboralidad de las prestaciones de los actores y actrices de voz a los pactos de cesión de los derechos de explotación sobre sus interpretaciones y, en su caso, a los de autorización para minar dichas interpretaciones. No obstante, esta laboralidad podría discutirse respecto a la autorización para explotar los resultados de sus transformaciones, en función de si dicha autorización es considerada en puridad un derecho sobre el resultado de la actividad artística objeto del contrato de trabajo o sobre su transformación.

A mayor abundamiento, las citadas tesis, aunque otorgan carácter laboral a los pactos relativos a los derechos sobre las interpretaciones, no extienden la laboralidad a los derechos sobre el producto que surge al transformar dichas interpretaciones.

La anterior afirmación supone que las señaladas tesis de laboralidad no permiten contabilizar los “takes”, es decir, “cada una de las fracciones en que se divide el texto de una obra” a interpretar mediante su previo pautado o marcado conforme a “criterios interpretativos y funcionales”³⁸. Esta imposibilidad se debe a que la obra a la que nos referimos será creada por la transformación que el licenciataria del modelo o réplica de voz haga al usarla, no por la parte contratante.

En consecuencia, si no se amplía la naturaleza laboral a todos los aspectos del pacto de uso de los modelos o réplicas de voz, los *takes* no podrán ser utilizados como “unidad de trabajo” de los actores y actrices de voz, esto es, como criterio de determinación de la retribución en los contratos “por obra determinada” que se perfeccionen “con la comparecencia a realizar el trabajo” acordado mutuamente entre la empresa y el profesional “por cada convocatoria o jornada” y se extingan al finalizarlo³⁹.

³⁷ Ruiz De la Cuesta Fernández, S. *El contrato laboral del artista*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 323-329.

³⁸ La definición de *take*, su delimitación y sus características se encuentran recogidas en los artículos 12, 13 y 14 del Convenio Colectivo Estatal de Profesionales del Doblaje, respectivamente.

³⁹ Conforme a los artículos 11 a), 26.2 b), 28 y 49.1 del Convenio Colectivo Estatal de Profesionales del Doblaje.

Debido a la carencia aludida de las actuales tesis de laboralidad, sería oportuno un nuevo acercamiento doctrinal que fuera aplicable a cualquier acuerdo que tenga por causa el uso o la facultad de licenciar un programa con inteligencia artificial que procese obras resultado de una prestación laboral.

Esta propuesta, que hemos bautizado como teoría de la laboralidad en cascada, constaría de cuatro premisas que inducirían sucesivamente el carácter laboral a cada aspecto del acuerdo:

1. Si se dan indicios de laboralidad en la prestación de servicios, la relación entre la parte contratante y la contratada será de trabajo.
2. Si la actividad laboral genera un resultado que es empleado por la parte contratante única o principalmente para crear un programa con inteligencia artificial, el pacto de autorización y cesión de los derechos esenciales para dicha creación formará también parte del contrato de trabajo.
3. Si el uso del *software* de IA transforma el resultado de la prestación laboral, las cesiones de los derechos y las autorizaciones precisas para el mencionado uso tendrán igualmente carácter laboral.
4. Si la transformación del resultado de la prestación laboral se incorpora a una obra, el trabajador tendrá derecho a la retribución añadida que le corresponda por dicha incorporación.

En conclusión, bajo la teoría de la laboralidad en cascada los contratos de creación y uso de réplicas y modelos de inteligencia artificial a través de plataformas digitales tendrían íntegramente naturaleza laboral.

Por consiguiente, les sería de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Profesionales del Doblaje⁴⁰. Cuestión esta última de vital importancia, ya que el Convenio en sus artículos 15 y 16 limita el uso o repicado de *takes* – grabaciones – o de sus fragmentos, que es precisamente lo que implica el uso de réplicas digitales.

6. LA REGULACIÓN PARADÓJICA DEL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Como se ha venido desarrollando en las líneas precedentes, la tecnología será determinante en el ámbito del trabajo.

En este sentido, el aumento del uso de la inteligencia artificial en la esfera laboral dotará de protagonismo al Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 (Reglamento de Inteligencia Artificial), el cual recalca, en su Considerando 57, la inclusión de “los empleados y las personas que prestan servicios a través de plataformas” en su conceptualización de “relaciones contractuales de índole laboral”.

⁴⁰ Según el artículo 3 del Convenio Colectivo Estatal de Profesionales del Doblaje.

El mencionado Reglamento persigue el impulso de la innovación y el empleo, sin que su aplicación deba afectar al Derecho vigente de la Unión Europea en materia de empleo, a la legislación laboral nacional conforme a este, ni a las disposiciones y convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores – entre otras cuestiones⁴¹.

Respecto a las condiciones y derechos de los trabajadores, el Reglamento de Inteligencia Artificial aboga por:

- La alfabetización en materia de inteligencia artificial y el seguimiento de esta en el ámbito laboral, para mejorar sus condiciones de trabajo⁴².
- La prohibición de sistemas de IA utilizados para detectar sus estados emocionales, teniendo en cuenta el desequilibrio de poder propio del contexto laboral⁴³.
- La prohibición de sistemas de “categorización biométrica” para, entre otros fines, deducir sus afiliaciones sindicales⁴⁴.
- La clasificación de un sistema de IA como de alto riesgo cuando tenga grandes consecuencias adversas para sus derechos o sea utilizado para el empleo, la gestión de los trabajadores o el acceso al autoempleo, debido a los considerables efectos que puede tener sobre sus perspectivas laborales y medios de subsistencia⁴⁵.
- El control de la utilización de sistemas de IA en el acceso a prestaciones de seguridad social, dada su posición de vulnerabilidad frente a las autoridades responsables⁴⁶.
- La información previa a los trabajadores afectados y sus representantes sobre la utilización de sistemas de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, para proteger sus derechos fundamentales⁴⁷.

⁴¹ En este sentido se pronuncia el artículo 2.11 del Reglamento de Inteligencia Artificial, en relación con cuyas disposiciones el Considerando 9 destaca específicamente en materia de empleo la futura Directiva de Trabajo en Plataformas Digitales.

⁴² Considerando 20 del Reglamento de Inteligencia Artificial.

⁴³ Excepto por motivos médicos o de seguridad, conforme al artículo 5.1 f) del Reglamento de Inteligencia Artificial.

⁴⁴ Artículo 5.1 g) del Reglamento de Inteligencia Artificial.

⁴⁵ Especialmente cuando sea utilizado para la contratación y selección de personal – por ejemplo, para anunciar empleos específicos, filtrar solicitudes o evaluar a los candidatos –, la toma de decisiones que afecten a las condiciones de trabajo, la promoción y rescisión de relaciones laborales, la asignación de tareas en base a las características del trabajador o su supervisión o evaluación, como recoge el artículo 6.2 y el apartado cuarto del anexo III del Reglamento de Inteligencia Artificial.

⁴⁶ Considerando 58 del Reglamento de Inteligencia Artificial.

⁴⁷ En relación con esta obligación de información – impuesta por el artículo 26.7 del Reglamento de Inteligencia Artificial en los términos de su Considerando 92 – y a la luz de lo

Sin embargo, el carácter protector de las limitaciones que contiene el Reglamento con relación a los sistemas de IA clasificados como de alto riesgo decae para los trabajadores cuya actividad principal consiste en prestar su voz, como son las actrices y actores de voz, puesto que entran en contradicción con las disposiciones relativas a la inteligencia artificial generativa y las ultrasuplantaciones o *deep fakes*⁴⁸.

Al respecto, el Reglamento de Inteligencia Artificial sostiene en su Considerando 53 que los sistemas de IA destinados a la gestión de archivos, incluyendo el tratamiento del habla, no entrañan un riesgo considerable para los derechos fundamentales de las personas, salvo que sean utilizados para elaborar perfiles⁴⁹. Asimismo, el Reglamento califica en su Considerando 99 a las inteligencias artificiales generativas como modelos de IA de uso general⁵⁰.

Bajo la anterior premisa, los empleadores responsables del despliegue en el lugar de trabajo de sistemas de IA que gestionen archivos de audio o generen ultrasuplantaciones de voz, no estarán obligados por el Reglamento de Inteligencia Artificial a informar previamente sobre su uso a sus trabajadores ni a los representantes de estos, al no poseer las características que requiere el artículo 6 del Reglamento de Inteligencia Artificial para ser considerados como sistemas de alto riesgo⁵¹. Este sería el caso de plataformas digitales como Replica Studios, en las que se gestionan archivos de audio a través de IA para crear bases de datos sonoras orientadas al entrenamiento de inteligencias artificiales generativas.

Empero, esta infravaloración de las amenazas a los derechos laborales es contradictoria con el carácter de alto riesgo que otorga el Reglamento de Inteligencia Artificial en su Considerando 48 a aquellos sistemas de IA que tengan grandes consecuencias adversas para los derechos de los trabajadores, pues el uso de la IA

dispuesto en el artículo 5.1 h) del mismo texto, resulta relevante señalar que su Considerando 19 excluye del concepto “espacio de acceso público” – recogido en el artículo 3.44 del mismo texto – a los locales y lugares de trabajo con acceso restringido a los empleados y los espacios en línea.

⁴⁸ El artículo 3.60 del Reglamento de Inteligencia Artificial define las ultrasuplantaciones o *deep fakes* – anteriormente llamadas ultrafalsificaciones en la Propuesta de Reglamento de IA – como contenidos de “imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos”.

⁴⁹ En el sentido de los artículos 3.52 y 6.3 *in fine* del Reglamento de Inteligencia Artificial, y del artículo 4.4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

⁵⁰ Definido en el artículo 3.63 del Reglamento de Inteligencia Artificial.

⁵¹ Y al limitarse las obligaciones de transparencia impuestas por el Reglamento de Inteligencia Artificial en los artículos 50.4, 53.1 d) y 56.2 b) solo a la generación o manipulación artificial de contenidos y a los datos utilizados para el entrenamiento de modelos de IA.

generativa hace peligrar el derecho de información de los actores de voz y esto a su vez puede afectar al adecuado ejercicio de sus derechos de remuneración⁵².

Todo ello pese a que el propio Reglamento reconoce, en su Considerando 105, los desafíos que este tipo de inteligencia artificial supone para los artistas y creadores.

7. CONCLUSIONES

Debido al aumento del trabajo en plataformas digitales y en vista a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, resulta previsible la ampliación de la presunción de laboralidad más allá de las plataformas digitales de reparto.

En la misma línea, dadas las peculiaridades de la prestación de servicios en plataformas digitales es imprescindible realizar un análisis antitético de los indicios de laboralidad. El expresado propósito se logrará en su vertiente positiva con la identificación de las notas de dependencia y ajenidad que caracterizan a las referidas prestaciones; y en sentido negativo con la neutralización de la aparente autonomía del trabajo en plataformas. Si se dan estas circunstancias, que en ambos casos se ven moduladas respecto a las prestaciones de carácter artístico, se puede colegir el carácter laboral del trabajo en plataformas digitales.

Respecto al caso concreto de los actores y actrices de voz contratados por plataformas virtuales para realizar interpretaciones sonoras con las que desarrollar por inteligencia artificial modelos y réplicas digitales de voz, también se discute la naturaleza de la cesión de los derechos de explotación de las actuaciones realizadas y demás autorizaciones relacionadas con la creación y uso de los modelos y réplicas. En este escenario, la doctrina presenta dos sendas: considerar las cesiones y autorizaciones como un pacto civil independiente del contrato de trabajo o estimar que son cláusulas o parte del contrato laboral. La primera de las opciones dejaría al contrato de creación y uso de réplicas de IA sin causa y sin efecto. Mientras que la segunda, si bien sería viable y permitiría que los actores y actrices de voz fueran compensados tanto por su trabajo como por la propiedad intelectual de la obra generada en su ejecución, no permitiría que los actores rentabilizaran el menoscabo

⁵² Estos derechos están recogidos en el artículo 4.1 g) y 4.2 f) del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente –a los que se remite, entre otros, el artículo 6.1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad. También contempla dichos derechos el artículo 4 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.

que supone para sus oportunidades de empleo el uso sucesivo de sus voces por la empresa contratante y por los licenciarios de los modelos y réplicas digitales de voz. Debido a esta última cuestión, en el presente escrito se propone una teoría laboralista *ad hoc* para los contratos que presenten las aludidas especificidades.

Finalmente, es vital prestar atención a las posibles incongruencias o falta de claridad del actual Reglamento de Inteligencia Artificial en relación con la protección de los trabajadores, pues puede generarles inseguridad jurídica, especialmente a los actores de voz, ya que el Reglamento no califica a las inteligencias artificiales capaces de generar ultrasuplantaciones como sistemas de alto riesgo, pese a poder afectar a derechos de los trabajadores de este sector tales como el derecho a la información – sobre el uso de sus interpretaciones – y a la remuneración.

OBLIGACIONES DE SEGURIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ITALIA, ENTRE LA COMPLEJIDAD Y LAS NECESIDADES DE COORDINACIÓN*

SAFETY OBLIGATIONS IN PUBLIC PROCUREMENT IN ITALY: BETWEEN COMPLEXITY AND COORDINATION REQUIREMENTS

STEFANIA BUOSO

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Ferrara (Italia)

ORCID: 0000-0002-4003-9917

EXTRACTO

Palabras clave: Contratación sector público, seguridad y salud en el trabajo, obligación de seguridad

El documento aborda la regulación de la contratación pública en Italia desde el punto de vista específico de las obligaciones de seguridad, a la luz del reciente Decreto Legislativo no. 36/2023 “Código de Contratación Pública”. El resultado es un nuevo marco articulado que requiere la necesaria coordinación entre el Decreto Legislativo núm. 81/2008 (el llamado Texto Refundido de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo) y el Código de Contratos Públicos. En particular, se presta atención a la figura del “Administrador Único de Proyectos” en lo que respecta a su posición subjetiva y sistemática en el contexto de la organización de la prevención, en los contratos públicos ordinarios y en aquellos en los que se involucran obras de construcción temporales y móviles. Dado que el dato normativo literal no está del todo claro, sea cuestiona la naturaleza de su responsabilidad a partir del análisis de sus tareas y a la luz de su interacción con otras figuras de seguridad.

ABSTRACT

Keywords: *Public procurement; health and safety at work; safety obligations*

The contribution examines the regulation of public procurement in Italy from the specific angle of safety obligations, in the light of the recent new legislative decree no. 36/2023 ‘Public Contracts Code’. The result is an articulated picture that requires the necessary coordination between legislative decree 81/2008 (the so-called Consolidation Act on health and safety in the workplace) and the Public Contracts Code. In particular, attention is paid to the figure of “Responsabile unico del Progetto” with regard to his subjective and systematic position within the organisation of prevention, in ordinary public contracts and in those in which temporary and mobile construction sites are involved. Considering that the literal regulatory datum is not entirely clear, the author talks about the nature of his responsibility starting from the analysis of his tasks and in the light of his interaction with other safety figures.

* Il presente studio costituisce una rielaborazione della relazione presentata dall’Autrice al convegno “Appalti, sicurezza, lavoro dalla norma alla prassi” svoltosi presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli studi di Bologna il 25 giugno 2024. La prima versione del presente contributo è stata pubblicata nella Rivista di diritto della sicurezza sociale n. 3/2024. Su titolo original: Gli obblighi di sicurezza negli appalti pubblici in Italia, tra complessità ed esigenze di coordinamento.

INDICE

1. PREMESSA
2. CHIARIMENTI DEFINITORI E DI TOPOGRAFIA REGOLATIVA
 - 2.1. Intrecci soggettivi e di sfere di rischio
3. IL RISCHIO INTERFERENZIALE E GLI OBBLIGHI DI SICUREZZA NEL D. LGS. 81/2008
 - 3.1. La redazione del “Documento unico di valutazione dei rischi interferenziali” tra i compiti del “Responsabile unico del progetto”, alcune criticità
 - 3.2. Il conferimento dell’incarico al responsabile dei lavori nei cantieri
4. ALCUNI TRA GLI ALTRI COMPITI DEL “RESPONSABILE UNICO DEL PROGETTO” NEI CANTIERI: L’INTERAZIONE CON I “COORDINATORI”
5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. PREMESSA

Il tema di questo contributo si presenta particolarmente delicato perché apre a una serie di interrelazioni normative e di posizioni giuridiche soggettive che pare opportuno indagare per meglio inquadrare il sistema italiano delle regole di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori negli appalti pubblici.

Se negli appalti privati le tutele sembrano essere particolarmente labili, la logica del ribasso¹ pare, d’altra parte, non dissimile tra pubblico e privato; è oramai noto che la precarietà contrattuale e salariale si ponga in rapporto di immediata proporzionalità con l’insicurezza sul lavoro: una questione che, negli appalti, è particolarmente problematica².

In tale ambito acquistano rilevanza non solo la scomposizione e moltiplicazione delle figure e delle responsabilità prevenzionistiche, ma anche l’«evanescenza della figura del datore di lavoro»³ per la diversificazione dei centri di potere decisionale: negli appalti, il governo della prevenzione è più complicato per la c.d.

¹ Si trovano riferimenti a tale fenomeno di “scarico” in Buoso S., “Le morti bianche nella «Repubblica fondata sul lavoro». Il sistema di sicurezza nella società del rischio”. *Quaderni Costituzionali*, 3/2023, p. 778 a margine di un’analisi della Relazione sull’attività svolta dalla Commissione parlamentare d’inchiesta della XVIII Legislatura sulle condizioni di lavoro in Italia, sullo sfruttamento e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro pubblici e privati, 21 aprile 2022.

² Un breve cenno è opportuno all’originale iniziativa di stipulazione di un protocollo d’intesa per la concessione del credito e la sicurezza nei cantieri, stipulato nel settore bancario: cfr. Pascucci P., “Protocollo d’intesa per la concessione del credito e per la sicurezza dei cantieri edili”. *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1/2024, p. 1 ss.

³ Focareta F., “Responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro negli appalti”, *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 14/1993, p. 140; Corazza L., “Contractual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore”, Padova, 2004, p. 182, in particolare sulla consapevolezza dottrinale circa il fatto che «la segmentazione del processo produttivo può produrre effetti sulla tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, e più in generale, sul diritto a prestare lavoro in un ambiente salubre e sicuro».

promiscuità (a causa della realizzazione di un'opera o di un servizio all'interno dell'azienda del datore di lavoro committente) o per la c.d. scorporazione (a causa della suddivisione dell'opera o del servizio in segmenti diversi affidati a soggetti diversi), col generarsi di rischi aggiuntivi oltre a quelli ordinari di ciascun luogo di lavoro⁴.

Il Codice dei contratti pubblici – di cui al d. lgs. n. 36 del 2023 di attuazione della legge delega n. 78 del 2022⁵ – è intervenuto, recentemente, per revisionare l'impianto complessivo in materia: soprattutto con riguardo alla disciplina generale degli appalti pubblici ma con alcuni risvolti interessanti che toccano il lavoro e, per quanto qui oggetto di approfondimento, l'impianto della sicurezza sul lavoro. Per la parte generale, qui si ricorda soltanto l'estremo interesse del nuovo obbligo di cui all'art. 11 del Codice dei contratti pubblici di indicare nel bando di gara, da parte della stazione appaltante, il contratto collettivo applicabile, sottoscritto dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ma anche coerente con l'attività oggetto di appalto o della concessione svolta dall'impresa in modo prevalente⁶.

Tralasciando tali temi più generali, ci si deve anzitutto chiedere se, all'interno del testo normativo del nuovo Codice dei contratti pubblici, si trovino disposizioni regolative autosufficienti con riguardo alla sicurezza sul lavoro: la domanda è retorica in quanto già *prima facie* si nota che non basta svolgere un'analisi all'interno del ponderoso testo del d. lgs. n. 36 del 2023 (cinque libri e molteplici allegati), ma occorre, senz'altro, coordinarla con la disciplina generale del d. lgs. 81/08, in particolare con le disposizioni del Titolo I nella sezione I del capo III rubricato "Misure di tutela e obblighi" (soprattutto con l'art. 26), ma anche del titolo IV sui "Cantieri temporanei e mobili" (artt. 88 e ss.).

È necessario, in altre parole, un coordinamento tra fonti che non può prescindere dal riferimento al c.d. Testo unico sulla salute e sicurezza del 2008.

È bene segnalare, fin da ora, la "provvisorietà" che contraddistingue la disciplina del d. lgs. 36/2023, soprattutto con riguardo ai suoi allegati, all'interno

⁴ Pasquarella V., "La tutela della salute e sicurezza negli appalti", in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milanofiori Assago, 2014, p. 139.

⁵ Con riguardo all'accoglimento con favore della legge delega n. 78/2022, mossa dal fine di «razionalizzare, riordinare e rivisitare compiutamente un quadro normativo divenuto negli ultimi anni troppo frammentato e disomogeneo», si veda Angelini L., "A proposito di costi e oneri per la sicurezza negli appalti (pubblici e privati) e nei cantieri: un puzzle normativo non facilmente componibile!". *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2022, pp. 33-34.

⁶ Soprattutto sulle criticità del «principio di equivalenza»: Giaconi M., "Il nuovo codice e le tutele sociali dal punto di vista del giuslavorista. Verso un appalto pubblico socialmente sostenibile?". *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2024, I, p. 63; e più in generale: Martelloni F., "Appalti pubblici, tutele sociali e ruolo di istituzioni e sindacato nel contesto locale". *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2024, I, 100 ss.

dei quali si trovano numerosi riferimenti alle questioni della sicurezza sul lavoro: in vari passi del testo vigente al tempo di elaborazione di questo scritto viene annunciata l'abrogazione di specifici allegati «a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento», idoneo a «sostituirlo integralmente anche in qualità di allegato al codice»⁷. È vivace, poi, l'attività dell'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in poi Anac) che, nell'estate 2024, ha pubblicato un documento volto a segnalare le criticità in materia di contratti pubblici, proprio in vista di una possibile revisione del codice⁸; anche di questo, quindi, si deve tenere conto.

Tale opera di sistematizzazione assume notevoli significati non soltanto perché consente di tornare sul tema dell'universalismo della disciplina della sicurezza, che coinvolge, quanto a campo di applicazione oggettivo, tutti i settori di attività «privati e pubblici» (art. 3 co. 1 d. lgs. 81/2008); ma anche perché consente di vedere in filigrana la disciplina della sicurezza negli appalti nel peculiare settore pubblico, in cui l'organizzazione è deputata a raggiungere finalità di interesse generale⁹. Sono, in altre parole, molte le ragioni per svolgere tale sforzo conoscitivo sebbene – pare utile anticiparlo fin da ora – il dato regolativo di diritto positivo potrebbe presentarsi non del tutto idoneo a favorire risposte certe e risolutive, soprattutto in considerazione delle criticità del possibile risvolto sanzionatorio penalistico.

2. CHIARIMENTI DEFINITORI E DI TOPOGRAFIA REGOLATIVA

Nell'andare alla ricerca, nel testo del nuovo Codice dei contratti pubblici, delle disposizioni specificamente riguardanti la sicurezza sul lavoro torna alla mente il filosofo Diogene che, provocatoriamente, cercava con la lanterna in pieno giorno il vero uomo. La metafora rende il senso di una ricerca complessa, vertente su una specifica categoria di norme in un contesto regolativo esteso e dedicato, perlopiù, a temi d'interesse amministrativistico.

Nel *corpus* regolativo del d. lgs. n. 36/2023 rileva ai nostri fini, soprattutto, l'art. 15 che definisce la figura del Responsabile unico del progetto (d'ora in poi RUP), principale protagonista della gestione della sicurezza sul lavoro negli appalti pubblici, come risulta dalle specificazioni rintracciabili nell'allegato I.2¹⁰. Già secondo la Relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti del 7 dicembre 2022, con la novella si è trattato di ridisegnare la portata e la figura del RUP che

⁷ Così, per esempio, al co. 5 dell'art. 15 sul Responsabile unico del progetto (RUP).

⁸ Anac, *Criticità e segnalazioni in materia di contratti pubblici*, 23 luglio 2024.

⁹ Rusciano M., "Introduzione", in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, p. XXII.

¹⁰ Per l'approfondimento si fa rinvio al § 3.1 e seguenti.

è responsabile “di progetto” e non più “di procedimento”¹¹. Il RUP è nominato – tra i dipendenti della stazione appaltante o dell’ente concedente (così il co. 2) – all’avvio dell’intervento pubblico per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l’esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice (così il co. 1).

Sempre nel *corpus* regolativo, un riferimento importante alle gravi infrazioni alle «norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro», nonché «agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale», si trova tra le cause di esclusione c.d. «non automatica» (ossia discrezionali) di cui all’art. 95 del d. lgs. 36/2023: la stazione appaltante è abilitata ad escludere dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora sussistano dette gravi infrazioni, debitamente accertate; secondo la giurisprudenza formatasi con riguardo al previgente codice, l’amministrazione potrebbe, tra l’altro, avvalersi di qualsiasi mezzo di prova tra cui, per esempio, i verbali di contestazione emessi dall’Ispettorato del Lavoro¹².

Nell’ambito di un numero notevole di allegati, occorrerà circoscrivere l’attenzione sull’allegato I.1, costituito da tre articoli importanti per la definizione rispettivamente dei soggetti, dei contratti e delle procedure e degli strumenti; nonché sul I.2, che racchiude, a sua volta, disposizioni interessanti, negli articoli da 1 a 9, sulla figura del RUP, con chiarimenti sul piano soggettivo (circa la sua professionalità) e oggettivo (con riguardo ai compiti).

Pare utile soffermarsi selettivamente e brevemente su alcune definizioni aventi rilievo introduttivo dei temi di cui ci si occuperà.

L’art. 2 co. 1 lett. b) dell’allegato I.1 recita che per «contratti di appalto» o «appalti pubblici» s’intendono «i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi».

Al medesimo allegato, la finalizzazione della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori coinvolti viene in rilievo per qualificare gli «appalti di lavori complessi». Si tratta di appalti che, secondo il testo della lett. d) dello stesso articolo, sono caratterizzati «da particolare complessità» in relazione, per esempio, alla tipologia di opere, all’utilizzo di materiali, alla necessità di coordinare discipline eterogenee

¹¹ L’acronimo è rimasto il medesimo, il riferimento è quindi alla persona fisica e non all’ufficio, non essendo figura coincidente con quella del responsabile del procedimento di cui alla l. 241/1990. Il legislatore ha inteso superare l’equivoco concettuale derivante dalla possibile sovrapposibilità con la disciplina della legge sul procedimento amministrativo dato che il Responsabile unico del progetto è responsabile non di uno o più procedimenti ma di tutto l’intervento pubblico. Cfr. Relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti, 7 dicembre 2022.

¹² Denicolò M., “art. 95”, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, 2023, Milano, p. 631. Cfr. Cons. di Stato 24 settembre 2020, n. 5564.

(per esempio). Il secondo periodo è interessante perché mette in evidenza che «in ogni caso sono complessi tutti quei lavori per i quali si richieda un elevato livello di conoscenza», oltre che «per mitigare il rischio di allungamento dei tempi contrattuali o il superamento dei costi previsti», anche «per tutelare la salute e sicurezza dei lavoratori coinvolti». Come si legge in numerosi passi del testo normativo – senza potere qui occuparsene con dovizia di dettagli – la *complessità* è parametro di nomina di diverse figure deputate a dare esecuzione ai contratti: si pensi, per esempio, all’art. 114 del d. lgs. 36/2023, con riferimento alla nomina del direttore dei lavori¹³, possibilmente coadiuvato da un ufficio di direzione proprio in relazione alla complessità dell’intervento.

2.1. Intrecci soggettivi e di sfere di rischio

La moltiplicazione soggettiva propria dell’ambito degli appalti pubblici va affrontata e collocata nel contesto del sistema plurale di debitori di sicurezza in cui, è noto, i “garanti” o “gestori del rischio”¹⁴ – per mutuare la terminologia penalistica – sono, ordinariamente, datore di lavoro, dirigente e preposto, in quanto figure operative rispetto alle quali il debito di sicurezza è diviso in proporzione del *quantum* dei poteri loro attribuiti.

A questi garanti di rilievo “generale” se ne affiancano altri di rilievo “speciale”, in particolari settori di attività come quello degli appalti: committente, responsabile dei lavori, coordinatore della sicurezza in fase di progettazione, coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione. Rispetto a questi – tutti i soggetti citati – il legislatore del d. lgs. 81/2008 ha stabilito una serie di fattispecie contravvenzionali la cui realizzazione è fonte di responsabilità penale¹⁵.

Negli appalti rileva, in specie, il rischio interferenziale e quello specifico dell’appaltatore; si discute se il c.d. rischio infrastrutturale, nei cantieri, possa avere un’autonoma considerazione quale *tertium genus*¹⁶.

Ebbene, nella tutela della sicurezza negli appalti pubblici si ritrova una figura che non rientra tra quelle menzionate e, conseguentemente, si potrebbe pensare

¹³ La figura del direttore dei lavori non verrà presa, qui, in specifica considerazione trattandosi di una figura tecnica deputata alla sorveglianza sulla buona esecuzione dell’opera. Cfr. Guariniello R., “Direttore dei lavori: obblighi e responsabilità”. *Diritto e pratica del lavoro*, 2023, p. IV.

¹⁴ Ripercorre il rilievo di tali nozioni penalistiche Castronuovo D., “La sicurezza del lavoro nelle piccole e medie imprese: profili di responsabilità penale”, in L. Picotti (a cura di), *Rischio, governance, responsabilità nei settori dell’edilizia e dell’agricoltura nell’area veneta. Una ricerca empirica e interdisciplinare*, Napoli, 2023, p. 83 ss.

¹⁵ Tordini Cagli S., “I soggetti responsabili”, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2023, p. 76 ss.

¹⁶ Si tratterebbe di una tipologia di rischio «da tenere distinta da quello specifico» dell’affidataria, la giurisprudenza qualifica il rischio infrastrutturale come «rischio non immediatamente riconoscibile da chiunque, ma soltanto da chi sia in possesso di una specifica

che non ricopra una posizione di garanzia, perlomeno originaria. Si tratta, appunto, del Responsabile unico del progetto che, tuttavia, sulla base dell'enumerazione dei suoi compiti inerenti alla sicurezza (all'art. 8 dell'allegato I.2), parrebbe non esserne estraneo e, comunque, interagisce con le menzionate figure di garanzia.

Lo scopo di questa analisi è, dunque, di interrogarsi sulla sua collocazione soggettiva e sistemica con riguardo al conseguimento delle finalità proprie della migliore tutela della salute e sicurezza.

Si pensi, soltanto a titolo esemplificativo, che il RUP «vigila insieme al direttore dei lavori e al coordinatore in fase di esecuzione, sul rispetto degli oneri di sicurezza relativi alle prestazioni affidate in subappalto» (art. 8 lett. c); oppure: «adotta gli atti di competenza a seguito delle iniziative e delle segnalazioni del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione sentito il direttore dei lavori, laddove tali figure non coincidano» (art. 8 lett. d); o ancora: «svolge su delega del soggetto di cui all'art. 26 co. 3 del d.lgs. 81/2008, i compiti ivi previsti» (art. 8 lett. e) infine «assume il ruolo di responsabile dei lavori ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro» (art. 8 lett. f).

Salva l'ipotesi di coincidenza soggettiva con la figura del responsabile dei lavori in cui non parrebbe discutibile l'assunzione anche di quella posizione di garanzia, c'è da interrogarsi sul significato tipologico della delega di redazione del DUVRI poc'anzi menzionata oppure sull'«intreccio cooperativo» che potrebbe derivare dalla necessaria interazione tra il RUP e gli altri garanti negli appalti, con un necessario avvertimento: sarebbe importante evitare «indebite sovrapposizioni»¹⁷.

Si può, d'altronde, sostenere con ragionevole certezza che la committenza ha un ruolo fondamentale nella gestione della sicurezza negli appalti privati come in quelli pubblici, sia che si svolgano all'interno dell'organizzazione del committente che nell'ambito di lavori edili in cantieri esterni¹⁸; il debito di sicurezza del committente è diverso da quello delle figure operative e prevede il residuo di profili di *culpa in eligendo*, qualora venga per esempio scelto un responsabile dei lavori tecnicamente inidoneo, o di *culpa in vigilando*, qualora non venga assolto

competenza tecnico-professionale, dunque di settoriali conoscenze circa le procedure, le tecniche e le precauzioni da adottare nel contesto considerato», guardando in ottica unitaria l'infrastruttura entro cui si colloca la lavorazione. Sul punto, v. Rota A., «Sicurezza sul lavoro nei cantieri: la responsabilità del coordinatore in fase di esecuzione ed il rischio infrastrutturale». *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, II, p. 595 ss.

¹⁷ Piva D., «Legalità e sicurezza nei lavori in appalto: qualità dell'impresa e gestione dei rischi interferenziali». *Sistema penale*, 31 luglio 2024, p. 2 ss.; con riguardo ad alcune puntualizzazioni sul principio di personalità Piva D., «Rischio penale per l'«altrui interferenza» e cumulo di responsabilità nelle attività di cantiere». *Rivista critica di diritto penale*, 2009, p. 947.

¹⁸ Mattarolo M. G., «La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori negli appalti pubblici e nei cantieri temporanei o mobili: il ruolo della committenza», in M. T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Milanofiori Assago, 2011, p. 441.

lo spettante dovere di vigilanza. «Il capo della filiera dell'appalto», appunto il committente, è investito di obblighi di iniziativa e di collaborazione, penalmente sanzionati, sancendo definitivamente il «tramonto del divieto di ingerenza, confinato ora esclusivamente all'area dei rischi specifici propri dell'attività dell'appaltatore»¹⁹.

Se il committente assume una posizione di garanzia primaria rispetto alla valutazione, formalizzazione e gestione dei rischi interferenziali in termini di elaborazione documentale; e se il medesimo costituisce il «perno intorno al quale ruota la sicurezza» sul lavoro in cantiere²⁰, occorre, allora, chiedersi negli appalti pubblici, quanto di questa posizione di garanzia si «riverberi» sul RUP, essendo tra l'altro «espressione» della stazione appaltante, in quanto dipendente della stessa²¹.

Negli appalti pubblici si potrebbero, pertanto, individuare regimi differenti: uno apparentemente più semplificato vigente negli appalti interni e uno comportante un'articolazione più estesa e plurisoggettiva nella disciplina cantieristica, soprattutto a fronte della compresenza anche non contemporanea di più imprese affidatarie.

È, d'altra parte, più «circoscritto» il ruolo dell'appaltatore, al quale è richiesto di governare, in particolare, i rischi specifici della propria attività nell'ambito della sua autonomia organizzativa oltretutto di cooperare nella valutazione dei rischi interferenziali di cui il committente assume il coordinamento; rispetto ai rischi specifici delle imprese esecutrici non si può ignorare, invero, che risponderanno i soggetti con posizioni di garanzia comuni: datore di lavoro, dirigente, preposto dell'impresa appaltatrice stessa.

Resta salvo, lo si deve ricordare, il rilievo del principio di effettività – di cui all'art. 299 del d. lgs. 81/2008 sull'esercizio di fatto di poteri direttivi pur in assenza di regolare investitura – a fungere da «pavimento di protezione» di ultima istanza là dove si verificano fenomeni di degenerazione «di fatto» che potrebbero tradursi, nell'ambito del contesto qui rappresentato, per esempio nell'ingerenza da

¹⁹ Bertocco S., «La posizione di garanzia del datore di lavoro-committente negli appalti interni», in M. T. Carinci, C. Cester, M. G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Milanofiori Assago, 2011, p. 137.

²⁰ In questi termini: Cass. penale Sez. IV 30 giugno 2018, n. 26121; Cass. penale Sez. IV 20 novembre 2009, n. 1490; Cass. Penale Sez. III 07 luglio 2003, n. 28774. Si veda, in particolare, Tullini P., «Artt. 89-90 e 113», in *La nuova sicurezza sul lavoro*, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, Bologna, 2011, II, p. 94 ss.

²¹ Vale la pena ricordare che il committente potrebbe liberarsi dei propri obblighi prudenziali incaricando il responsabile dei lavori, ai sensi dell'art. 89 co. 1 lett. c) del d. lgs. 81/2008 (cfr. § 3.1 e § 3.2). Natullo G., «Ambiente di lavoro e tutela della salute», Torino, 2020, p. 93.

parte del committente nell'attività propria dell'appaltatore, portandolo a ricoprire il ruolo di datore di lavoro di fatto²².

Non potendo entrare nel merito dei formidabili quesiti di matrice penalistica che potrebbero originare dagli incroci soggettivi e di disciplina ora accennati (volti a determinare situazioni di anteposizione o postposizione soggettiva e, conseguentemente sul piano relazionale, livelli di cooperazione o corresponsabilità differenti)²³, ci si occuperà, nel prosieguo, di fare luce – dal punto di vista del giuslavorista – su alcune delle questioni giuridiche più significative concernenti gli adempimenti di sicurezza e le posizioni soggettive, nel contesto degli appalti pubblici, chiarimento sul funzionamento del sistema di sicurezza negli appalti pubblici, mettendone in evidenza le aporie.

3. IL RISCHIO INTERFERENZIALE E GLI OBBLIGHI DI SICUREZZA NEL D. LGS. 81/2008

Come noto, è lo stesso art. 26 del d. lgs. 81/2008²⁴, al co. 7, a stabilire che in materia di appalti pubblici, per quanto non diversamente disposto, trovano applicazione le disposizioni del d. lgs. 81/08: un collegamento tra disciplina del settore pubblico e di quello privato volto a «rendere più omogenea la tutela dei lavoratori utilizzati nei processi di affidamento e di terziarizzazione, peraltro facendo salva la speciale normativa del Codice dei contratti pubblici»²⁵.

Con riguardo agli adempimenti di sicurezza che costituiscono l'oggetto della disciplina prevenzionale non si può, dunque, prescindere dal suo dettato: in esso si rintraccia la sostanza degli obblighi informativi, di cooperazione e di coordinamento tra datore di lavoro e/o committente e appaltatore (così come

²² Nell'ambito di un inquadramento più ampio riguardante i reati fallimentari, con un'analisi sull'equiparazione giuridica di cui all'art. 299 del d. lgs. 81/2008, si veda Girani R., "La clausola di equiparazione di cui all'art. 299 d. lgs. 81/2008: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Cassazione". *Sistema penale*, 2024, p. 58 ss. Su "autonomia" dell'appaltatore e ingerenza del committente, cfr. Bonardi O., "La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti", in *WP Olympus*, n. 26/2013, p. 30 ss.

²³ Piva D., "Legalità e sicurezza nei lavori in appalto: qualità dell'impresa e gestione dei rischi interferenziali", cit., p. 4.

²⁴ Il campo di applicazione prevede, anche, l'affidamento di lavori mediante contratto d'opera o somministrazione, con una disomogeneità tra rubrica e contenuto precettivo.

²⁵ La *ratio legis* dell'art. 26 è quella di introdurre «una tutela appropriata a favore dei lavoratori nei fenomeni di segmentazione organizzativo-produttiva» in grado di produrre un rischio aggiuntivo: v., *inter alia*, Tullini P., "Art. 26", in *La nuova sicurezza sul lavoro*, Commentario diretto da Montuschi L., Bologna, 2011, I, p. 271; circa il «depotenziamento della specialità della materia e il progressivo allineamento con la disciplina degli appalti in ambito privato», v. Rossi S., "L'obbligo di sicurezza negli appalti", in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina lavoristica*, Torino, 2017, p. 55.

emerge ai commi 1 e 2 dell'art. 26). È bene rimarcare che il committente, in questo quadro, svolge un ruolo importante sul piano della promozione di tali raccordi con l'appaltatore, allo scopo di ovviare al possibile vuoto organizzativo derivante dalla segmentazione del potere decisionale, proprio di un ambito rischioso come quello degli appalti²⁶. A monte non si possono, qui, omettere di segnalare – sempre in capo al committente – gli obblighi di verifica dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici (art. 26 co. 1 lett. a) e quelli informativi circa i rischi specifici presenti nell'ambiente di lavoro nonché circa le misure di prevenzione ed emergenza adottate (art. 26 co. 1 lett. b); tali obblighi volti ad anticipare la soglia di tutela precedono, in un certo qual modo, gli obblighi di cooperazione, informazione reciproca e coordinamento con gli altri datori di lavoro che permangono durante tutta l'esecuzione dei lavori e sui quali ci si soffermerà maggiormente in queste pagine. Nell'economia di questo contributo passa in secondo piano – sebbene, comunque, degno di nota – il regime di solidarietà di cui all'art. 26 co. 4 del d. lgs. 81/2008 circa il coinvolgimento del patrimonio del committente in funzione di garanzia di specifici crediti vantati dal lavoratore nei confronti dell'appaltatore o del subappaltatore; tali disposizioni assumono importanti significati per la tutela della salute e sicurezza dal momento che «il rischio che corre il committente di dover rispondere con il proprio patrimonio della pretesa risarcitoria del lavoratore che ha subito l'infortunio lo indurrebbe a valutare adeguatamente la capacità dell'appaltatore di gestire la sicurezza dei propri dipendenti»²⁷.

Orbene, come la giurisprudenza insegna, il c.d. rischio interferenziale è legato ai rischi inerenti all'ambiente di lavoro «ma ne rappresenta un insieme più ampio che determina un ampliamento dell'area di rischio originariamente gestita dal singolo datore di lavoro in relazione alla specifica attività svolta dai suoi dipendenti»²⁸. Fin dalla Determinazione n. 3/2008 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'interferenza è stata definita come «circostanza in cui si verifica un contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore» o tra imprese diverse che operano nella stessa sede con

²⁶ Pasquarella V., “Spigolature in materia di sicurezza negli appalti: l'edilizia nel “mirino” del legislatore”, in G. Natullo, R. Santucci (a cura di), *Ambiente e sicurezza sul lavoro. Quali tutele in vista del testo unico?*, Milano, 2008, p. 203.

²⁷ Tremolada M., “Responsabilità solidale e sicurezza del lavoro negli appalti”, in M. T. Carinci, C. Cester, M. G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Milanofiori Assago, 2011, p. 185.

²⁸ Si veda di recente Cass. Penale Sez. IV 30 marzo 2023, n. 13291, in *olympus.uniurb.it*, quanto all'assolvimento «da parte del committente, del primigenio obbligo informativo (...) al quale tale garante deve ottemperare mediante la corretta redazione del DUVRI»; con riguardo alla distinzione tra rischi “incidenti” e “interferenti”, la sentenza ulteriormente precisa che il datore dell'impresa appaltatrice deve essere in condizione di conoscere preventivamente i rischi inerenti all'ambiente di lavoro “incidenti” sull'attività oggetto dell'appalto (per la relazione intercorrente tra ambiente e attività appaltata) ma anche di quelli “interferenti” con tale attività (generati dal contatto tra lavoratori dipendenti da imprese diverse).

contratti differenti. Il concetto di interferenza è, poi, ripetutamente affrontato dalla giurisprudenza penale venendo rappresentato come «il contatto rischioso tra il personale di imprese diverse operanti nello stesso contesto aziendale, in quanto la *ratio* della norma è quella di obbligare il datore di lavoro ad organizzare la prevenzione dei rischi interferenziali attivando percorsi condivisi di informazione e cooperazione nonché soluzioni comuni di problematiche complesse»²⁹.

Ci si soffermerà, qui, in particolare sull'obbligo di cui all'art. 26 co. 3 di elaborazione di un unico documento di valutazione dei rischi (d'ora in poi DUVRI) inteso come modalità concreta della collaborazione tra datore di lavoro committente e appaltatore nella pianificazione della sicurezza; da tale valutazione restano, com'è precisato nello stesso testo, esclusi i rischi specifici propri delle imprese appaltatrici³⁰. Circa il campo di applicazione della misura è sufficiente ricordare, d'altronde, che la sua elaborazione è esclusa per i servizi di natura intellettuale, per le mere forniture di materiali o attrezzature e per lavori/servizi di durata non superiore a cinque uomini-giorno.

Il punto relativo alla titolarità di questo obbligo è interessante non solo perché si possono ritenere ormai superati i dubbi iniziali circa la sua trasferibilità da parte del datore di lavoro ad altri soggetti mediante delega di funzioni³¹; ma anche perché, proprio con riguardo al settore pubblico, è precisato – all'ultimo periodo del comma 3 – che è prerogativa del «soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dello specifico appalto»³². Tale ultima puntualizzazione circa il riferirsi del potere decisionale e di spesa allo specifico appalto porta ad osservare che la disciplina non richiede una piena sovrapposibilità con la figura di datore di lavoro pubblico, secondo la definizione dell'art. 2 lett. b, secondo periodo, del d. lgs. 81/2008³³. Il committente pubblico è colui che di fatto gestisce l'appalto pubblico per avere poteri decisionali e di spesa, non coincidendo perciò con il legale rappresentante dell'ente pubblico o con l'organo di vertice.

Al co. 3 ter dell'art. 26 si trova un'altra precisazione che riguarda, ancora, gli appalti pubblici: nei casi in cui il contratto sia affidato da una centrale di committenza

²⁹ Così Cass. Penale Sez. IV 30 maggio 2024, n. 21528.

³⁰ Per il committente vige un obbligo di elaborazione del DUVRI, procedendo, altresì, «a una coerente promozione di sinergiche attività preventive», così Cass. Penale Sez. IV 02 agosto 2022, n. 30397.

³¹ Il dato letterale è chiaro nello stabilire tra gli obblighi del datore di lavoro e del dirigente di cui all'art. 18 lett. p) anche la redazione del DUVRI.

³² Nello stesso senso anche l'art. 89 lett. b), secondo periodo, del d. lgs. 81/2008, con riguardo alla definizione di committente.

³³ Se ne ricorda il contenuto a fini più che altro didascalici: «nelle pubbliche amministrazioni (...) per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale (...)».

o non vi sia coincidenza tra datore di lavoro e committente³⁴, il soggetto che affida il contratto redige il documento di valutazione dei rischi da interferenze recante una valutazione ricognitiva dei rischi standard relativi alla tipologia della prestazione che potrebbero potenzialmente derivare dall'esecuzione del contratto, integrato prima dell'inizio dell'esecuzione, dal soggetto presso il quale deve essere eseguito il contratto, riferendolo ai rischi specifici da interferenza nei luoghi in cui verrà espletato l'appalto. Verrebbe a trattarsi, in tal caso, di un DUVRI a «formazione progressiva», con la facoltà riconosciuta all'appaltatore di proporre integrazioni e correzioni³⁵.

3.1. La redazione del DUVRI tra i compiti del RUP, alcune criticità

Un importante ponte regolativo tra d. lgs. 36/2023 e d. lgs. 81/2008, rispetto alla gestione dei rischi da interferenza, viene costruito nell'ambito degli specifici compiti del RUP, nominato all'atto di avvio dell'intervento pubblico³⁶, ai sensi dell'art. 15 co. 1 del d. lgs. n. 36/2023.

Si tratta, come anticipato, di una figura di rilievo decisivo per il raggiungimento degli obiettivi prevenzionistici, infatti, ai sensi dell'art. 6 co. 1 dell'allegato I.2, il RUP «per la fase di esecuzione vigila, in particolare, sul rispetto delle norme poste a presidio della sicurezza e della salute dei lavoratori», con compiti specifici di cui all'art. 8 del medesimo allegato.

È proprio l'art. 8 lett. e) a gettare un solido ponte verso il d. lgs. 81/2008 stabilendo che il RUP «svolge, su delega del soggetto di cui all'art. 26, comma 3, del d. lgs. 81/2008, i compiti ivi previsti, qualora non sia prevista la predisposizione del piano di sicurezza e di coordinamento» (d'ora in poi PSC).

Pare immediatamente chiaro che il RUP sia il soggetto a cui spetta la promozione della cooperazione e del coordinamento mediante la redazione del DUVRI, ove non si entri nel campo di applicazione del titolo IV del d. lgs. 81/2008 sui cantieri temporanei e mobili, che viene ivi presentato come alternativo. Quest'ultima disciplina – lo si ricorda – è da applicarsi qualora si faccia luogo alla presenza anche non contemporanea di più imprese affidatarie, beninteso: ove si tratti di lavori edili o di ingegneria civile.

³⁴ L'ipotesi determina una «dissociazione del soggetto che aggiudica l'appalto e del soggetto presso cui trova esecuzione», «anomalia» dovuta alla centralizzazione degli acquisti v. Federici A., «Appaltatori e subappaltatori», in M. Persiani, M. Lepore (diretto da), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Milanofiori Assago, 2012, p. 259.

³⁵ Varva S., «Il lavoro negli appalti pubblici», in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milanofiori Assago, 2014, p. 230.

³⁶ Peruzzi M., «Appalti e sicurezza». *Variazioni sui temi di diritto del lavoro*, 2023, p. 925.

Meno limpido è, invece, il titolo sulla base del quale il RUP è tenuto a svolgere i compiti di cui all'art. 26 co. 3 del d. lgs. 81/2008. Infatti, con una tecnica legislativa che dà adito a non poche incertezze, viene affermato che lo svolgimento delle attività di cui all'art. 26 co. 3 avviene «su delega» del datore di lavoro committente. L'indicazione letterale secondo cui il RUP «svolge su delega del soggetto di cui all'art. 26», senza indicare eventualmente la “facoltà” di svolgere quell'attività, per taluni farebbe intuire l'obbligatorietà della delega là dove, invece, l'art. 26 co. 3 del d. lgs. 81/2008 prevederebbe una facoltà di delegare la redazione del DUVRI da parte del datore di lavoro committente³⁷.

Si tratta di un punto sul quale giova soffermarsi per mettere in evidenza criticità e problematiche di rilievo interpretativo: ci si dovrebbe, invero, interrogare se fosse da intendere o meno come *delega di funzioni* nel senso tecnico noto ai cultori della sicurezza sul lavoro (ex art. 16 d. lgs. 81/2008), con il conseguente trasferimento di poteri e responsabilità di matrice penale; non solo, ne deriverebbe, in tal caso, anche il residuo di un obbligo di vigilanza in capo al delegante. Ciò significherebbe non solo richiedere, per il perfezionamento della delega, la presenza dei requisiti formali e sostanziali di cui all'art. 16 del d. lgs. 81/2008 ma anche, in definitiva, riconoscere in capo al RUP una posizione di garanzia a titolo derivativo.

Ebbene, se si considera il modo semplicistico con cui il legislatore vi fa riferimento – ossia senza specificare il carattere tipologico della delega come riconducibile all'evocato art. 16 – si potrebbe sollevare qualche dubbio.

Ci si domanda, d'altra parte, se si possa ipotizzare la “lettura” del suddetto riferimento non come delega di funzioni ma come *delega gestoria* che, anche in tal caso, richiederebbe, nondimeno, quegli specifici requisiti di cui all'art. 2381 c.c., essendo uno strumento che si colloca “ontologicamente” all'interno di strutture aziendali complesse. Come precisa la giurisprudenza penale, «pure l'art. 2381 c.c. detta le condizioni per accedere al modello della delega gestoria, i limiti entro cui è possibile ricorrervi e gli effetti che l'adozione del modello determina nel rapporto tra deleganti e delegati»; anche puntualizzando che «non può, pertanto, essere affermato in maniera generica l'affidamento della realizzazione di un'opera ad altro soggetto, per invocare, da parte del legale rappresentante di una società, l'istituto della delega ai fini di esonero della responsabilità in tema di sicurezza sul lavoro»³⁸.

Da una ricognizione della disciplina regolativa della delega di funzioni e della delega gestoria, alla luce del dato giurisprudenziale, si deve riscontrare

³⁷ Vi fa cenno, in particolare, Guariniello R., “Direttore dei lavori: obblighi e responsabilità”. *Diritto e pratica del lavoro*, 2023, p. XIV.

³⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cass. Penale Sez. IV 06 giugno 2024, n. 22839, interessante anche per la ricostruzione del rapporto tra delega di funzioni ex art. 16 d. lgs. 81/2008 e delega gestoria ex

che «la delega di funzioni (...) presuppone un trasferimento di poteri e correlati obblighi dal datore di lavoro verso altre figure non qualificabili come tali e che non lo divengono per effetto della delega», mentre «la delega di gestione, anche quando abbia ad oggetto la sicurezza sul lavoro, (...), nel caso di strutture societarie complesse, consente di concentrare i poteri decisionali e di spesa connessi alla funzione datoriale, che fa capo ad una pluralità di soggetti (ovvero i membri del consiglio di amministrazione), su alcuni di essi»³⁹.

Alla luce di tali precisazioni e delle conseguenze sul piano delle responsabilità soprattutto con riguardo alla delega di funzioni, la richiesta di una chiara formulazione letterale dell'enunciato non sarebbe ultronea.

Potrebbe non bastare – per assumere che si tratti di delega di funzioni – l'invocazione della formulazione letterale del datato Regolamento di esecuzione ed attuazione del d. lgs. n. 163/2010 recante Codice dei contratti pubblici (d.p.r. n. 207/2010, art. 10 lett. dd): in una similare elencazione dei compiti della vecchia figura del RUP si leggeva che egli «svolge, ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. 81/2008, su delega del soggetto di cui all'art. 26 co. 3 del predetto decreto legislativo i compiti previsti dal citato art. 26».

Tale esplicitazione scompare a partire dalle Linee guida n. 3 di Anac, di attuazione del d. lgs. n. 50/2016 circa la nomina, i compiti e il ruolo del RUP (cfr. art. 6 lett. d) e nell'attuale citato art. 8 lett. d) dell'allegato I.2.

Occorre rilevare, infatti, che la disciplina del d. lgs. 36/2023 non è corredata di apparato sanzionatorio. Tale constatazione aveva portato la dottrina, nelle precedenti versioni, a esprimersi per l'assoggettamento del RUP alle disposizioni generali in materia di responsabilità (civile, penale, amministrativo-contabile, disciplinare) al pari dei pubblici dipendenti⁴⁰.

Nel caso in cui, invece, il generico riferimento sopra menzionato sia inteso come delega di funzioni, si aprirebbe, probabilmente, la strada all'applicazione dell'apparato sanzionatorio penale previsto dall'art. 55 del d. lgs. 81/2008 a carico di datore di lavoro e dirigente (posto che, testualmente, il delegante sarebbe il datore

art. 2381 c.c. Sulla delega di funzioni si veda, in particolare, Mongillo V., “La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce della d. lgs. 81/2008 e del decreto correttivo”. *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2012.

³⁹ Per un ampio sviluppo argomentativo in chiave comparata tra i due “tipi” di delega si veda Cass. Penale Sez. IV 27 febbraio 2023, n. 8476, ulteriormente precisando che «il fatto che nel primo caso venga in rilievo il trasferimento di alcune funzioni e nel secondo caso la concentrazione dell'esercizio (*rectius* della gestione) della funzione, determina conseguenze in ordine al contenuto della delega, nonché in ordine alla modulazione dei rapporti fra deleganti e delegati»; anche per richiami a Cass. Sez. Un. 24 aprile 2014, n. 38343 nel caso Thyssenkrupp.

⁴⁰ Mastragostino F., “Art. 26 co. 6 e 7”, in *La nuova sicurezza sul lavoro*, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, Bologna, 2011, I, p. 379.

di lavoro committente). Parrebbe, in ogni caso, una complicazione interpretativa – finanche una vera e propria forzatura – non del tutto convincente.

3.2. Il conferimento dell’incarico al responsabile dei lavori nei cantieri

Si potrebbe guardare, in chiave comparativa, alla disciplina di cui al titolo IV del d. lgs. 81/2008 circa il conferimento dell’incarico al responsabile dei lavori nei cantieri.

All’art. 89 lett. c) del medesimo titolo – recante “definizioni” – il responsabile dei lavori è definito come il soggetto «incaricato dal committente per svolgere i compiti ad esso attribuiti», anche precisando che, nel campo di applicazione della disciplina degli appalti pubblici, «il responsabile dei lavori è il responsabile unico del procedimento» (si tratta della vecchia denominazione del RUP). Il testo dell’art. 93 – secondo cui «il committente è esonerato delle responsabilità connesse all’adempimento degli obblighi limitatamente all’incarico conferito al responsabile dei lavori» – non aggiunge, peraltro, elementi circa l’ampiezza dell’esonero di responsabilità, né in punto di delega formale.

Al netto del fatto che sarebbe richiesta la redazione del PSC e non del DUVRI (valendo l’alternatività tra i due documenti), per questa peculiare casistica, alcuni penalisti si esprimono sulla “relazione” tra responsabile dei lavori e committente nei termini di «quasi- delega»⁴¹, ossia di un atto munito di alcuni ma non necessariamente tutti i requisiti richiesti dall’articolo 16. D’altra parte, per la giurisprudenza prevalente si dovrebbe trattare di delega formale con tutti i crismi del menzionato articolo nonché, conseguentemente, produttiva di effetti traslativi⁴².

C’è da dire che la disciplina non si esprime letteralmente in termini di “delega” ma di “incarico” al responsabile dei lavori.

Il già citato dettato del primo periodo della lett. f) dell’art. 8 afferma, tra l’altro, che il RUP «assume» il ruolo di responsabile dei lavori per il rispetto della disciplina sulla sicurezza, a ciò seguendo alcune precisazioni che riguardano specificamente i cantieri. Nella seconda parte dell’enunciato vengono, invero, fatti salvi compiti e responsabilità di cui al titolo IV del d. lgs. 81/2008, stabilendo in aggiunta una modalità peculiare di “richiesta” della nomina del coordinatore per

⁴¹ Valentini V., “Lavori in appalto”, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2023, p. 438.

⁴² Si vedano, *inter alia*, Cass. Penale Sez. IV 25 gennaio 2018, n. 10544 (con riferimento alla «nomina specifica e formale fatta nelle forme del d. lgs. 81/2008 art. 16»); Cass. Penale Sez. IV, 22 settembre 2009, n. 36869.

la sicurezza in fase di progettazione e del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione dei lavori (d'ora in poi, rispettivamente, CSP e CSE)⁴³.

Pare utile ricordare che nella dottrina si era già segnalato il «problema interpretativo non di poco conto» riguardante la discrezionalità del committente nel nominare o meno il responsabile dei lavori, discutendosi se lo stesso valga nel pubblico «visto l'automatismo previsto dalla legge nell'individuare il soggetto (il RUP) che in questo ambito deve rivestire tale qualifica»⁴⁴. Si era parlato della figura del RUP come «obbligatoria – facoltativa – obbligatoria» definendola obbligatoria nell'ambito della regolamentazione degli appalti pubblici, facoltativa quale responsabile dei lavori (perché potrebbe anche non essere nominato dal committente pubblico) e obbligatoria in caso di nomina del responsabile dei lavori, visto che tale ruolo deve essere obbligatoriamente ricoperto dal RUP. Da ciò si ricaverebbe che l'incarico andrebbe formalizzato per iscritto e accettato dall'interessato, non potendosi intendere aprioristicamente ricompreso nelle funzioni connesse alla carica di RUP: l'esonero di responsabilità di cui all'art. 93 co. 1 del d.lgs. 81/2008 opererebbe, di talché, soltanto se l'incarico soddisfi i requisiti della delega di funzioni o quest'ultima lo segua⁴⁵.

Alla luce del testo del nuovo codice dei contratti pubblici – in particolare del già menzionato art. 15 – e, quindi, della obbligatoria nomina del RUP al primo atto di avvio dell'intervento pubblico – c'è chi afferma che «ciò che in linea generale è una facoltà del committente – ossia la delega di redazione del DUVRI di cui all'articolo 26 ovvero l'incarico di responsabile dei lavori», si configurerebbe come obbligo, «individuandosi nel RUP il necessario destinatario della delega e dell'incarico»⁴⁶; si rafforzerebbe, secondo tale costruzione, la tesi della obbligatorietà.

4. ALCUNI TRA GLI ALTRI COMPITI DEL RUP NEI CANTIERI

Nell'intersezione tra titolo IV del d. lgs. 81/2008 e disciplina speciale degli appalti pubblici è degna di nota, d'altra parte, la puntualizzazione di cui al co. 1 bis dell'art. 90 sugli obblighi del committente o del responsabile dei lavori; infatti, «per i lavori pubblici» l'attuazione, in fase di progettazione dell'opera, dei principi generali di prevenzione ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. 81/2008 «avviene nel rispetto

⁴³ È confermata la formulazione delle Linee guida n. 3 di Anac del 26 ottobre 2016.

⁴⁴ Mattarolo M. G., «La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori negli appalti pubblici e nei cantieri temporanei o mobili: il ruolo della committenza», cit., p. 420.

⁴⁵ Pasquarella V., «La valorizzazione della dimensione prevenzionistica degli appalti pubblici tra vecchie e nuove fonti normative». *Il lavoro nella pubblica amministrazione*, 2009, p. 318.

⁴⁶ Peruzzi M., «Appalti e sicurezza», cit., p. 925; in tal senso anche Guariniello R., «Alla scoperta dei rapporti tra nuovo Codice dei contratti pubblici e TUSL». *Diritto e pratica del lavoro.*, 2023, p. 1175.

dei compiti attribuiti al responsabile del procedimento e al progettista». Lasciando da parte l'utilizzo della vecchia denominazione, ancora emerge il protagonismo del RUP in materia di sicurezza ma anche il frequente intersecarsi tra norme a carattere generale e speciali del settore pubblico, in tal caso con una specificazione inserita dal d. lgs. n. 106/2009.

Il RUP, dotato di specifici requisiti di professionalità e formazione delineati dall'art. 4 dell'allegato I.2 – trattandosi di «un tecnico abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, un tecnico anche di qualifica non dirigenziale che deve essere in possesso di titolo di studio e di esperienza e formazione professionale specifiche» –, svolge, nella fase di esecuzione, alcuni altri compiti rilevanti con riguardo all'attività prevenzionistica all'interno di un vasto elenco più che altro dedicato all'esecuzione dei contratti pubblici.

Vale la pena di soffermarsi, a titolo esemplificativo, sulle attività prevenzionistiche che rappresentano il rapporto tra il RUP e le altre figure aventi rilievo per la sicurezza, soprattutto nel coordinamento con la disciplina del titolo IV del d. lgs. 81/2008. Già nelle fasi regolative precedenti, il RUP – «nonostante alcuni problemi di armonizzazione delle norme» – è stato definito «il soggetto chiave nell'ambito della committenza pubblica», fino a qualificarlo addirittura come «vero *alter ego* del committente»⁴⁷.

Come si accennava – seppur brevemente – in precedenza, all'art. 8 lett. f), quello del RUP si presenta come ruolo d'impulso rispetto alla nomina di CSP e CSE. Questo consente di dare uno sguardo comparativo rispetto alla disciplina ordinaria dei cantieri, con riguardo alla nomina di questi soggetti.

Un riferimento analogo si trova, invero, all'art. 90 del d. lgs. 81/2008 relativo agli «obblighi del committente o del responsabile dei lavori», in particolare ai commi 3 e 4, secondo cui – in entrambi i casi quando siano presenti più imprese esecutrici – il committente o il responsabile dei lavori contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione designa il CSP nonché, prima dell'affidamento dei lavori, designa il CSE in possesso dei dovuti requisiti professionali.

A quest'ultimo pare utile dedicare attenzione in quanto sul CSE «grava un debito di sicurezza integralmente presidiato da responsabilità contravvenzionale e decisamente più ampio»⁴⁸ rispetto a quello del CSP⁴⁹. La stessa giurisprudenza

⁴⁷ Mattarolo M. G., «La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori negli appalti pubblici e nei cantieri temporanei o mobili: il ruolo della committenza», cit., p. 424.

⁴⁸ Valentini V., «Lavori in appalto», in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2023, p. 431 ss.; Lazzari C., «Sicurezza nei cantieri dopo la legge comunitaria 2008 e il decreto correttivo n. 106/2009». *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2010, p. 311.

⁴⁹ Molti dei suoi doveri prevenzionali sono autonomamente presidiati da sanzione penale.

penale non è stata unanime nel meglio definire i contorni della sfera di responsabilità della prima figura, passando da un orientamento iper-responsabilizzante a uno più equilibrato (e anche maggiormente condivisibile) che le attribuisca una funzione di «alta vigilanza» sull'organizzazione della sicurezza in cantiere⁵⁰, svolgendo una sorta di coordinamento macro-organizzativo e connesso, in particolare, alle verifiche sul PSC. Tale funzione di «alta vigilanza» consiste, secondo giurisprudenza concorde, «nel controllo sulla corretta osservanza, da parte delle imprese, delle disposizioni contenute nel PSC, nonché sulla scrupolosa applicazione delle procedure di lavoro a garanzia dell'incolumità dei lavoratori», a ciò aggiungendosi la «verifica dell'idoneità del Piano operativo di sicurezza» (d'ora in poi POS) e l'«assicurazione della sua coerenza rispetto al PSC», l'«adeguamento dei piani in relazione all'evoluzione dei lavori e alle modifiche intervenute verificando, altresì, che le imprese esecutrici adeguino i rispettivi POS»⁵¹.

Per riepilogare, se il Coordinatore della sicurezza in fase di progettazione redige il Piano di sicurezza e di coordinamento, il Coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione dovrà a sua volta verificare il rispetto e l'applicazione del PSC da parte degli esecutori ma anche l'idoneità del POS e la sua coerenza col PSC. La posizione di garanzia del CSE verrebbe ad affiancarsi senza però identificarsi e sovrapporsi a quella dei datori di lavoro delle imprese esecutrici, tenendo conto che il debito di sicurezza dei coordinatori è senz'altro funzionale alla gestione dei rischi interferenziali⁵², obiettivo prevenzionistico che – come si è visto – la stratificazione normativa pone in capo anche a committente, responsabile dei lavori e (come si è rappresentato al §§3.1 e 3.2) RUP, sebbene con sfumature diverse, sul piano della doverosità.

Pare, peraltro, condivisibile la riflessione sul fatto che l'attribuzione di autentici obblighi impeditivi ad altri soggetti, «quasi che l'essere promanazione della committenza valga a coinvolgerli per automatismo nella relativa posizione di garanzia»⁵³, costituisce profilo problematico, al quale il dato normativo letterale

⁵⁰ Rota A., «Sicurezza sul lavoro nei cantieri: la responsabilità del coordinatore in fase di esecuzione ed il rischio infrastrutturale», cit., p. 594.

⁵¹ Si veda, recentemente, Cass. Penale Sez. IV 30 luglio 2024, n. 25906. Sull'oggetto dell'«alta vigilanza»: il rischio c.d. generico circa le fonti di pericolo riconducibili all'ambiente di lavoro, al modo in cui sono organizzate le attività, alle procedure lavorative e alla convergenza di più imprese (escludendo il c.d. rischio specifico dell'attività dell'impresa appaltatrice) si veda Cass. Penale Sez. IV 19 ottobre 2023, n. 42845.

⁵² Valentini V., «Lavori in appalto», D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2023, p. 440 ss. Con riguardo al fatto che il CSE non è tenuto a un controllo momento per momento delle singole attività lavorative, «che è invece demandato alle singole figure operative», si veda Cass. Penale Sez. IV 24 maggio 2016, n. 27165; Cass. Penale Sez. IV 19 novembre 2020, n. 2293.

⁵³ Valentini V., «La re-distribuzione delle responsabilità penali nei cantieri temporanei o mobili», in F. Basenghi, L. Golzio, A. Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda*, Milanofiori Assago, 2009, p. 117.

a tratti si presta: una constatazione che potrebbe valere per il CSE ma anche per il RUP. Beninteso, non si ritiene, qui, di esprimersi con determinazioni perentorie: la scarsa sedimentazione normativa e giurisprudenziale non lo consentirebbe; si tratta, al più, di avviare e promuovere una riflessione sulle sovrapposizioni potenziali e reali tra fonti, soggetti e responsabilità che la presente disciplina evoca.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Che la relazione tra contratto di appalto e contratto di lavoro sia stata definita una «relazione “pericolosa”», per il possibile annidarsi di meccanismi patologici di tipo interpositorio e, quindi, di «fuga dalle responsabilità»⁵⁴ porta a riconoscere anche – in questa particolare area dell’ordinamento della sicurezza sul lavoro – una non secondaria criticità correlata proprio alla chiara delimitazione delle posizioni di garanzia e, dunque, di responsabilità. La pericolosità rilevabile sarebbe, pertanto, tutt’altro che metaforica e interpella i cultori di questa materia.

Emerge chiaramente che, nel d. lgs. n. 36/2023, le disposizioni relative alla tutela della sicurezza chiamano in causa a più riprese la figura del RUP: indirizzare i riflettori verso tale soggetto significa però non sottovalutare le implicazioni che, nell’ordinamento italiano, questo comporta, soprattutto con riguardo agli obblighi prevenzionistici e, vieppiù, documentali circa la valutazione dei rischi interferenziali. È stato, difatti, indispensabile interrogarsi alla luce del dato normativo letterale-sistematico ma anche giurisprudenziale oltretché dei risvolti pratici di tale identificazione.

Non costituisce, allora, un problema solo teorico riflettere sulla scomparsa della esplicitazione del riferimento all’art. 16 del d. lgs. 81/2008, circa la delega di redazione del DUVRI da parte del datore di lavoro committente al RUP. Si tratta di un profilo di ambiguità da fare venire a galla nella riflessione scientifica, nella consapevolezza che la maggiore sedimentazione successiva potrà contribuire a dare risposte.

Si è riscontrata, tra l’altro, una perdurante carenza della riflessione sistematica della dottrina non solo sul complesso intreccio tra regole del lavoro e disciplina degli appalti pubblici ma anche, e soprattutto, sulla specifica disciplina della sicurezza⁵⁵. Gli appalti pubblici possono, invece, costituire «un laboratorio di elevato interesse», non foss’altro perché «l’attore pubblico governa qui anche

⁵⁴ Cester C., Pasqualetto E., “Il campo di applicazione dell’art. 26 del Testo unico n. 81/2008”, in M. T. Carinci, C. Cester, M. G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Milanofiori Assago, 2011, p. 99.

⁵⁵ La riflessione penalistica sulla sicurezza negli appalti pubblici è praticamente assente, riguardando invece i principali studi gli appalti privati e la disciplina cantieristica.

la leva economica insieme a quella della regolazione»⁵⁶ e per la non secondaria esigenza di programmazione e integrazione di interventi coordinati tra operatori economici diversi. L'affidamento alla committenza del ruolo di promuovere tale raccordo conferma la scelta regolativa di valorizzare e responsabilizzare chi ha una visione d'insieme dell'organizzazione e del processo produttivo. La posizione del RUP sarebbe, allora, da meglio classificare e armonizzare nel modello già più solidamente strutturato nel privato e nei cantieri, tenendo conto dell'articolazione organizzativa propria delle pubbliche amministrazioni e senza dare per scontati profili che potrebbero presentarsi delicati.

⁵⁶ Scarpelli F., “La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici”, in M. T. Carinci, C. Cester, M. G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Milanofiori Assago, 2011, p. 307.

Informes y Documentos

**INFORME SOBRE LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN ANDALUCÍA
(2º TRIMESTRE, 2024)**

COORDINACIÓN:

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ
Universidad Pablo de olavide

EQUIPO DE TRABAJO:

FRANCISCO PINA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

JOSÉ MARÍA RUZ
Universidad de Córdoba

MARÍA DOLORES VALDUEZA
Universidad Carlos III de Madrid

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONSIDERACIONES SOBRE EL MAPA NEGOCIAL ANDALUZ
3. LOS CONTENIDOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ANDALUCÍA
 - 3.1. Materias clásicas abordadas por los negociadores
 - 3.1.1. Tiempo de trabajo
 - 3.1.2. Salario
 - 3.1.3. Modalidades contractuales
 - 3.1.4. Flexibilidad interna
 - 3.1.5. Seguridad y Salud
 - 3.1.6. Medidas de acción social
 - 3.2. Contenidos novedosos
 - 3.2.1. Formación
 - 3.2.2. Reglas sobre control empresarial mediante nuevas tecnologías y protección de datos
 - 3.2.3. Igualdad y protocolos de acoso laboral
 - 3.2.4. Desconexión digital
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El estudio que ahora se presenta tiene como objetivo un acercamiento cualitativo a la regulación que los convenios andaluces. A este respecto, lo que ahora se presenta es el análisis del contenido de los convenios firmados en Andalucía en el segundo trimestre del año en curso, tanto en el ámbito sectorial, como empresarial, analizando de qué forma aquellos han recogido las distintas condiciones de trabajo que en ellos se contienen.

Para ser más exactos, el presente estudio, lejos de efectuar un examen integral de todos los posibles conceptos laborales que habitualmente forman parte de un convenio, ha querido centrarse en algunos de ellos, distinguiendo las nociones laborales clásicas (jornada, salario, modalidades contractuales o flexibilidad, entre otras) de aquellas otras que la regulación social ha ido incorporando paulatinamente y de las que se ha hecho eco la negociación colectiva. Es por ello que se han ido analizando tales conceptos, uno a uno, distinguiendo en cada uno de ellos la regulación empresarial de la sectorial, es decir, en qué medida los convenios de uno u otro ámbito funcional han recogido tales materias.

Todo ello va precedido de un estudio en profundidad del mapa negocial andaluz actual, para situar todo lo que luego se dice, y que ha sido elaborado por el prof. Navarro Nieto, de la Universidad de Córdoba. En él se hace una radiografía bastante clarificadora de la estructura de nuestra negociación colectiva, señalando los distintos modelos de estructuración de la negociación, destacando que nuestro modelo se sigue apoyando en el binomio convenio sectorial estatal/provincial, si bien se resalta que existen novedades en los últimos veinte años, como la creciente

relevancia que la negociación estatal presta a la negociación sectorial. Por último, el profesor Navarro pone de manifiesto dos patologías de nuestra negociación, como son la fragmentación de la negociación por sectores de actividad y por provincias, con las disfuncionalidades que ello trae consigo.

En definitiva, con este informe se quiere poner a disposición de los estudiosos una radiografía de detalle de los principales aspectos regulatorios que hace la negociación andaluza, lo que se hará de forma trimestral y, a finales de año, presentando la valoración global anual de todas las materias analizadas.

2. CONSIDERACIONES SOBRE EL MAPA NEGOCIAL ANDALUZ

Este primer acercamiento a la estructura negocial en Andalucía se centra en los grandes sectores de actividad. Lo primero que debe ser destacado es que la negociación andaluza recupera en 2023 la ratio de convenios con vigencia expresa y se incrementa el número de trabajadores y empresas cubiertos por convenio, situándose por encima de los niveles prepandemia (2019). Por tanto, la negociación andaluza se mantiene en la línea de la negociación estatal con una alta tasa de cobertura negocial, con un papel protagonista de los convenios sectoriales (que abarcan el 99'8% de empresas y el 94'7% de trabajadores en 2023). En Andalucía los sectores más relevantes por el número de convenios son el sector agropecuario y el sector del comercio, con una creciente relevancia del segundo en los últimos años.

Una primera característica del mapa negocial andaluza es el de su estabilidad en las últimas décadas, con sus avances y sus rémoras. Se produce una progresiva reducción del número de primeros convenios (los que se negocian por primera vez), que pasan de 69 en 2021 a 23 en 2023. Son prácticamente todos convenios de empresa, que probablemente se promovieron al calor del importante papel asignado al convenio de empresa en la versión estatutaria de la Ley 3/2012, reconducido con el RDL 32/2021 (lo que ayuda a entender la caída en los datos de nuevos convenios de empresa). Lo cierto es que el número de trabajadores con convenio de empresa pasó del 10% en 2008 al 8% en 2019 (Fedea, *Papers* 2021/13). Excepcionalmente se contabilizan nuevos convenios sectoriales provinciales y autonómicos. En definitiva, muy pocos cambios en el mapa negocial sectorial de Andalucía en las dos últimas décadas.

Pasemos a describir sintéticamente ahora los avances, las disfunciones y los nuevos posibles escenarios de la negociación en Andalucía.

1. Siendo diversos los modelos de estructuración de la negociación, sigue siendo prevalente el modelo apoyado en el binomio convenio sectorial estatal/provincial.

Desde luego, el convenio provincial sigue siendo hegemónico en Andalucía. Una negociación provincial generalizada en algunos sectores e irregular en otros. Se observan, no obstante, dos tendencias de interés. Por un lado, adquiere un desarrollo significativo el esquema sectorial estatal/empresa, con supresión de los niveles sectoriales intermedios. Por otro lado, se percibe un crecimiento, aunque muy modesto, de los convenios sectoriales autonómicos, con eliminación del nivel provincial. Así, contamos recientemente con el convenio de ámbito andaluz para el subsector del transporte de enfermos, el convenio de ocio educativo y animación sociocultural y el convenio de profesorado de religión en Andalucía.

Es oportuno recordar que en sectores de actividad dominados por las pequeñas empresas o microempresas el convenio autonómico o provincial puede ser relevante como paraguas negocial de estas empresas y como vía de adaptación de la regulación sectorial estatal al concreto tejido empresarial. De hecho, la mayor cobertura sectorial se produce en España en sectores con una alta concentración de PYMES (Memoria CES 2023).

Pero ha de tenerse en cuenta también que el convenio provincial en diversos sectores de actividad fue la respuesta histórica a la desaparición de las ordenanzas laborales del franquismo y la ausencia de una regulación sectorial estatal de sustitución. De forma que los convenios provinciales se erigieron en los sustitutos naturales de las ordenanzas. Pero hoy carece de relevancia este argumento histórico con el desarrollo de una negociación sectorial estatal y con la posibilidad de articular un nivel autonómico de negociación.

2. Un dato novedoso en la evolución de la negociación sectorial en las dos últimas décadas es la creciente relevancia que la negociación estatal presta a la estructura de negociación del sector y a las reglas de concurrencia.

El sector de la construcción es un clásico, pero se pueden destacar los avances notables del tratamiento de la materia en otros sectores (como hostelería o metal). Al mismo tiempo los macrosectores herederos de las ordenanzas laborales tienden a ordenarse por subsectores en actividades con perfiles económicos propios (como se observa en el sector agroalimentario u hostelería). Este dato es relevante porque puede ser una vía de renovación negocial para nuevos sectores económicos, que no debe ser ahogada, y puede ser, al mismo tiempo, una vía para avanzar en una cultura de articulación negocial, que encuentra importantes resistencias en nuestro sistema negocial.

El problema de la negociación andaluza radica en la resistencia del nivel sectorial provincial a adaptarse a las nuevas tendencias de ordenación sectorial. Lo constatamos, por ejemplo, en el sector de conservas vegetales, donde el convenio estatal excluye niveles sectoriales inferiores, lo que no impide que algunas provincias andaluzas dispongan de convenio propio vigente. Dentro del mapa andaluz es una muestra evidente de dicha resistencia provincial el subsector del transporte de enfermos, que cuenta con un convenio de ámbito autonómico

andaluz, con la excepción de Cádiz que cuenta con su convenio provincial del transporte sanitario.

También es el caso del sector agropecuario donde se constata, por un lado, una falta de coherencia entre la estructura sectorial estatal (con convenios subsectoriales, como los de actividades forestales, acuicultura, granjas avícolas y otros animales, jardinería, mataderos de aves y conejos) y la ordenación provincial andaluza (que se desarrolla, como regla, con un convenio único de sector del campo o agropecuario). Por otro lado, cuando existen convenios subsectoriales, no existe una estructura negociada subsectorial homogénea por provincias. Finalmente, se describe una fragmentación innecesaria de la negociación provincial (así, en Cádiz contamos con el convenio del campo, de las industrias almadraberas y de viticultura). Paradigmática, también en este sentido, es la negociación en el sector de transportes de mercancías en la provincia de Sevilla (que se ordena sobre tres ámbitos convencionales: transporte por carretera, agencias de transporte, operadores logísticos).

También ilustra sobre estas tendencias el sector del metal. El convenio estatal procede a una ordenación funcional detallada del ámbito funcional del sector (art. 2 y Anexo I). Lo razonable resultaría entonces que la negociación provincial andaluza se limitase a remitirse a dicha regulación (como hacen los convenios de Córdoba, Málaga o Sevilla). Sin embargo, algunos convenios, aparte de reproducir la normativa estatal, matizan algunas actividades del ámbito funcional (Granada) o directamente proceden a definir su ámbito funcional ignorando la regulación estatal (Cádiz, Huelva).

Idéntica patología se observa en el sector del transporte de personas, donde los convenios provinciales ignoran las previsiones del Acuerdo marco estatal, limitándose a remitirse al ET como derecho supletorio.

Por tanto, en la valoración de la razonabilidad del mapa negociado andaluz por sectores de actividad debe tomarse en consideración la ordenación estatal por sectores y subsectores y buscar la coherencia dentro de Andalucía. De este modo puede carecer de sentido la fragmentación subsectorial dentro de ciertos sectores y, por el contrario, puede estar justificada una ordenación subsectorial andaluza en línea con la evolución estatal.

3. Conviene resaltar dos patologías tradicionales de la negociación andaluza que siguen estando de actualidad: la fragmentación de la negociación por sectores de actividad y por provincias.

Una primera nota llamativa de la negociación andaluza es la fragmentación de la negociación en determinados sectores de actividad, siendo paradigmático el sector del comercio, sin que existan argumentos solventes para justificar semejante proliferación convencional. De hecho, en las provincias de Córdoba, Granada, Málaga se ha evolucionado desde la fragmentación convencional al convenio

único. Carece de explicación que, en Huelva, junto a un convenio único del comercio, esté vigente otro convenio provincial para el comercio de alimentación en la provincia; o en el caso de Jaén, junto al convenio general, uno propio del comercio del metal y electricidad.

El caso gaditano se lleva la palma, donde nos encontramos el siguiente panorama: convenio colectivo de las empresas dedicadas a la comercialización al por mayor de frutas y hortalizas para Cádiz capital, convenio colectivo de actividades conexas de comercio de la construcción de la provincia de Cádiz, convenio colectivo del comercio de la piel y calzado de la provincia de Cádiz, convenio colectivo de comercio de tejidos en general, mercería, paquetería y quincalla de la provincia de Cádiz. convenio colectivo provincial para el comercio del metal, convenio colectivo de trabajo para el comercio del mueble de la provincia de Cádiz, convenio provincial de comercio alimentación mayoristas de Cádiz. convenio de detallistas de ultramarinos, supermercados y autoservicios. La fragmentación negocial en la provincia de Sevilla es otro caso paradigmático.

La situación del sector del comercio es ciertamente anómala. Existe un I Acuerdo Marco de Comercio (AMAC) (2012/2013), y un proceso negociador para la aprobación del II Acuerdo durante la década anterior, con avances en determinadas materias, como la estructura y ordenación de la negociación colectiva en el sector; de forma que, “con la finalidad de alcanzar un acuerdo final”, se procedió a sucesivas prórrogas de ultraactividad del IAMAC hasta 2018, momento en que decae dicha vigencia ultractiva y se pierde el rastro de toda actividad formal de negociación sectorial estatal.

En segundo lugar, otra disfuncionalidad es la fragmentación provincial en actividades económicas que bien pueden justificar una negociación de nivel autonómico. Por ejemplo, cabe cuestionar la estructuración por convenios provinciales en el sector de transportes de mercancías cuando el ámbito funcional aparece definido de forma semejante en todos los convenios provinciales. De hecho, el Acuerdo marco estatal reclama avanzar en una negociación de ámbito autonómico en este sector. Ya hemos apuntado que la relevancia del convenio provincial ha contado con un sustento histórico que hoy carece de relevancia.

Igualmente, cabe plantearse la justificación de la diferenciación del sector del transporte de personas y de mercancías, cuando es factible su integración en un único convenio, como lo prueba el convenio único en la provincia de Huelva. Nada impide avanzar en una negociación autonómica en este sector del transporte, como constatamos en el caso ya comentado del subsector del transporte de enfermos, con un único convenio de ámbito autonómico andaluz.

En grandes sectores donde la negociación sectorial admite distintos niveles de negociación (como construcción, metal, hostelería) los convenios estatales imponen una centralización del sistema negocial, a partir del principio de prioridad aplicativa del convenio estatal y de la amplia reserva material atribuida al mismo (en exclusiva o de regulación básica), limitando notablemente el contenido posible

de los convenios de nivel sectorial inferior, básicamente una función de adaptación o complemento. En estos sectores con convenios provinciales asentados y con un valor complementario y de adaptación al territorio no tiene especial interés el desarrollo de una negociación autonómica.

4. El ámbito negocial andaluz (intersectorial y sectorial) ante la evolución imprevisible del sistema negocial tras el RDL 2/2024.

Finalmente, el ámbito autonómico andaluz de negociación, por el momento marginal, puede estar llamado a cobrar protagonismo en los próximos años. En primer lugar, como hemos subrayado, en determinados ámbitos sectoriales se puede avanzar hacia una negociación autonómica en sustitución de una negociación provincial, contribuyendo a simplificar la estructura negocial y a reducir los costes negociales.

En segundo lugar, el conjunto de disfunciones que hemos descrito aconseja la fijación de directrices y recomendaciones mediante un acuerdo intersectorial andaluz que sirva en apoyo de una estrategia de clarificación de los ámbitos funcionales sectoriales y de simplificación y uniformidad de negociación sectorial andaluza. Esta opción de política negocial cobra todo su sentido con la reforma reciente del art. 84 ET.

En efecto, en tercer lugar, a partir de la reforma del art. 84 ET con el RDL 2/2024, el nivel autonómico de negociación puede pasar a ser un ámbito preferente de negociación en detrimento del ámbito estatal (bastante probable en determinadas CCAA y sectores), lo que otorga un relevante papel estratégico a la negociación colectiva intersectorial y sectorial andaluza.

Los escenarios en el mapa negocial español son imprevisibles tras la irrupción del nacionalismo en el escenario negocial, amparado por la nueva versión del art. 84 ET. Los agentes negociales andaluces deben contribuir a reforzar la racionalidad de la estructura del sistema negocial español en sintonía con los agentes negociales sectoriales estatales. Pero ello debe de tener como punto de partida la racionalización del mapa negocial andaluz.

3. LOS CONTENIDOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ANDALUCÍA

3.1. Materias clásicas abordadas por los negociadores

3.1.1. Tiempo de trabajo

CONVENIOS DE SECTOR

En el ámbito de los convenios de sector, y por lo que respecta al tiempo de trabajo, ocurre algo parecido a lo que ya sucedía en los convenios de empresa.

Todos ellos regulan dicha materia. Y de la misma forma que ya sucedía allí, también aquí, en el ámbito sectorial, es la jornada de trabajo la cuestión que aparece en el cien por cien de los convenios.

La regulación pormenorizada que se hace de este asunto en dichos acuerdos sectoriales en la negociación colectiva andaluza se centra fundamentalmente en aspectos relativos a la distribución irregular de la jornada (33%), al descanso semanal (66%) y al sistema de trabajo a turnos (50%). Por lo demás, se regulan otros aspectos, como el horario, el calendario laboral o la intervención que la representación de los trabajadores tiene en la fijación de la jornada en los casos en los que aquella existe.

CONVENIOS DE EMPRESA

El tiempo de trabajo es una de las materias que más se regulan en los convenios colectivos de empresa. Así, de todos los convenios firmados en el segundo trimestre del año 2024, en el cien por cien de los mismos está regulado esta materia.

En relación con los principales aspectos tratados, los conceptos que se han tenido en cuenta son Jornada, Horario, Calendario, Horas Extraordinarias. También se han contemplado dentro del concepto de Tiempo de Trabajo otros conceptos como el Trabajo a Turnos (si bien éste es una noción que queda regulado en una minoría de los acuerdos firmados) o las vacaciones, que en sentido estricto aluden al tiempo de descanso que, necesariamente, tiene que acompañar al tiempo de trabajo en el cómputo anual.

En concreto, hay que decir que en la práctica totalidad de los mismos, la jornada de trabajo es la protagonista, por cuanto que, aunque en los mismos se regula en un apartado genérico el Tiempo de Trabajo, la jornada siempre abre el capítulo. Eso sí, en la mayor parte (más de las tres cuartas parte de los supuestos), está prevista una distribución irregular de la jornada.

También es común a la generalidad de los convenios de empresa la regulación en un mismo apartado de la jornada de trabajo con otras materias conexas pero que, stricto sensu, se extralimitan de lo que hay que entender por tiempo de trabajo. Así, dentro de dicho apartado se regulan los supuestos más comunes de suspensión del contrato, es decir, las excedencias y otras causas de suspensión del contrato de trabajo, regulados en el Estatuto de los Trabajadores. De igual forma, también se incluyen otras materias como los permisos y las licencias, que habría que relacionarlos más con las vicisitudes del contrato que con el tiempo de trabajo, dado que en tales casos lo único que hay es una interrupción en la prestación del servicio pactado, pero por una causa justificada.

Por último, un buen número de convenios contemplan la regulación de la jornada reducida, si bien es cierto que en muchos de ellos dicha materia se incluye, de una manera más lógica, en el apartado de conciliación de la vida familiar y laboral, teniendo en cuenta que ésta es una medida que va dirigida precisamente a que el trabajador pueda atender debidamente, en determinadas circunstancias, sus obligaciones profesionales y familiares.

3.1.2. Salario

El salario como rasgo nuclear del derecho al trabajo, en tanto que la remuneración ha de ser suficiente para satisfacer las necesidades de los trabajadores y sus familias (art.35 CE), constituye uno de los ejes vitales de las relaciones laborales. Como es sabido, el art. 26.3 ET realiza una remisión expresa a la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, para la determinación de la estructura salarial, que deberá comprender el salario base y, en su caso, los complementos salariales. Por consiguiente, el régimen económico de los trabajadores y trabajadoras es una materia que se regula en el 100% de los convenios colectivos analizados.

CONVENIOS DE SECTOR

En los convenios del sector revisados la regulación del aspecto retributivo se refleja en su articulado, concretando aspectos como el salario base, los incrementos salariales durante el tiempo de vigencia del convenio (señalándose en todos ellos el porcentaje correspondiente a cada año) así como la revisión salarial (en el 50% de los convenios se indica un porcentaje en función de la subida del IPC).

La cuantía de las retribuciones se materializa en la Tablas Salariales anexas, en las que se reflejan (en todas ellas) el salario base en función de la clasificación profesional y en algunas se comprende, además, determinados complementos. Del análisis de dichas Tablas, interesa destacar, en orden la brecha de género, como, por ejemplo, en el Convenio Colectivo del sector de Buques (de fecha 16.05.2024) el salario base de la *telefonista* -denominación del puesto bastante obsoleta - es un 6 % inferior al que se recoge para la figura de *conserje*, diferencia que se mantiene hasta la finalización de la vigencia del convenio. Por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, el 33 % contempla 4, el 50% establece 3 y el 17 % solo recoge las 2 pagas, la de navidad y verano.

Entrando en los complementos retributivos, al tratarse de sectores tan heterogéneos como son, por ejemplo, el comercio, la hostelería o la construcción, se pone de manifiesto una gran diversidad, especialmente entre los que se relacionan con el puesto de trabajo. Entre los vinculados a la personas, se encuentran en el 100% de los convenios el de antigüedad (cuestión distinta es si se trata trienios, cuatrienios, etc.) y solo en el 16% (Convenio del Comercio de Granada) se hace referencia a la formación del trabajador, como es el caso de contar con idiomas. Muy recurrentes, en todos se contemplan, son los pluses de nocturnidad. En lo que hace al plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad se observa en todos los convenios, excepto en el de Comercio de Granada, en el que, por el contrario, sí se recoge el quebranto de monea (a igual que en el de Transporte de mercancías por carretera). Resulta interesante destacar el plus de inamovilidad que se contempla en el Convenio Colectivo del sector de Buques, para Oficiales Administrativos y Jefes de Negociado que, llevando 10 años de servicio en la empresa en la misma categoría, no hayan ascendido los primeros a Jefes de Negociado y los segundos a Jefes de Sección, medida que puede dirigirse a dotar de cierta estabilidad al organigrama del sector.

CONVENIOS DE EMPRESA

En estos convenios, al igual que en los del sector, junto con las consabidas Tablas Salariales, los incrementos durante los años de vigencia del convenio y, en algunos casos, la revisión salarial, existe una gran variedad de completos retributivos. En este sentido, los que más se recogen y, por ello, los más recurrentes siguen siendo: el plus de nocturnidad (aparece en un 47 % de los convenios), el de turnicidad (27%), el de trabajos tóxicos, penosos y peligrosos (23%), el de disponibilidad (23%) y el de festivos (27%). Por el contrario, algunos pluses -como el quebranto de moneda - se incorporan en convenios como el del Casino de Juego Torrequebrada, en el que, por cierto, se establece un sistema muy sofisticado de reparto de propinas entre los trabajadores. Frente a estos, que podrían denominarse como clásicos, surgen otros más novedosos como son, por ejemplo, el plus de pantallas de visualización (Convenio Hidralia Gestión Integral de Aguas, SA). Con todo, resulta interesante resaltar que el plus de reducción del absentismo es ya recogido en el 20% de los convenios revisados.

Finalmente, respecto de las pagas extraordinarias, un 6% contempla 4, un 40 % establece 3 y un 54 % solo recoge 2 pagas, la de navidad y verano.

3.1.3. Modalidades contractuales

CONVENIOS DE SECTOR

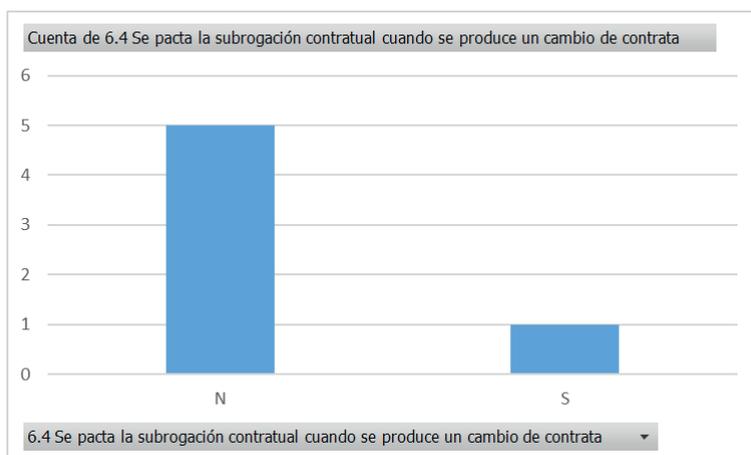
En materia de contratación y empleo, la característica más reiterada entre los convenios sectoriales es la ampliación de la duración del contrato por circunstancias de la producción a 12 meses, de acuerdo con la habilitación legal del art. 15 ET.

En sentido contrario, también es posible observar la introducción de medidas dirigidas a favorecer el empleo indefinido. A modo de muestra, el establecimiento de un porcentaje mínimo de contratación indefinida (CC hostelería Huelva y CC construcción Granada) o, por otro lado, la imposición de una indemnización adicional del 7% por la finalización de contrato por circunstancias de la producción o contratos por puesta a disposición mediante ETT (CC construcción Huelva).

En concordancia con el mandato legal, la negociación sectorial andaluza parece prestar especial atención al contrato fijo discontinuo. Primero, algunos convenios determinan procedimientos específicos de llamamiento (CC construcción Huelva, CC construcción Granada, CC comercio Granada). Segundo, diversos convenios sectoriales habilitan la figura del contrato fijo discontinuo a tiempo parcial. Sin embargo, en la mayoría de los casos, se establecen requisitos específicos al respecto. Por ejemplo, solo se permite tal figura contractual para desempeñar una concreta laboral, para formadores en el caso CC construcción Huelva, o se introducen medidas tutelares específicas, como el respeto del 50% de la jornada, CC hotelaría Huelva, o un mínimo de 3 horas diarias, 12 mensuales, CC comercio Granada. Tercero, respecto al uso del contrato fijo discontinuo en contrata y subcontratas, un convenio amplía el plazo de inactividad, fijado supletoriamente en 3 meses, a los 12 meses (CC construcción Huelva).

La intervención en materia de contrata y subcontratas continúa las líneas básicas de la negociación sectorial andaluza. En el sector de la construcción, se extiende la responsabilidad solidaria a algunas partidas no salariales (CC construcción Huelva). En el sector de la hostelería, se amplía el ámbito de aplicación funcional para incluir las actividades externalizadas (CC hostelería Huelva).

En materia de subrogación convencional, la intervención de la negociación sectorial es sumamente escasa. Únicamente el CC pompas fúnebres Cádiz aborda tal institución, sosteniendo que en los supuestos de fusiones y absorciones de empresas del sector, se mantienen las condiciones laborales, al margen del traspaso de entidad económica.



CONVENIOS DE EMPRESA

El periodo de prueba representa una materia que usualmente se incluye en la negociación colectiva empresarial del segundo trimestre. Con carácter general, la mayor parte de los convenios siguen la norma supletoria del art. 14 ET: un rango entre seis y dos meses, o en algún caso un mes, en función de la mayor o menor categoría profesional respectivamente. No obstante, en concordancia con la remisión legal, algunos convenios de empresa ascienden el periodo de prueba a seis meses, e incluso a doce meses, para todas las categorías. En sentido contrario, también es posible localizar convenios que reducen el periodo de prueba a noventa y hasta quince días.

En el supuesto del periodo de prueba en contratos de duración determinada, algunos convenios ofrecen respuestas distintas al periodo de un mes que establece la norma, que van desde el tercio, la mitad e incluso la completa duración del contrato temporal.

En otro orden de cosas, en la negociación colectiva empresarial del segundo trimestre es posible localizar algunas referencias al favorecimiento de la contratación indefinida. Desde compromisos generales de carácter programático hasta medidas concretas y vinculantes. Entre ellas se encuentran el establecimiento

de un porcentaje máximo de contratación temporal del 25% respecto a la totalidad de la plantilla o del departamento; la conversión del contrato temporal en indefinido ante la ausencia de alta en la Seguridad Social. Conviene subrayar la existencia de varias referencias al extinto contrato para el fomento de la contratación indefinida.

Respecto al contrato por circunstancias de la producción, en línea con la apreciación anterior, es posible encontrar alusiones al antiguo contrato eventual por circunstancias de la producción. En todo caso, la principal singularidad del tratamiento convencional del contrato por circunstancias de la producción reside en las constantes ampliaciones de su duración hasta los doce meses; aspecto que escapa de las competencias de un convenio de empresa, teniendo en cuenta que la habilitación del art. 15 ET alude únicamente al convenio sectorial. Al margen de lo anterior, en ocasiones, los convenios de empresa del segundo trimestre enumeran actividades desarrolladas por la empresa con encaje en esta tipología contractual. Conviene asimismo remarcar que algunas de dichas actividades son de carácter cíclico o estacional, más propias del contrato fijo-discontinuo.

El contrato fijo discontinuo ha recibido escasa atención por los convenios de empresa del segundo trimestre, precisamente en comparación con los resultados obtenidos por la negociación colectiva sectorial. En ciertas ocasiones, ciertamente escasas, se regula -con mayor o menor detalle- el sistema de llamamiento. Conviene hacer hincapié en que algunos convenios de empresa habilitan la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial; competencia que, nuevamente, está reservada a la negociación colectiva sectorial.

Respecto a las referencias al contrato a tiempo parcial en sentido estricto, las alusiones son escasas y, en la mayoría de las ocasiones, se tratan de remisiones a la normativa vigente. No obstante, es posible identificar ciertos convenios que establece un porcentaje máximo de horas complementarias, que ronda entre el 50 y el 60 %.

Salvo alguna excepción, la negociación empresarial del segundo trimestre no regula las instituciones de subcontratación y subrogación. Respecto a esta última materia, los convenios de empresa suelen remitirse expresamente al convenio sectorial aplicable.

3.1.4. Flexibilidad interna

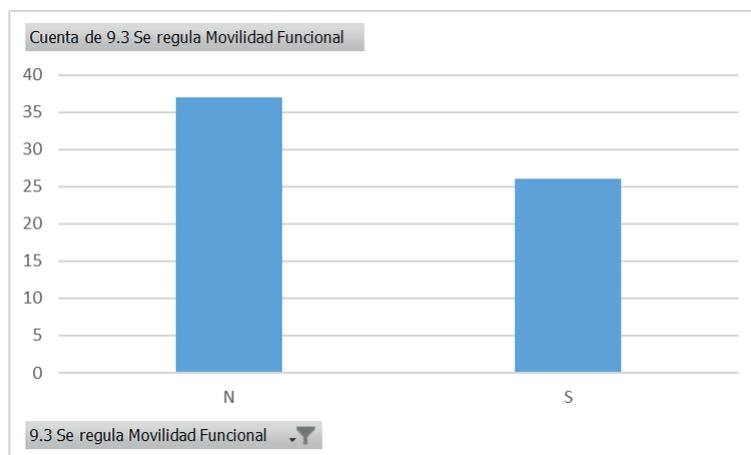
CONVENIOS DE SECTOR

En cuanto al supuesto de flexibilidad interna, la negociación colectiva sectorial en Andalucía tampoco ha concedido demasiada relevancia a este aspecto. Únicamente se ha regulado la inaplicación del convenio en determinadas situaciones particulares. Brevemente, la inaplicación de determinados incrementos salariales recogidos en el propio convenio, CC pompas fúnebres de Cádiz, así

como la posibilidad de inaplicación ante la ausencia de representación legal de los trabajadores, CC comercio Granada.

CONVENIOS DE EMPRESA

La flexibilidad interna representa un contenido localizable en una gran parte de convenios de empresa. Los contenidos sobre modificación sustancial y descuelgue tienden a reiterar la regulación legal. Mayor innovación se produce en materia de movilidad geográfica y, sobre todo, funcional. Más concretamente, la posibilidad de consolidar la categoría superior desempeñada con motivo de una movilidad funcional, y el correspondiente plazo requerido para ello, reciben una amplia atención por parte de los convenios a nivel de empresa. En concordancia con la habilitación legal, diversos convenios -mayoritariamente del ámbito público, pero también privado- reconocen la imposibilidad de obtener la antes mencionada consolidación o ascenso. En otras ocasiones, se permite tal resultado, pero modificando los plazos supletorios planteados por la norma.



3.1.5. Seguridad y Salud

El ámbito de la seguridad y salud en el trabajo es otro de los aspectos frecuentemente tratados en los convenios de empresa firmados en nuestra Comunidad Autónoma. Así, el 80% de los convenios de sector contienen cláusulas reguladoras de la seguridad y salud. En la práctica totalidad de ellos hay una regulación de dicha materia directamente en el propio convenio, siendo una muy escasa minoría la que hace una remisión al convenio sectorial en la materia para la concreción de los aspectos relativos a ella.

La mayor parte de los convenios trata este asunto aludiendo a los equipos y ropa de trabajo necesarios para la protección del trabajador y son muy pocos los que detallan los aspectos relativos a los órganos dedicados a la representación de los trabajadores en esta materia.

CONVENIOS DE SECTOR

En la negociación sectorial, la cuestión relativa a la seguridad y salud de los trabajadores es otra de las materias profusamente reguladas en los convenios de sector en nuestra Comunidad Autónoma. Así, el 83% de los acuerdos contemplan esta materia, siendo únicamente uno de ellos el que no lo hace. Es únicamente el acuerdo de Empresas Consignatarias de Buques, Estibadoras, Transitarias y Empresas de Aduanas el que no regula la seguridad y salud en el trabajo.

En algunos de los convenios se establece una Comisión Provincial de Seguridad y Salud, para regular todo lo relativo a esta materia en todas las empresas del sector en la provincia.

Otras de las materias más tratadas es la relativa a los reconocimientos médicos, lo cual se lleva a cabo en la práctica totalidad de los convenios, bien por regulación expresa (lo que se hace en la mitad de los mismos), bien por remisión a la ley, lo que se efectúa en un tercio del total de convenios firmados.

Por último, es también frecuente el establecimiento de la obligación empresarial de dotar a los trabajadores de ropa y equipos de trabajo que les sirva de protección en las actividades desarrolladas, lo que se hace en uno de los convenios directamente, y en otros dos por remisión a la ley.

En definitiva, se puede decir que los negociadores andaluces vuelcan en los acuerdos sectoriales firmados una preocupación cada vez mayor por la regulación de la materia relativa a la seguridad y salud en el trabajo, haciendo alusión a la misma en la inmensa mayoría de los convenios, lo que, sin duda, refuerza la importancia de un asunto de tanta trascendencia para los derechos de los trabajadores.

3.1.6. Medidas de acción social

Los convenios analizados utilizan diferentes nomenclaturas para referirse a lo que en este estudio se denomina acción social, tales como *mejoras sociales*, *ayudas de índole social*, *obras sociales*, *ayudas asistenciales*, *beneficios sociales*, etc. Como es sabido, se trata de toda una serie de ventajas en el plano sanitario (ayudas oftalmológicas, odontológicas, ayuda psicológica o fisioterapeuta, etc.), en el de ayuda a los estudios (desde la guardería a un master universitario), en la suscripción de pólizas de seguros de vida; en los premios que gratifican la fidelidad en la empresa al momento de abandonarla, etc. En definitiva, suponen un valor añadido en las relaciones laborales al contemplar el factor humano de los trabajadores más allá de la propia vertiente productiva del contrato de trabajo; siendo, asimismo, una manera de fidelizarlos en las empresas.

CONVENIOS DE SECTOR

Se contemplan en casi todos los convenios del sector las gratificaciones por fidelidad y vinculación a la empresa (en función de los años de servicio y en algunos casos solo cuando se produce la extinción de la relación laboral), también

las pólizas de seguros de vida, así como las ayudas a los estudios (que dependerá del nivel de que se trate) . Menos recurrentes son las ventajas en orden a los descuentos en las compras (solo en el Convenio del Comercio General de Granada), las gratificaciones por matrimonio (que recoge el Convenio de Hostelería de Huelva y el de Buques) y, por último, las ayudas por defunción (solo incorporado en el de Pompas Fúnebre de Cádiz).

CONVENIOS DE EMPRESA

En esta modalidad de convenios hay una gran diversidad de medidas de acción social que pueden ser diferenciadas en cuatro ámbitos (conforme se refleja en el siguiente gráfico): a) en cuanto a la suscripción de las pólizas de seguros (56 %); b) respecto a las ayudas al estudio en sus diferentes niveles (36%); c) en el ámbito de la salud (22,2%), c) en lo que se refiere a la vida familia (36%); y, finalmente, otras mejoras sociales de diversa índole (25 %).

Por lo que se refiere a las ayudas para el estudio, comprenden los diferentes niveles (desde las guarderías a los postgrados). En algún caso (Convenio del Ayuntamiento de Castelar) se aclara que si la universidad fuera privada solo se tendrá derecho al importe que le correspondería si fuera pública. En el ámbito de la salud, se contemplan: seguros médicos, gafas, lentes de contacto, dentadura, ortodoncias, audífonos, ortopedia; e incluso, fisioterapia, terapias educativas, psiquiatría y psicología, etc.; en esta línea de ayudas tan generosas se encuentran los convenios de la Asociación Cristiana de Gibraltor, del Ayuntamiento de Castelar y del Ayuntamiento de Arjona. Por lo que se refiere a las ayudas relacionadas con la familia, son bastante recurrentes las que se destinan a los familiares discapacitados de los trabajadores y también las que se dirigen a la nupcialidad (y constitución de parejas de hecho) y al nacimiento y adopción; en algún caso también se contemplan ayudas para hijos menores de 3 años (Convenio de la Asociación Cristiana de Gibraltor). En lo que podría ser denominado como otros, dada la diversidad de supuestos, se pueden enumerar, los *premios por jubilación*, las ayudas al sepelio, las bolsas de vacaciones, los préstamos para viviendas, etc.

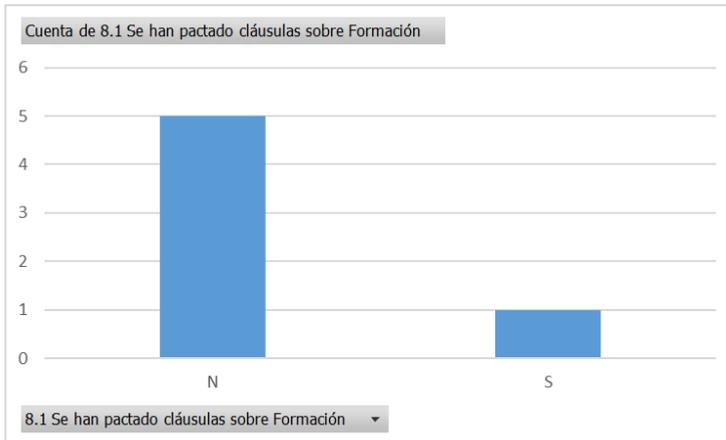
3.2. Contenidos novedosos

3.2.1. Formación

CONVENIOS DE SECTOR

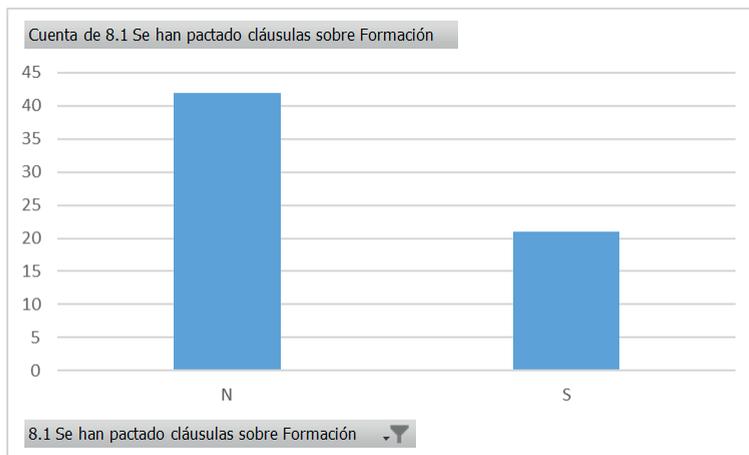
La formación representa una de las principales ausencias de la negociación colectiva sectorial andaluza del segundo trimestre. Salvo error por nuestra parte, un único convenio ha dedicado un concreto precepto para la formación profesional (Convenio comercio Granada). Tal disposición confirma que el coste de la formación será a cargo de la empresa, estableciendo un mínimo anual de veinte horas de formación, que se llevará a cabo de acuerdo entre empresa y representación

unitaria. Los contenidos más próximos a la formación son, de un lado, la cobertura de ciertos gastos de formación, no respecto al trabajador, sino respecto a sus familiares y, por otro lado, ciertas apreciaciones introducidas respecto al contrato formativo. En resumidas cuentas, también es escasa la atención dispensada respecto al contrato formativo, en sus dos modalidades. Con la excepción del CC comercio Granada, que sí introduce interesantes tutelas al respecto y, en menor medida, el CC construcción de Huelva.



CONVENIOS DE EMPRESA

A nivel empresarial, sí suele ser más usual la inclusión de cláusulas sobre formación. En consecuencia, se observa un alto grado de heterogeneidad entre las diversas soluciones planteadas. Desde compromisos genéricos, e incluso referencias a la formación únicamente en materia de prevención, hasta extensas regulaciones con alto grado de detalle. En este sentido, es posible observar la creación de planes (anuales) de formación y comisiones de formación. De forma más detallada, un considerable número de convenios regulan aspectos concretos sobre si la formación se desarrolla dentro o fuera de la jornada de trabajo, así como sobre su posible remuneración y/o compensación.



3.2.2. Reglas sobre control empresarial mediante nuevas tecnologías y protección de datos

En relación con esta materia, la negociación colectiva andaluza ha sido, igualmente, bastante parca en regular los aspectos relativos al establecimiento de reglas de control que la empresa establece relacionados con las nuevas tecnologías y la protección de datos. A decir verdad, prácticamente ningún convenio recoge esta regulación de una manera directa, es decir, a través de la inclusión en los mismos de reglas establecidas por la empresa para detectar y controlar el uso abusivo de las nuevas tecnologías por parte de los trabajadores, y ello es llamativo, si se tiene en cuenta que el acceso a este tipo de dispositivos tecnológicos por parte de todos es, hoy en día, muy fácil.

Sin embargo, mirándolo bien, es necesario decir que tales reglas quedan establecidas de una manera indirecta a través del establecimiento, en el apartado relativo al régimen sancionador empresarial, de faltas que tienen que ver con estas materias. Así, una gran parte de ellos (31 de 49), es decir, un 63% de los convenios, han recogido en su articulado faltas e infracciones que tienen que ver con una indebida utilización de los medios de producción de la empresa, entre los que se encuentran los medios informáticos, calificándolas de faltas graves e, incluso, de muy graves, según haya sido la gravedad de la acción llevada a cabo. Es por ello que hay que decir que, aunque sea de una forma indirecta, la negociación colectiva andaluza prevé en casi dos tercios de sus convenios reglas que inciden en el control empresarial de los medios de producción, en general.

No obstante lo anterior, habría que hacer referencia más específicamente a cuántos de los convenios suscritos hacen particular mención de infracciones relacionadas con el uso indebido de las nuevas tecnologías. A este respecto, cabe decir que son una pequeña parte de ellos (14%) los que hacen esta mención, siendo el resto, por tanto, una alusión genérica al uso indebido de los medios empresariales, entre los que se encuentran, lógicamente, las nuevas tecnologías.

CONVENIOS DE SECTOR

Por lo que hace a las reglas de control empresarial sobre nuevas tecnologías y protección de datos en el ámbito sectorial, la pauta de los convenios sectoriales andaluces sigue la observada en los convenios de empresa, es decir, no hay una regulación directa de las mismas, pero sí se hace de una manera indirecta, a través de los distintos regímenes sancionadores establecidos en cada uno de estos convenios.

En este caso, de la totalidad de los convenios firmados, contienen infracciones relacionados con el mal uso de los medios tecnológicos el 66% de los mismos, quedando sin regular en el tercio restante, concretamente, en los convenios colectivos de la Construcción y la Hostelería de Huelva.

3.2.3. Igualdad y protocolos de acoso laboral

Ciertamente, alcanzar la igualdad de trato y no discriminación constituye un importante reto en todos los terrenos, incluido el de las relaciones laborales. La Ley 15/2022, de 12 de julio, recoge un ámbito subjetivo y objetivo muy ambicioso, al comprender el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal, por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Precisamente, al abordar la negociación colectiva (art.10) se señala que ésta no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones motivadas por las causas previstas por esta Ley; además, los poderes públicos deben de fomentar el dialogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas. Asimismo, debe tenerse en cuenta la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que en su art. 55.3 se refiere a que en la elaboración de los planes de igualdad y no discriminación se incluirá expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans.

En este escenario, relativamente novedoso, que amplía significativamente los motivos de discriminación, no está de más recordar que por lo que se refiere a la igualdad entre hombre y mujeres todavía sigue siendo necesaria la promulgación de normas que conduzcan a su materialización – a pesar de que la vigencia de la Ley Orgánica 3/2007 es de casi dos décadas - tales como el Real Decreto 6/2019, el Real Decreto 901/2020; el Real Decreto 902/2020; el Real Decreto Ley 8/2019 o la Ley Orgánica 2/2024. Con ello, se quiere subrayar que el desafío es muy ambicioso; si bien es verdad que los convenios de empresa – más que los del sector - van asumiendo paulatinamente la materialización de todos estos derechos fundamentales en el entorno laboral.

CONVENIOS DEL SECTOR

En el 50% de los convenios analizados simplemente se hace una remisión al RD 713/2010 sobre el registro y depósito de los planes de igualdad; sin embargo, en el otro 50% se realizan pronunciamiento expreso sobre la igualdad entre hombres y mujeres - aunque solo en Convenio del Sector de Transporte por Carretera se refiere, además del género, al origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos o sus convenios, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español - y se contemplan medidas concretas para su consecución. Por lo que se refiere a los planes de igualdad, en algunos de ellos se pone de manifiesto que se mantienen los del convenio anterior, para las empresas que no tengan uno propio, y en otros se alude al seguimiento y correcta aplicación de los planes de igualdad en las empresas que legalmente estén obligadas a ello.

Tratándose del acoso laboral, solo en un convenio se ha encontrado como una medida expresa el establecer, actualizar y desarrollar el Protocolo de Prevención del Acoso y violencia en el trabajo, así como la realización de informaciones relacionadas con la materia, a través de las herramientas de comunicación establecidas en las empresas.

CONVENIOS DE EMPRESA

En un porcentaje muy elevado se pone de manifiesto la igualdad y no discriminación por razón de sexo, raza, etnia, religión, etc.; si bien es cierto que, de facto, la mayoría de las medidas y actuaciones se dirigen a la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. En este sentido, por lo que se refiere a los planes de igualdad, se indica que se aceptan los vigentes firmados; en otros casos, se establece el compromiso de elaboración de dichos planes; también, en otros supuestos, se asume la promoción del plan; y, finalmente, en muchos casos incluso se incorpora en un anexo del propio convenio. Por tanto, puede decirse que los esfuerzos normativos indicados, van dando sus frutos en la negociación colectiva de la mayoría de los convenios de empresa.

En cuanto al acoso, en casi un 40% de los convenios se contemplan medidas de prevención y protección -especialmente contra el sexual y por razón de sexo- estableciéndose en algunos casos un protocolo exhaustivo de prevención que puede, incluso, estar incorporado en un anexo al propio convenio (v.g. Convenio de la Comunidad de propietarios de apartamentos playa y Casas del Río de Sotogrande y Convenio Colectivo de la empresa Oleícola El Tejar).

Finalmente, aunque no son muchos, algunos convenios (v.gr. el de Vernsur, S.A.) contemplan la conflictiva cláusula del *género neutro*, esto es, que se toma el masculino como genético para englobar a trabajadores y trabajadoras.

3.2.4. Desconexión digital

Otro de los aspectos estudiados en los convenios andaluces firmados en el segundo trimestre de este año es la desconexión digital. Como es sabido, nuestro Estatuto de los Trabajadores (art. 20 bis) regula desde el año 2018 el derecho de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Dicha regulación deriva de la promulgación en dicho año de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. Es por ello que la negociación colectiva también ha incidido en los convenios y acuerdos colectivos en la inclusión de dicho concepto, que hace alusión fundamentalmente al derecho del trabajador a no responder, más allá de su jornada de trabajo, a los correos electrónicos, llamadas y otras comunicaciones electrónicas que les haga el empresario. Este derecho se hace necesario en la actualidad, teniendo en cuenta que gran parte de las tareas y funciones que desarrollan muchos de los trabajadores por cuenta ajena actualmente se desarrollan en el ámbito de las nuevas tecnologías y en entornos digitales. Es por ello por lo que, dada la facilidad de acceso de todos hoy en día a estos entornos, la protección de la esfera personal del trabajador se hace necesaria de todo punto, y ello se trata de hacer a través de la inclusión de este derecho en la norma fundamental de los trabajadores. Y si a ello se añade una protección adicional a través de la negociación colectiva, la protección mencionada se verá reforzada.

Dicho esto, y pasando a desarrollar en qué medida los convenios colectivos andaluces han recogido la regulación del citado mecanismo de protección de la intimidad familiar y personal del trabajador, hay que decir que la misma es más bien escasa. Así, de todos los convenios de empresa suscritos, únicamente recogen este derecho el 18% de los mismos (8 de 49), es decir, apenas una quinta parte de los convenios colectivos de este trimestre recogen este derecho, en empresas que pertenecen a distintos sectores.

CONVENIOS DE SECTOR

En el ámbito sectorial, al igual que ocurre en los convenios de empresa, la regulación de la desconexión digital en los convenios de sector andaluces firmados en este segundo trimestre de 2024 deja mucho que desear, dado que solo uno de los firmados (16%) hace lo propio. En concreto, es el CC de Comercio en general para Granada y provincia el que lo hace (art. 16), existiendo una falta absoluta de regulación en el resto de convenios.

Es evidente que la materia está regulada legalmente, como ya se ha dicho, anteriormente en relación con los convenios de empresa, pero no estaría de más que los negociadores dejaran patente en sus acuerdos (y más en el ámbito sectorial) una referencia, siquiera mínima, a dicho derecho de los trabajadores, dada la trascendencia que está adquiriendo últimamente, fruto de la cada vez mayor utilización de las nuevas tecnologías en el trabajo, que hace que cada vez más

estemos obligados a usar estos medios, por lo que se hace imprescindible poner límites temporales a esta utilización, con el ánimo de que ello pueda repercutir, por ejemplo, en una buena conciliación de la vida laboral y familiar e, incluso, en una mejora de la salud mental de nuestros trabajadores, lo cual guarda una muy estrecha relación con el uso desproporcionado de estos medios, dentro y fuera de la jornada laboral.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para concluir este informe del segundo trimestre del año 2024, habría que decir que la negociación colectiva andaluza sigue estando caracterizada por una negociación anclada en los tradicionales conceptos regulatorios, apoyada en una negociación sectorial muy fragmentada, y sobre la que existe una gran cantidad de convenios en ámbitos funcionales diversos, sin ser ello un caso aislado, sino que dicho fenómeno se repite en distintas provincias.

Por otra parte, la regulación que se hace de las nociones clásicas del Derecho del Trabajo va incorporando las novedades legislativas que se van produciendo en este campo. Sin embargo, las materias más ampliamente desarrolladas son tiempo de trabajo y salario, presentando el resto de conceptos laborales una presencia menor y desigual en los distintos convenios.

Por último, nuestra negociación colectiva va incorporando nuevas materias, al hilo de las sucesivas reformas legislativas que han ido reconociendo nuevos derechos, y que, muy poco a poco, van siendo reflejados en nuestros convenios. Materias como la desconexión digital, el acoso laboral o los planes de igualdad van teniendo su reflejo en los textos de nuestros convenios colectivos, si bien, como decimos, unos con mayor presencia que otros y de forma muy paulatina.

Comentarios de Jurisprudencia

EL TIEMPO DE ACOMPAÑAMIENTO DE UN VEHÍCULO DE MERCANCÍAS EMBARCADO NO ES TIEMPO DE DESCANSO

DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ*

Sentencia del Tribunal Supremo de núm. 82/2024 de 11 de enero
ECLI:ES:TS:2024:82

SUPUESTO DE HECHO: La STS 11 de enero de 2024 (rec. núm. 3148/2021) ha considerado que no es tiempo de descanso el periodo en el que un transportista profesional de la ruta entre Valencia e Islas Baleares acompaña su vehículo embarcado en el transbordador. Durante el trayecto el trabajador tenía la obligación de estar disponible para solventar cualquier incidencia que pudiera surgir, como desplazar el vehículo si así se requería. Estas obligaciones limitaban la libertad de disposición de su tiempo. No podía dejar la embarcación o atender su vida privada. En virtud de lo dispuesto en el artículo 28.3 e) del II Acuerdo de Transporte (Resolución de 13 de marzo de 2012) y el artículo 10.4 a) del RD 1561/95, sobre jornadas especiales de trabajo, prevalece la presunción que entiende como tiempo de presencia y no de descanso *“los periodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador”*. La sala IV entiende que debe regir la disposición más favorable para el trabajador de forma que se impute el tiempo de acompañamiento del vehículo en el transbordador como tiempo presencia y no como descanso.

RESUMEN: El concepto de tiempo de trabajo ha suscitado una amplia conflictividad jurídica. A raíz de la definición dada por la Directiva 2003/88/CE, el tiempo puede ser o bien de trabajo o bien de descanso. Esto genera problemas en una serie de escenarios en los que la prestación de servicios no está clara. La STS 11 de enero de 2024 (rec. núm. 3148/2021 - *Roj: STS 82/2024*), viene a alumbrar este conflicto jurídico aportando una visión de lo que se debe entender como tiempo presencia. La figura del tiempo presencia se encuadra dentro del RD 1561/95, sobre jornadas especiales de trabajo, y se ha constituido como una figura para solventar aquellas zonas grises entre las que no está claro si estamos ante tiempo de trabajo o de descanso en situaciones especiales. Los criterios para determinar si estamos en uno o en otro dependen de las apreciaciones jurisprudenciales por lo que esta sentencia es relevante, en tanto confirma los criterios que se vienen atendiendo al respecto. Este tercer tiempo es exclusivo de algunos sectores establecidos en el RD 1561/95, pero se erige como una figura interesante para colmar las lagunas asociadas a zonas grises de otras relaciones laborales, donde no queda claro si nos encontramos en tiempo de trabajo o de descanso.

*Personal Investigador contratado del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN. EL BINOMIO TIEMPO DE DESCANSO Y DE TRABAJO
2. EL TIEMPO DE PRESENCIA EN LAS JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO
3. EL TIEMPO DE ACOMPAÑAMIENTO DE UN VEHÍCULO DE MERCANCÍAS EMBARCADO NO ES TIEMPO DE DESCANSO
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN. EL BINOMIO TIEMPO DE DESCANSO Y DE TRABAJO

El tiempo que un trabajador debe dedicar a prestar sus servicios al empleador a cambio de una remuneración es una cuestión central en las relaciones laborales. La distribución del tiempo de trabajo no es una materia estática; ha evolucionado con el tiempo y debe hacer frente a los nuevos desafíos de la economía moderna. El tejido empresarial ha ido adaptándose a nuevas formas de prestar servicios, contratar, retribuir, despedir y, por supuesto, organizar y controlar el tiempo de trabajo. Para establecer qué se considera tiempo de trabajo en la empresa moderna debemos analizar la construcción legal y doctrinal de este concepto.

El objetivo de este comentario jurisprudencial es conjugar la hermenéutica de la STS 11 de enero de 24, (rec. núm. 3148/21) con el concepto de tiempo de trabajo. Como veremos, la definición de lo que es tiempo de trabajo no es pacífica. Deja muchas zonas grises que deben ser colmadas por la jurisprudencia. Esta sentencia nos ayudará a perfilar aún más el concepto de tiempo de trabajo. De esta forma se construye un concepto cada vez más completo, a pesar de las disfuncionalidades que puede presentar el régimen jurídico actual. En concreto, interesan los criterios fijados por la jurisprudencia en torno a la figura del tiempo presencia que el RD 1561/1995 crea para determinadas jornadas especiales de trabajo.

Para poder comprender la incidencia de esta sentencia en el régimen jurídico del concepto de tiempo de trabajo debemos partir de la conceptualización de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre y la jurisprudencia del TJUE. Posteriormente comentaremos la sentencia que nos ocupa para contrastar la postura del Tribunal Supremo con la doctrina consolidada.

La Directiva 2003/88/CE establece las bases para la regulación del tiempo de trabajo en la Unión Europea, definiendo el tiempo de trabajo en su artículo 2 como: *“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”*. Esta definición se contrapone al periodo de descanso, definido negativamente como *“todo periodo que no sea tiempo de trabajo”*. Esto es lo que podemos llamar binomio tiempo de trabajo y tiempo de descanso. O bien nos encontramos en un supuesto o en el otro, no cabe término medio. Ambos conceptos se excluyen mutuamente¹, habiendo perfilado el

¹ Así lo ha recogido la jurisprudencia europea. STJUE de 3 de octubre de 2000, *Simap*, asunto C-303/98, apartado 47; STJUE de 9 de septiembre de 2003, *Jaeger*, asunto C-151/02,

Tribunal de Justicia los criterios constitutivos para lo que se considera o no tiempo de trabajo.

En la práctica esta definición ha generado una amplia conflictividad jurídica, sobre todo en nuestro ordenamiento jurídico, debido a la carencia de definición interna sobre esta cuestión². Debido a esto, se han judicializado una variedad de situaciones relacionadas con el concepto de tiempo de trabajo. El TJUE se ha pronunciado sobre las llamadas “zonas grises”, es decir, escenarios en los que no se cumplen los criterios de tiempo de trabajo y es difícil encuadrarlos como descanso. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Luxemburgo sobre la laboralidad del cómputo del tiempo de guardia o de disponibilidad³ (véase STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, *Matzak*)⁴; el tiempo de preparación y finalización de la jornada de trabajo⁵; los tiempos de desplazamiento (véase STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, *CCOO y Tyco Integrated Security S.L.*)⁶; periodos de formación y/o en materia de prevención de riesgos laborales, así como otros periodos específicos⁷.

apartado 48; Auto del TJUE de 11 de enero de 2007, *Vorel* C-437/05, apartado 24; STJUE de 1 de diciembre de 2015, *Dellas*, asunto C-14/04, apartado 42; STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Tyco*, asunto C-266/14, apartados 25 y 26 y STJUE de 21 de febrero de 2018, *Matzak*, asunto C-518/15, apartado 55.

² Cfr. Ortega Lozano P.G.: “Criterios para la consideración del ‘tiempo de trabajo efectivo’: los supuestos más recientes” en *Revista de derecho social*, núm. 92, 2020, págs. 81 a 106.

³ Vid. Velasco Fernández, D. “Cómputo de tiempo de trabajo en las guardias de disponibilidad. Comentario a la STS 18 abril de 2023” en AA.VV. *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2023, págs. 1153 a 1168.

⁴ Vid. Monereo Pérez, J.L. “El «tiempo de trabajo» y el «período de descanso» a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial” *La Ley Unión Europea*, número 92, 2021 y 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*, número 98, 2021.

⁵ Me refiero a las labores relacionadas con la prestación laboral pero independientes que se realizan antes y después. Por ejemplo, es el caso del tiempo empleado en el cambio de uniforme o vestuario o de aseo personal. Vid. Almendros González M.A., “Tiempo de trabajo efectivo” en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, pág. 85.

⁶ Encontramos varios escenarios: el desplazamiento del hogar al centro de trabajo que no es considerado tiempo de trabajo (art. 34.5 ET); el desplazamiento desde el domicilio hasta el cliente si no hay centro de trabajo fijo si es considerado tiempo de trabajo (STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-266/14, *Tyco*, apartado 44), si bien no es pacífica esta doctrina en el Tribunal Supremo vid. Almendros González M.A., *Op. cit.* 2020, pág. 89; el desplazamiento intermedio durante la jornada laboral sí es considerado tiempo de trabajo si se atiende a unos requisitos adoptados por la doctrina europea vid. Almendros González M.A., *Op. cit.* 2020, pág. 90.

⁷ Por ejemplo, los periodos de formación se consideran tiempo de trabajo efectivo como regla general (art. 23 y 52.a ET), si bien aquí se pueden encuadrar múltiples escenarios de difícil

El caso más paradigmático ha sido el del tiempo de trabajo en las guardias de disponibilidad, porque, a menudo, no están relacionadas con una relación laboral de carácter especial, sino que suelen darse en múltiples servicios de varios sectores económicos. Los criterios del TJUE establecen que la guardia será entendida como tiempo de trabajo cuando se realice en el propio centro de trabajo, mientras que en el caso de que se realice fuera del mismo se aplicarán varios requisitos: primero, que las obligaciones limiten la libertad del trabajador durante la guardia; segundo, que el tiempo límite de respuesta con el que cuenta el trabajador para presentarse en el centro de trabajo sea muy reducido; tercero, que la frecuencia en la que realmente el trabajador debe desempeñar su actividad durante las guardias sea elevada. Adviértase que esta postura ha sido la adoptada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 784/2019, 19 de noviembre de 2019 (núm. rec. 1249/2017), en la que se engarza la visión europea con la idiosincrasia del ordenamiento interno en torno a la cuestión del tiempo de trabajo.

Por otro lado, frente esta postura, cabe destacar la incipiente influencia de la postura del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). A raíz de la hermenéutica del artículo 2 de la Carta Social Europea ofrece un planteamiento más garantista que el del TJUE. Para el CEDS, si debemos de encasillar el tiempo como de trabajo o como de descanso, todas las guardias deben ser consideradas como de trabajo. Esta postura se sustenta en que la ordenación del tiempo de trabajo tiene su razón de ser en la protección de la seguridad, salud y el respeto al descanso. Atendiendo a lo dispuesto en la Carta Social Europea, la privación de la libertad en la organización para el trabajador, su tiempo libre y de esparcimiento impide el descanso efectivo, por lo que las guardias deben considerarse tiempo de trabajo⁸.

Otra de zona gris judicializada, que por el caso que analizamos nos interesa es el de los periodos de disponibilidad de los trabajadores de transporte por carretera. El artículo 10.3 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo reconoce que: *“se entienden comprendidos dentro del tiempo de trabajo efectivo los periodos durante los que el trabajador móvil no puede disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio, incluidos, en particular, los periodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible”*.

calificación. Se recomienda, en general, *vid.* Almendros González M.A., *Op. cit.* 2020, págs. 91 a 98.

⁸ La posición del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la Carta Social Europea no es baladí, como recuerda Monereo Pérez, J.L. en “El valor jurídico de la Carta Social Europea revisada y su significación” en *Documentación Laboral*, núm. 125, 2022, págs. 9-31. La CSE, en su versión revisada, debe vincular totalmente como norma internacional vía artículo 10 de la Constitución Española

Vemos que se sigue el mismo criterio que para las guardias presenciales. Sin embargo, no tienen esa consideración los tiempos en los que el trabajador no se encuentra en el centro de trabajo aunque sí deba de estar disponible. Esos periodos serán considerados como tiempo presencia y, por lo tanto no tiempo de trabajo efectivo, a pesar de que puedan ser retribuidos vía negociación colectiva⁹.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha venido configurando lo que se ha de entender como tiempo de trabajo. En el Fundamento Jurídico Tercero de la STS 784/2019 de 19 de noviembre se resumen los criterios que nos determinan qué zonas grises serán consideradas tiempo de trabajo. Estos criterios nacen de la unión de la comentada doctrina del TJUE con la normativa interna:

- “No es la intensidad de la actividad o el carácter directamente productivo de la misma lo que determina la naturaleza del tiempo en cuestión.
- Cuando la persona no es libre para elegir su ubicación o actividad, sino que está a disposición de la empresa surge una importante presunción de que estamos ante tiempo de trabajo.
- La presencia en dependencias empresariales constituye factor que juega a favor del carácter laboral del tiempo durante el que se dilata.
- El desplazamiento realizado bajo la dependencia del empleador puede ser ya tiempo de trabajo.
- Es posible establecer una remuneración diversa de la ordinaria para aquel tiempo de trabajo que, pese tal consideración, no posee carácter directamente productivo.”

En resumen, el tiempo de trabajo será considerado como tal atendiendo a criterios jurisprudenciales. Vemos que estamos ante una compleja cuestión que no tiene fácil desenlace. Habremos de estar al caso concreto para saber si la situación debe ser considerada como tiempo de trabajo o no. Únicamente contamos con una serie de directrices que nos ayudarán a orientarnos al respecto. No obstante, la conflictividad jurídica sigue siendo patente al respecto. Ejemplo de ello es la reciente sentencia que venimos a comentar que se pronuncia una vez más sobre situaciones de difícil encuadre en la definición de tiempo de trabajo.

2. EL TIEMPO DE PRESENCIA EN LAS JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO

El artículo 8.1 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo recoge la diferencia entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de presencia: “*Para el cómputo de la jornada en los diferentes*

⁹ STS de 20 de octubre de 2007 (ROJ STS 6873/2007). Así lo recuerda en ese sentido Trillo Párraga, F.: *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Bomarzo, Albacete, 2016, pág. 42.

sectores del transporte y en el trabajo en el mar se distinguirá entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia”.

El tiempo de trabajo efectivo se define como de ordinario, al igual que en el resto de los sectores, como aquel en el que el trabajador está a disposición del empresario, realizando actividades propias de su actividad. Mientras tanto, se ofrece la definición del tiempo de presencia, entendido 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”*. Remitiéndose a la negociación colectiva los supuestos concretos que se entenderán como tiempo de presencia.

El artículo 8.3 del Real Decreto 1561/1995, establece una serie de condiciones asociadas a este tiempo de presencia: primero el tiempo máximo de presencia será de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes. Su distribución se deja a la negociación colectiva sujeta a los periodos de descanso ordinarios. Segundo, no computa a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Tercero, el tiempo presencia debe ser compensado por periodos equivalentes de descanso retribuido. Además le corresponde un salario de cuantía no inferior al de las horas ordinarias.

El RD 1561/1995 establece algunos supuestos que serán considerados como tiempo presencia en los sectores a los que afecta. No obstante, la conflictividad en esta materia se extiende a actividades muy variadas. En el sector del mantenimiento industrial y de asistencia técnica, se viene considerando tiempo de trabajo y no de presencia aquel que el trabajador emplea de desplazarse de su casa a la ubicación del cliente, en los supuestos de ausencia de un centro de trabajo fijo, en situaciones de mantenimiento o comerciales¹⁰. En el personal de las redes ferroviarias se ha venido considerando como tiempo de trabajo las horas que los trabajadores deben permanecer en el servicio a pesar de avería y también los días de reserva. En este supuesto, la SAN 122/2023, de 6 de noviembre inaplica el artículo 8 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, ya que no considera este tiempo como de presencia, sino como trabajo efectivo. En la construcción y en el sector sanitario, también se han suscitado ejemplos de consideración de tiempo de trabajo de las horas empleadas en la preparación para la prestación de servicios¹¹. El tiempo presencia también ha aplicado en algunas actividades de difícil encuadre; es el caso de la actividad desarrollada por las empresas incluidas en el ámbito funcional y territorial del Convenio Colectivo de Transportes de Enfermos y Accidentados

¹⁰ Vid. STS 605/2020, de 7 de julio, STS 617/2021, de 9 de junio o SAN 54/2023, de 10 de abril. Para profundizar Vid. Pérez Capitán, L. *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia europea y española*, Cinca, Madrid, 2024, págs. 96 y 97.

¹¹ Vid. Pérez Capitán, L. *Tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia. Normativa y jurisprudencia europea y española*, Cinca, Madrid, 2024, págs. 97 y 98.

en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Se ha planteado que el tiempo que los conductores de estos vehículos pasan sin servicio o durante avería pueda ser considerado tiempo presencia y aplicárseles el Real Decreto 1561/1995. Ante la falta de previsión deberá estarse al caso concreto, pero nada impide que a priori se considere tiempo presencia, por entenderse encuadrado en el sector de transporte¹². La STS 17 de febrero 2022 (rec. núm. 123/2020) incorporó a la jurisprudencia la visión europea de entender las guardias presenciales como tiempo efectivo de trabajo a las guardias de empleados de empresas de ambulancias en régimen de 24 horas al día con descansos de 72 horas. A partir de esta sentencia se inaplica el RD 1561/21995 y no se considera como tiempo de presencia, sino tiempo de trabajo efectivo. En este supuesto, el tiempo presencia queda relegado a¹³:

- Períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador o tren;
- Períodos de espera en fronteras o los causados por las prohibiciones de circular;
- Períodos de tiempo en los que un trabajador móvil que conduce en equipo permanezca sentado o acostado en una litera durante la circulación en el vehículo.

En suma vemos una preferencia de la aplicación de criterios propios de la Directiva 2003/88/CE en su conceptualización del tiempo de trabajo sobre aquellos escenarios conflictivos que según la normativa interna del Real Decreto 1561/1995 bien podría considerarse tiempo presencia. El problema radica en que la normativa europea parte del binomio descanso/trabajo, por lo que parece cuestionable el encuadre de la existencia de un tercer tiempo, denominado tiempo presencia, que pueda dar lugar a empeorar las condiciones de los trabajadores. No parece que sea conforme a la normativa europea considerar como tiempo de trabajo presencia aquellas horas en las cuales de no existir esta figura, según los criterios del TS y del TJUE estaríamos ante tiempo de trabajo efectivo. Recordemos que la normativa europea al respecto puede ser mejorada por los estados miembro pero no empeorada, por lo que una regulación del tiempo de trabajo que desvalorice las condiciones laborales de los trabajadores será contraria al derecho europeo. En este sentido, de aplicar la jurisprudencia europea, a los tribunales españoles no les queda otra alternativa que contradecir el artículo 8 del Real Decreto 1561/1995.

¹² Auto TS de 15 de marzo 2022 (rec. núm. 2744/2021)

¹³ *Cfr.* González Martínez, J.A. “Jornadas especiales de trabajo: ampliaciones, reducciones y exclusiones” en AA.VV., Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I. y Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *La reordenación del tiempo de trabajo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 1083 y 1084.

Dicho esto, sí es cierto que la existencia de un tercer tiempo puede ser considerada positiva para la acomodación de ciertas situaciones de difícil encuadre entre la prestación efectiva de servicios y el descanso. Además el planteamiento de encauzar este tiempo presencia mediante la negociación colectiva debe considerarse acertado, puesto que acerca las necesidades reales de los trabajadores y el servicio a la regulación de la jornada. No obstante, la constitución de este tercer tiempo no puede suponer una desvalorización de los derechos de los trabajadores, sino estaremos contraviniendo la normativa europea y el espíritu protector de la salud y el descanso en el trabajo¹⁴.

En este plano binomial la incardinación de un tercer tiempo parece que no tiene lugar. No obstante, la propia Directiva 2003/88/CE contempla que aunque los estados miembros no puedan alterar el concepto de tiempo de trabajo, nos encontramos ante una regulación a mínimos. Esto quiere decir que sí puede darse una interpretación más garantista a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE¹⁵: “*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.*”

Los ejemplos que vemos nos muestran una tendencia clara con respecto al tiempo presencia: es una figura válida siempre que mejore la normativa europea del binomio trabajo y descanso. Eso nos hace cuestionarnos irremediamente si esta figura se podría extender a aquellos escenarios que ya hemos visto de zonas grises en otros sectores de actividad, más allá del transporte.

3. EL TIEMPO DE ACOMPAÑAMIENTO DE UN VEHÍCULO DE MERCANCÍAS EMBARCADO NO ES TIEMPO DE DESCANSO

La sentencia objeto de estudio parte de los siguientes hechos. Un conductor del sector del transporte de mercancías por carretera trabaja en la línea entre Valencia y Palma o Ibiza. En sus trayectos se producían trabajos de embarque y desembarque del vehículo de transporte. Durante el trayecto el trabajador debía acompañar el vehículo. Tenía a su disposición un camarote durante el trayecto.

¹⁴ Vid. Velasco Fernández, D. «El tiempo de apoyo al trabajo. Una actualización del concepto de tiempo de trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12, 2024, págs. 115 a 161.

¹⁵ También la jurisprudencia lo entiende así. Vid. STJUE de 21 de febrero de 2018, (C-518/15, *Matzak*), apartado 56.

Los trayectos realizados implicaban una jornada laboral que se iniciaba o en domingo o en lunes a las 19:00 horas y finalizaba los sábados a las 21:30 horas. Durante toda la semana debía realizar de forma ininterrumpida viajes entre Valencia y Palma o Ibiza. Por las semanas que el trabajador estuvo en esta situación reclama las 20 horas presencia que permite como máximo el artículo 8 del Real Decreto 1561/1995, el resto como horas extraordinarias y las respectivas pernoctas.

La postura del demandante, en resumen, es considerar como tiempo de trabajo, computado como horas extraordinarias, y como tiempo presencia, todo el tiempo que se encuentra acompañando al vehículo durante el trayecto. La empresa rechaza esta postura, entendiendo que es exclusivamente tiempo de trabajo el que el trabajador realiza conduciendo, por lo que no procede el pago de horas extraordinarias.

Por Sentencia de 12 de marzo de 2020, el Juzgado de los Social núm. 5 de Valencia se estima parcialmente la demanda del conductor, exigiendo a la empresa que pague el tiempo que se probó que el trabajador tuvo que estar disponible durante los trayectos (un periodo de 42 minutos). La parte actora interpone recurso de suplicación que es resuelto por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2021. Este tribunal entiende que sí corresponde abonar también las horas presencia, ya que el actor era un trabajador móvil y que, de conformidad con las normas aplicables, son tiempo de presencia los periodos durante los que el trabajador acompaña a un vehículo transportado en transbordador. La cuestión es elevada a la empresa en casación ante el Tribunal Supremo por las contradicciones que se presentan con la sentencia de contraste del TSJ de las Islas Baleares de 24 de enero de 2019 (rec. núm. 474/2018), que considera que el tiempo de acompañamiento del vehículo de un conductor en condiciones similares debe ser considerado de descanso.

La cuestión que hay que resolver es si el tiempo que el conductor ocupa en el acompañamiento del vehículo mientras está embarcado en ferry o transbordador debe ser considerado como tiempo de presencia o, por el contrario como tiempo de descanso.

La normativa en conflicto son los artículos 8.1 y 10.4 del Real Decreto 1561/1995, el artículo 28.3 del II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera y el artículo 9 del Reglamento (CE) 561/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de transportes por carretera.

Ya se ha hecho referencia al artículo 8.1 RD 1561/1995 y su definición del tiempo presencia, al entenderlo como aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, en supuestos que no son de carácter cerrado, sino que el precepto establece una lista abierta. El artículo 10.2 RD 1561/1995 concreta el ámbito de aplicación del art. 8, que afectará *“a los*

trabajadores móviles en el transporte por carretera”. Trabajador móvil será aquel que forma parte del personal que se desplaza y que está al servicio de una empresa que efectúa servicios de transporte. Los conductores están expresamente incluidos por el art. 10.2 párrafo 2º RD 1561/1995.

Sobre qué debemos considerar como tiempo de presencia el artículo 10.4 RD 1561/1995 contempla que se entienden comprendidas las pausas y los descansos *“durante los que el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos”*

Como hay una remisión directa por parte de este artículo a la negociación colectiva, se debe estar a lo dispuesto en el II Acuerdo de transporte, que es el que aquí aplica. De conformidad con la previsión convencional en su artículo 28.3 e) *“salvo que se trate de pausas o de tiempo de descanso, los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en trasbordador o tren tendrán la consideración de tiempo de presencia, siempre que se conozca de antemano la existencia y duración previsible del viaje. De acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del Reglamento (CE) 561/2006, y sin perjuicio del devengo de las dietas que en su caso correspondan, el conductor deberá tener acceso a una cama o litera durante su período de descanso diario, que podrá interrumpirse dos veces como máximo para llevar a cabo otras actividades que no excedan en total de una hora.”*

En resumen los criterios que se establecen para considerar tiempo de presencia el acompañamiento del vehículo por el trabajador son:

- Conocimiento previo de la existencia y duración del viaje.
- Seguirá computando como tiempo presencia a pesar de tener acceso a cama o litera durante el periodo de descanso diario, pudiendo ser interrumpido dos veces en un tiempo máximo de una hora.

El segundo de estos requisitos es auspiciado por el artículo 9 del Reglamento 561/2006. Además, en su considerando 5, el Reglamento 561/2006, ahonda en la cuestión de que estos requisitos pueden ser mejorados mediante la negociación colectiva siempre que se pacten disposiciones más favorables para los trabajadores. Este requisito es, sin duda, el más conflictivo, porque enlaza la existencia de un lugar de reposo con el descanso, a pesar de que está encuadrando la actividad como tiempo de presencia. Como veremos, la hermenéutica del Tribunal Supremo entiende la disposición de forma que quiere expresar que, a pesar de tener acceso a camarote o litera, si se está a disposición del trabajo, estamos ante tiempo presencia.

Los argumentos que sostiene el TSJ de la Comunidad Valenciana para entender que el tiempo de acompañamiento del vehículo es tiempo de presencia y no de descanso residen en su lectura del artículo 10.4 RD 1561/1995. Advierte este

tribunal que durante el trayecto el trabajador debía de estar disponible para cualquier emergencia o cuestión que surgiera. Una de las funciones del trabajador es vigilar la correcta disposición del vehículo en la embarcación, por lo que se contemplaba la posibilidad de tener que modificar el vehículo de sitio si así se requería. El TSJ de la Comunidad Valencia entiende que, debido a esto, el trabajador no podía disponer con libertad de su tiempo, dejar la embarcación o atender su vida privada o familiar estamos ante tiempo presencia.

Es significativo que la sentencia de contraste llegue a la decisión contraria, al entender que durante el trayecto *“no concurren los elementos de disponibilidad que se refiere en la legislación no cabiendo posibilidad alguna de realizar una determinada función de emprender o reanudar su ruta o cambiar a la misma a disposición de instrucción del empleador, pues como es obvio en el trayecto en ferry el vehículo queda estacionado e inmovilizado a todos los efectos hasta llegar a destino”*. Por lo que considera el tiempo como de descanso y no como de presencia.

El Tribunal Supremo aborda la solución del litigio haciendo prevalecer la presunción general de considerar como tiempo presencia y no de descanso *“los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador”*, adoptando lo expuesto específicamente en el artículo 10.4 a) RD 1561/1995 y el artículo 28.3 e) del II Acuerdo de transporte.

El Tribunal Supremo justifica que, ante la ausencia de definición de descanso, debe prevalecer la presunción de tiempo presencia. Aunque reconoce la confusión a la que induce la normativa al prever la posibilidad de contar con litera o camarote, como efectivamente sucede en este caso, y que irremediamente se asocia con el descanso. No obstante, razona el Tribunal Supremo, que prevalecen obligaciones contractuales que impiden el descanso efectivo. Si partimos de la disposición del Reglamento 561/2006 que indicaba que las condiciones de trabajo no deben ser obstáculo al derecho de empresarios y trabajadores del sector a establecer, ya sea mediante negociación colectiva u otros medios, disposiciones más favorables para los trabajadores. Está claro que es más favorable computar este tiempo como de presencia. El trabajador estaba sujeto a disponibilidad para cualquier emergencia o cuestión que surja, lo que implica una obligación que nace de la relación contractual y que impide el descanso y el esparcimiento del trabajador completo, que es lo que debe entenderse por descanso a tenor de la jurisprudencia europea y de la Directiva 2003/88/CE.

4. CONCLUSIONES

Ante la complejidad de la concreción de qué es tiempo de trabajo y qué es de descanso surge un escenario aún más proceloso: el de los sectores especiales de trabajo y el denominado tiempo de presencia recogido en el RD 1561/1995.

Recordamos que según la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre y la jurisprudencia del TJUE¹⁶, el tiempo o bien es de trabajo, entendido como aquel en el que el trabajador está a disposición del empresario y en ejercicio de sus funciones; o es de descanso, que nace con una definición negativa, en contraposición con el tiempo de trabajo. Esto quiere decir que lo que no es considerado tiempo de trabajo será tiempo de descanso.

En este plano binomial la incardinación de un tercer tiempo parece que no tiene lugar. Pero como hemos dicho, la propia Directiva 2003/88/CE ofrece una regulación a mínimos, por lo que sí puede darse una interpretación más garantista¹⁷.

Por lo tanto, una regulación como la que ofrece el art. 8 RD 1561/1995 al respecto del tiempo de presencia en jornadas especiales de trabajo parece tener cabida siempre que ello suponga una mejora al concepto europeo. Esto quiere decir que el tiempo de presencia debe permitir la laboralización de aquellas zonas grises que otrora podrían considerarse tiempo de descanso, pero no se comprende que el tiempo de presencia pueda comprender situaciones que según los criterios europeos podrían encuadrarse como tiempo de trabajo, ya que esto conlleva una situación menos beneficiosa para el trabajador.

Dicho lo cual, la STS 11 de enero de 2024 (rec. núm. 3148/2021), continúa una línea jurisprudencial que concuerda con la construcción europea del tiempo de trabajo. En esta sentencia se está entendiendo como tiempo presencia un tiempo que antes se computaba exclusivamente como de descanso. Como está sucediendo con las guardias presenciales, localizadas, actividades de preparación o determinados periodos de desplazamiento, formación o asistencia a reuniones o eventos, está calando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la conceptualización del tiempo de trabajo de la Directiva 2003/88/CE que se basa en la protección del descanso y la salud de los trabajadores.

En suma, la singularidad del RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo es la distinción entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. A nivel sectorial del transporte y del trabajo del mar se supera la rígida dicotomía tiempo de trabajo y de descanso. El tiempo de presencia no puede ser considerado ni como tiempo de trabajo ni como de descanso, pero sí debe mejorar la situación de los trabajadores por lo que se establecerá en aquellas situaciones que podrían entenderse como de descanso. El tiempo de trabajo debe cumplir tres requisitos definitorios que nacen de la Directiva 2003/88/CE que son permanencia en el lugar de trabajo, disponibilidad y prestación de servicios. El tiempo presencia cumple el

¹⁶ Entre otras, destacan: STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, *Matzak* y STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, *CCOO y Tyco Integrated Security S.L.*

¹⁷ Artículo 15 de la Directiva 2003/88/CE

requisito de la disponibilidad exclusivamente, no requiriéndose que el trabajador esté en un lugar de trabajo concreto o prestando servicio¹⁸.

La STS 11 de enero de 2024 (rec. núm. 3148/2021) es ejemplo del fortalecimiento de este criterio. Si bien el trabajador que acompañaba el vehículo encargado no tenía por qué estar prestando sus servicios durante el trayecto, es decir, conduciendo efectivamente, sus obligaciones contractuales sí que le exigían estar disponible, por lo que se cumple el criterio necesario del tiempo presencia. Además también se cumple la condición de que se esté mejorando el binomio tiempo de trabajo y de descanso, porque es una situación en la que no cabría entender que el conductor estuviera en trabajo efectivo, puesto que no está realizando un servicio concreto. No se cumplen los criterios definitorios de tiempo de trabajo efectivo, pero tampoco hay un descanso completo, por estar sujeto a una disponibilidad. Esta fórmula del tiempo presencia completa jurídicamente el vacío de las zonas grises en los sectores que contempla el RD 1561/1995.

Esta situación nos hace preguntarnos si sería recomendable una extensión de esta situación a la generalidad del régimen jurídico del tiempo de trabajo. Vemos que esta situación de zonas grises se sucede en diversos sectores, no sólo los contemplados por el RD 1561/1995, por lo que, como ya ha advertido la doctrina estamos ante una oportunidad de mejorar el control y los límites del tiempo de trabajo y llevar a la laboralización aquellos escenarios que se están considerando de descanso pero que implican obligaciones contractuales o cierta disponibilidad de los trabajadores¹⁹. Ciertamente un tercer tiempo como este que se da en sectores específicos podría ayudar a dibujar mejor los límites del descanso en muchas otras actividades económicas, de forma que aquellas obligaciones contractuales que impliquen disponibilidad pero no trabajo efectivo puedan ser remuneradas y excluidas del tiempo de descanso.

¹⁸ Almendros González M.A., “Tiempo de trabajo efectivo” en AA.VV., González Ortega, S. (Coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Ed. 62*, Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, págs. 69 a 71.

¹⁹ Al respecto *Vid.* Velasco Fernández, D. «El tiempo de apoyo al trabajo. Una actualización del concepto de tiempo de trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12, 2024, págs. 115 a 161.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Universidad Complutense

LAS EXCEPCIONALES CIRCUNSTANCIAS PARA APLICAR EL PLUS RELACIONADO CON LA PELIGROSIDAD Y SU POSIBLE NEUTRALIZACIÓN

ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 113/2023, de 31 de enero

ECLI:ES:TSJAS:2023:158

SUPUESTO DE HECHO: Don Erasmo presentó una demanda contra dos empresas del grupo Elecnor, reclamando el reconocimiento de su derecho a percibir los complementos de penosidad y peligrosidad establecidos en el convenio colectivo aplicable. Frente a la sentencia, dictada por el Juzgado de Oviedo, que desestima la demanda interpuesta por don Erasmo recurre el trabajador en suplicación, denunciando, la infracción de los artículos 28 y 43.seis del Convenio Colectivo para la Industria del Metal del Principado de Asturias, en relación con el artículo 2 del Real Decreto 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico. Reclama el trabajador el reconocimiento de su derecho al percibo de los pluses de penosidad y peligrosidad, así como el abono de las cantidades dejadas de percibir en tales conceptos desde diciembre de 2019. La sentencia ahora impugnada considera que no concurren en su prestación de servicios las condiciones especialmente penosas por él invocadas y que, aunque la misma presenta ciertos riesgos, su empleadora adopta diversas medidas para paliarlos, que logran que el peligro sea mínimo y por ello considera que no procede el percibo de ninguno de los dos complementos interesados.

RESUMEN: Las especiales condiciones en las que debe aplicarse el plus de peligrosidad en determinadas actividades no generan un derecho automático a su percibo por parte de los empleados. El debate versa entorno a si la adopción de medidas de seguridad que minimizan riesgos excluye o no el derecho al percibo de complementos salariales por penosidad y peligrosidad si estos riesgos continúan presentes en la actividad laboral. El artículo presenta un caso real en que dicho concepto retributivo puede ser exigidos si se alcanzan dichas condiciones, pero también podría ser neutralizado aplicando diversos canales habilitados por la doctrina judicial.

* Doctor en Derecho y abogado.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES
2. SOBRE LA DOCTRINA JUDICIAL APELADA
3. SOBRE EL PLUS DE PELIGROSIDAD
4. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA A LOS HECHOS EN PRESENCIA
5. CONCLUSIONES

1. ANTECEDENTES

A raíz de la publicación de varias sentencias frente a empresas del sector siderometalúrgico en las que se condena a los empleadores al reconocimiento y retribución en la nómina del plus de peligrosidad, una empresa recibe diversas peticiones desde la representación legal de los trabajadores en diferentes regiones para el reconocimiento de la misma en su plantilla.

Apoya su petición sobre la STSJ Asturias 31 enero 2023 que interpreta que en empresas del mismo sector y, a priori, en condiciones iguales, procede el abono de dicho complemento por parte de la empresa porque, y a modo de síntesis, a pesar de las medidas de protección y seguridad que haya implantado la empresa, persiste el riesgo para el empleado.

2. SOBRE LA DOCTRINA JUDICIAL APELADA

La sentencia del TSJ de Asturias 31 enero 2023 (núm. 113/2023) analiza las especiales condiciones en el que se desarrolla el contrato de obra eléctrica en red subterránea de alta tensión (hasta 50 Kv), media tensión y baja tensión elaboradas por Hidrocantábrico distribución eléctrica SAU y las actividades que tiene que realizar la empresa Elecnor, que consisten en la ejecución de obras de ampliación, reforma, sustitución, reparación, mantenimiento y operación de las Líneas Subterráneas de AT (hasta 50 kV), MT y BT, CT de interior, así como tendido de Fibra Óptica (F.O.) y la aportación de pequeño material y, en su caso, el material estandarizado por HCDE necesario para su instalación en las redes subterráneas propiedad del grupo EDP HC Energía en las instalaciones ubicadas en el Principado de Asturias y los municipios de Negueira de Muñiz y Villablino.

En este sentido, la guía de riesgos elaborada por E-REDES relativa a los centros de transformación, centros de reparto y líneas eléctricas identifica los riesgos inherentes a las instalaciones existentes en los distintos centros de transformación, centros de reparto y líneas eléctricas y define las medidas preventivas mínimas aplicables para el control de los riesgos y difundir las medidas a tomar ante situaciones de emergencia. Identifica algunos factores de riesgo, como son las proyecciones de fragmentos o partículas debidas a la acción generada por arcos

eléctricos en laborales de desbroce en proximidad a los distintos equipos eléctricos o las explosiones por presencia de baterías por proximidad.

Respecto al plus de peligrosidad, se centra la sentencia únicamente en determinar si la adopción por el empresario de medidas de seguridad que disminuyan o minimicen dichos riesgos excluye o no la percepción del complemento, pues la propia juzgadora de instancia ya reconoció la existencia de riesgos de entidad en la actividad desempeñada que exceden de aquellos que puedan afectar a las actividades desempeñadas por otros oficiales de segunda del convenio colectivo del metal (fundamentalmente, riesgos de contacto eléctrico, arco eléctrico, incendio y explosión, calificados de moderados en la práctica totalidad de tareas a desempeñar por el trabajador que demandó).

Partiendo de esta premisa, la sentencia resuelve la polémica señalando que las medidas de seguridad adoptadas por el empresario minoran los riesgos a los que el recurrente se encuentra sometido, pero no determinan su desaparición. Indica que la única manera en que los riesgos desaparecerían por completo sería la no realización de trabajos en contacto o proximidad con cables o líneas de tensión que puedan ocasionar daños por electricidad, incendio o explosión que existen y se califican como moderados en la práctica totalidad de las tareas a desempeñar.

Señala que “mientras el trabajo se preste en circunstancias de penosidad, toxicidad o peligrosidad, existe conforme al convenio colectivo de aplicación, derecho al percibo del complemento correspondiente, y no habiendo excluido por completo tal peligrosidad las medidas adoptadas por el empresario, teniendo en cuenta que el riesgo, aunque sea en menor medida, continúa presente, tal complemento debe ser reconocido”.

3. SOBRE EL PLUS DE PELIGROSIDAD

Este complemento remunera al trabajador por las especiales condiciones de peligrosidad inherentes al puesto de trabajo o a las tareas desempeñadas. El pago del plus ha de implicar siempre una compensación a la actividad de personas concretas que, de forma temporal o permanente, se vean obligadas a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su colectivo de procedencia (STSJ Granada 24-10-13 o STSJ Galicia 27-2-15).

Junto los de penosidad y toxicidad, estos pluses no son exigibles por riesgos las dificultades o características intrínsecas de un oficio o profesión, puesto que los mismos ya están contemplados en la fijación del salario, sino cuando venga reconocido expresamente en el convenio colectivo de aplicación sin que sea suficiente que los trabajadores presten servicios o desarrollen tareas con esas características (STSJ La Rioja 5-6-07).

Las labores deben exceder de las que son características del puesto que fue tenido en cuenta para la asignación de la retribución básica o salario base (STS 24-11-97) ya que por penosas que sean las tareas, si la penosidad fue tomada en cuenta para la fijación de las retribuciones no procede el plus de peligrosidad (STS 24-11-97). Tal es así que cuando se produce un cambio de puesto de trabajo no plantea problema para la eliminación de su devengo o cuando el convenio decide expresamente su eliminación, por considerar desaparecido el elemento del cual traía causa, e incluso por haber sido pactada la supresión a cambio de realizar inversiones para lograr aquel objetivo. Sin embargo, en caso de ausencia de prueba de que la retribución ya compensa la peligrosidad, si se dan las condiciones, se tiene derecho a su percepción (STS 15-11-06).

La concurrencia de tales circunstancias debe ser habitual, no esporádica e infrecuente, sin llegar a exigirse que toda la actividad se desarrolle bajo las mismas y, consecuentemente, sin limitar su pago al tiempo de trabajo en dichas condiciones (STS 12-2-96; 22-1-99 o STSJ Las Palmas 21-5-08). En ausencia de pacto en el convenio colectivo o contrato de trabajo, el plus de peligrosidad se percibe por día efectivo de trabajo, no por días naturales, debido a su condición de complemento funcional (STS 10-12-08). Su abono ha de reflejarse en la nómina de forma independiente (STS 22-1-10) y la fecha de efectos de su reconocimiento no es la de la sentencia en la que se reconoce, sino aquella desde la que se acredita su realización si no está prescrito el período (STS 31-1-01 y 10-10-00).

El plus de peligrosidad, en concreto, deriva de la existencia de un riesgo adicional debido a la inseguridad de su desempeño ante un eventual ataque o daño. A título de ejemplo, se consideran peligrosos los siguientes trabajos: el conductor de un camión de mercancías peligrosas (STSJ Asturias 28-1-00); el reconocido a maestros que prestan servicios en un centro de educación especial (STSJ Galicia 9-7-14) o el de los bomberos de un aeropuerto (STS 23-6-93). No se ha reconocido el abono del plus de peligrosidad, por ejemplo, en el caso de trabajadores sociales que realizan visitas a domicilio de personas con problemas mentales para valorarlas, si no resultan probados los requisitos de excepcionalidad de la situación y la habitualidad del riesgo (STSJ Las Palmas 22-10-21).

Es preciso señalar que no es necesario que el tipo de riesgo en el desempeño del trabajo sea inminente y concreto, pues dicha interpretación obligaría, con carácter general, a apreciarla sólo una vez verificada la actualidad del elemento de amenaza. Basta con resultar potencial y real, pero siempre teniendo en cuenta que tales riesgos no derivan de manera inmediata de la posible afectación general, ni tampoco cabe considerarlos per se inherentes al específico grupo profesional de que se trate. El complemento se devenga sin que se produzca una situación dañosa, ya que su finalidad intrínseca no es la reparación del incumplimiento empresarial del deber de suministrar a sus dependientes la máxima seguridad y salubridad técnicamente posible.

La posible afectación general del riesgo no lo convierte en meramente potencial o abstracto, ni lo hace genéricamente inherente a la específica tarea de que se trate.

Por otro lado, la existencia de medidas de seguridad no excluye el devengo de este complemento si el puesto de trabajo es de especial peligrosidad. Por tanto, compensa un riesgo que no es el normal en la función laboral que desempeña el trabajador y que debe ser entendido de forma dilatada en el tiempo, no esporádico e infrecuente, respecto del puesto que genera el peligro (SSTS 12-2-96; 21-7-97; 18-10-91 y STSJ Extremadura 27-1-15; STSJ País Vasco 15-4-98). Por esas razones, cuando se acredita que el riesgo no existe, o este no es habitual, no procede el abono del complemento (TSJ Málaga 13-2-14 y STSJ Galicia 31-1-14).

4. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA A LOS HECHOS EN PRESENCIA

La empresa refiere que la situación de hecho juzgada en STSJ de Asturias 31 enero 2023 (núm. 113/2023) guarda una similitud con su actividad, por cuanto las condiciones en las que desarrolla el trabajo su plantilla son muy cercanas a las que desarrolla su trabajo la plantilla de Elecnor. A este respecto solo queda acudir al núcleo del debate para determinar la aplicación de este plus, que consiste en determinar si la existencia de medidas de seguridad excluye o no el devengo de este complemento si el puesto de trabajo es de especial peligrosidad.

El criterio de la aplicación de medidas de protección para valorar la peligrosidad ha sido tradicionalmente interpretado por el Tribunal Supremo, que señala que “el carácter especialmente peligroso de un puesto de trabajo no se excluiría por la existencia de determinadas medidas de seguridad que, obviamente, han de adoptarse para evitar en lo posible siniestros previsibles en todo puesto de trabajo que entrañen suma peligrosidad” (SSTS 21 julio de 1997 y 23 junio 1993).

Partiendo de esta premisa, también debe ser tenida en cuenta otra posición del Tribunal Supremo que, en interpretación del plus de penosidad (similar al de peligrosidad), considera que la adopción de medidas de protección individual supone la cesación en el abono del plus (SSTS 25-11-09, 30-11-11 y 28-3-12). Llega a esta conclusión al determinar que por encima de un determinado nivel el trabajo es excepcional y corresponde el abono. Para la situación de hecho que es enjuiciada, establece que un trabajo sometido a un determinado nivel de decibelios puede considerarse penoso, por cuanto por encima de los 80 decibelios el trabajador puede llegar a alcanzar una sordera calificable de enfermedad profesional de conformidad con lo previsto expresamente en el RD 1299/2006, que considera como tal la hipoacusia o sordera provocada por el ruido para “trabajos que exponen a ruidos continuos cuyo nivel sonoro sea igual o superior a 80 decibelios”.

Defendiendo un criterio análogo, y en los hechos valorados por la STSJ de Asturias 31 enero 2023, podría defenderse que para cada uno de los factores de riesgo detectados en la guía de riesgos elaborada por E-REDES relativa a los centros de transformación, centros de reparto y líneas eléctricas, existen unos determinados niveles de peligrosidad establecidos en las Notas Técnicas de Prevención (NTP) publicadas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo que no se superan, y, por tanto, ese riesgo se anularía con la medida de protección adoptada (como es el caso de los protectores auditivos para la penosidad por los decibelios).

Así, a modo de ejemplo, para la energía calorífica que incide durante un fenómeno de arco eléctrico en el trabajador en una instalación o condiciones de trabajo, podría utilizarse como referencia el cálculo aportado por la NTP 904: Arco eléctrico: estimación de la energía calorífica incidente sobre un trabajador. También podrían ser utilizados otros elementos comparativos válidos para calcular el riesgo, como aquel utilizado en autos de la sentencia de ejemplo que es el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Otro criterio similar para combatir la no aplicación en este concepto retributivo puede ser el criterio del Alto Tribunal de que para la fijación de las retribuciones de ese puesto de trabajo ya fue tenido en cuenta la penosidad y peligrosidad de las tareas (STS 24-11-97), pues las labores están incluidas dentro de las características del puesto de trabajo que fue tenido en cuenta para la asignación de la retribución (STS 24-11-97). Así las cosas, si pudiera demostrarse que se retribuye esta circunstancia a través de otro canal retributivo de similar naturaleza, podría entenderse que los riesgos inherentes a esa prestación servicial diferenciada ya vienen siendo compensados.

La última alternativa, por tanto, sería acudir a la negociación colectiva. Partiendo de la base de que los intereses afectados son privados y no públicos, la calificación de la actividad como susceptible de devengar estos pluses depende de la voluntad de las partes, manifestada en el convenio colectivo, por acuerdo, por una decisión unilateral del empresario y/o mediante la designación de un tercero. Por ejemplo, puede establecerse el abono de este complemento por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, previo informe del comité de seguridad, vigilante de seguridad o representantes de los trabajadores (CCol de Industrias de Alimentos Compuestos para Animales art.22, BOE 23-11-21).

También puede caber en la negociación la neutralización de este complemento por el establecimiento de un sistema retributivo que justifique la fijación del salario en función a las dificultades o características intrínsecas del puesto, evidenciando los criterios a la hora de tener en cuenta esta compensación a la actividad de las personas concretas que se vean obligadas a trabajar en estas condiciones diferentes al resto. También puede pactarse expresamente su eliminación, por considerar desaparecido el elemento del cual traía causa, e incluso por haber sido pactada la supresión a cambio de realizar inversiones para lograr aquel objetivo.

5. CONCLUSIONES

El núcleo del debate se sitúa en determinar si, para la actividad desarrollada en alta, media y baja tensión (como en las analizadas en las sentencias comentadas), existen condiciones de peligrosidad y riesgo suficientes como para determinar la retribución del complemento de peligrosidad recogido en convenio colectivo, a pesar de las medidas de protección tomadas.

Jurídicamente el debate ha sido resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias y Castilla y León, apoyándose sobre la tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo y señalando que las medidas de seguridad adoptadas por el empresario en este tipo de actividad minoran los riesgos a los que el trabajador se encuentra sometido, pero no determinan su desaparición pues la única manera en que los riesgos desaparecerían por completo sería la no realización de trabajos en contacto o proximidad con cables o líneas de tensión que puedan ocasionar daños por electricidad, incendio o explosión ya que se trata de un trabajo desempeñado en condiciones claras de peligrosidad de un modo prolongado y habitual.

Esta doctrina puede ser únicamente debatida desde el punto de vista jurídico con una prueba objetiva de la no superación de las especiales condiciones de riesgo y peligrosidad, como ocurre en el supuesto de penosidad por el excesivo sonido por encima de los 80 decibelios (SSTS 25-11-09, 30-11-11 y 28-3-12). Esta vía jurídica de defensa, asimismo, precisa de elementos objetivos claros de referencia para cada uno de los factores de riesgo presentes en la actividad, y, teniendo en cuenta que son varios los recogidos por las sentencias y escasos los parámetros objetivos existentes (tras una breve investigación de algunos de ellos), el espacio de interpretación para los Tribunales es muy amplio. Por lo tanto, la viabilidad de defensa es limitada, a la vista del amplio número de factores de riesgo y los escasos parámetros a tener en cuenta abriendo, de esta forma, la puerta a una interpretación laxa a la hora de valorar la presencia de peligrosidad.

La última alternativa pasaría por la negociación colectiva, la cual, con vistas a la neutralización de la retribución de dicho complemento, podría contemplar compensaciones de similar naturaleza, inversiones con el objeto de eliminar dichos riesgos y pactar su eliminación o sistemas objetivos de retribución que diferencien las especiales condiciones de dichos puestos de trabajo por la realización de esas tareas y compensen dicho complemento.

LA PRESTACIÓN POR CUIDADO DE UN FAMILIAR QUE RESIDE EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DEL COMPETENTE: AJUSTES Y LÍMITES DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2024
ECLI:EU:C:2024:292

SUPUESTO DE HECHO: Un nacional italiano, que reside y trabaja en Austria, acordó con su empresario una excedencia con el fin de cuidar a su padre, residente en Italia, desde el 1 de mayo hasta el 13 de junio de 2022. El 10 de mayo del mismo año, el trabajador solicitó una prestación por cuidado de un familiar, debido a los cuidados permanentes que requería el estado de salud de su progenitor. El Servicio Ministerial austriaco de Asuntos Sociales denegó dicha solicitud, ya que el familiar que requería los cuidados no percibía una asignación de dependencia en virtud del Derecho austriaco, siendo el pago de esta asignación un requisito necesario para que la persona cuidadora tuviera derecho a la prestación por cuidado de un familiar con arreglo a la legislación austriaca aplicable.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2024, asunto C-116/23, *Sozialministeriumservice*, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo austriaco en el contexto del litigio entre el nacional italiano y el Servicio Ministerial austriaco de Asuntos Sociales. Para ello, analiza en primer lugar si una prestación por cuidado de un familiar abonada a un trabajador por cuenta ajena que asiste a un familiar beneficiario de una asignación de dependencia en otro Estado miembro y que disfruta, por ello, de una excedencia no retribuida, está comprendida en el concepto de “prestaciones de enfermedad” que utiliza el Reglamento nº 883/2004. En segundo lugar, valora la compatibilidad que presenta con el Derecho de la Unión la normativa de un Estado miembro, en virtud de la cual, la concesión de una prestación por cuidado de un familiar está supeditada al requisito de que la persona atendida perciba una asignación de dependencia de un determinado nivel conforme a la legislación de ese Estado miembro. La resolución termina examinando si vulnera el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social el hecho de que la concesión de una prestación por cuidado de un familiar y la de una prestación de excedencia de solidaridad familiar estén sujetas a requisitos diferentes.

* Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

ÍNDICE

1. LA NATURALEZA DE LAS PRESTACIONES DE ENFERMEDAD INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004
2. EL ELEMENTO TRANSFRONTERIZO EN LA ARTICULACIÓN DE LAS PRESTACIONES: LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL
3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: LA IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
4. VALORACIÓN FINAL

1. LA NATURALEZA DE LAS PRESTACIONES DE ENFERMEDAD INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004

La distinción entre las prestaciones comprendidas en el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y las excluidas de su ámbito de aplicación se basa, con carácter general, en los elementos constitutivos de cada una de ellas, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional¹. En este sentido, una prestación puede tener esta consideración en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de sus beneficiarios, se conceda a estos en función de una situación legalmente definida. Esto es, cuando la concesión de la prestación se efectúa de acuerdo con criterios objetivos que, una vez verificados, determinan el derecho a la misma sin que la autoridad competente pueda tener en cuenta otras circunstancias personales. En el supuesto del que trae causa la STJUE de 11 de abril de 2024, asunto C-116/23, se cumple este requisito, ya que la prestación por cuidado de un familiar se concede de pleno derecho, de conformidad con la Ley Federal austriaca sobre la Asignación de Dependencia, cuando el solicitante disfruta de una excedencia por cuidado de un familiar, sin que el Servicio Ministerial de Asuntos Sociales tenga en cuenta otras circunstancias personales del mismo.

Asimismo, la consideración de una prestación como propia de Seguridad Social requiere que tenga relación con alguna de las contingencias expresamente enumeradas en el art. 3.1 del Reglamento n° 883/2004. La letra a) de dicho precepto se refiere a las “prestaciones de enfermedad”, que son aquellas cuya finalidad principal es la curación de una persona enferma, procurándole los cuidados que requiere su estado, y cubren, así, el riesgo asociado a un estado patológico. El concepto de prestaciones de enfermedad que maneja el Reglamento de coordinación no queda a merced de la legislación interna de cada Estado, sino que, por el contrario, dicho

¹ STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C411/22, *Thermalhotel Fontana*, ap. 22.

concepto se desarrolla en el seno del ámbito de la Unión Europea, tal y como ha indicado el Tribunal de Justicia². De este modo, es irrelevante la calificación que reciba una prestación en la legislación interna o las declaraciones realizadas por el Estado al efecto, ya que lo que resulta determinante es la naturaleza y objeto de la prestación en cuestión. No conviene olvidar que toda exclusión a la aplicación de la normativa de coordinación debe interpretarse restrictivamente.

En el marco de las prestaciones de enfermedad, el Reglamento diferencia entre prestaciones en especie y prestaciones en metálico. Las primeras son definidas en el art. 1.v.bis como aquellas admitidas en cuanto tales por la legislación que aplique el Estado miembro y que estén destinadas a proveer, facilitar, abonar directamente o reembolsar los costes de la atención sanitaria y de los productos y servicios accesorios de dicha atención. El Reglamento nº 883/2004 supuso, en este sentido, un avance respecto del Reglamento nº 1408/71, el cual carecía de una definición de las prestaciones en especie y de las prestaciones en metálico. Ahora bien, la nueva regulación sigue sin ofrecer un concepto de estas últimas³.

Según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se asimilan a las prestaciones de enfermedad los gastos ocasionados por el estado de dependencia de la persona atendida que se refieran, de forma concomitante o no, a los cuidados prestados a esa persona y a la mejora de su vida cotidiana, como en particular los gastos que le garantizan la asistencia de terceros, ya que tales gastos tienen por objeto mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas dependientes⁴. Es cierto que la concesión de la prestación por cuidado de un familiar de la que se trata en la sentencia que motiva el presente trabajo se deriva de la condición de trabajador por cuenta ajena de la persona cuidadora, en el sentido de que se concede y se abona a la persona cuidadora para compensar la pérdida de salarios que sufre durante su excedencia no retribuida. Ahora bien, no

² De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que la exigencia de una aplicación uniforme del Derecho de la Unión implica que los conceptos a los que se refiere este Derecho no varíen en atención a las particularidades de cada ordenamiento jurídico nacional, sino que se basen en criterios objetivos, definidos en un marco propio del Derecho de la Unión. Conforme a este principio, el concepto de prestaciones de enfermedad no debe determinarse, a efectos de la aplicación del Reglamento de coordinación, en función del tipo de legislación nacional en el que figuran las disposiciones internas que establecen las referidas prestaciones, sino de las normas propias de Derecho de la Unión que determinan los elementos constitutivos de dichas prestaciones. Vid. STJUE de 21 de julio de 2011, asunto C503/09, *Stewart*, ap. 35.

³ Para encontrarlo, se ha de consultar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha ido asentando las bases conceptuales de este tipo de prestaciones. Así, las prestaciones en metálico son consideradas aquellas de “carácter periódico que procuran un ingreso sustitutorio o un apoyo económico destinados a mantener el nivel de vida general del enfermo y de sus eventuales familiares”. Vid. STJUE de 15 de junio de 2006, asunto C-466/04, *Acereda Herrera*, ap. 33.

⁴ STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-679/16, *A (Asistencia a una persona con discapacidad)*, aps. 43 y 44.

es menos cierto que dicha concesión está supeditada al requisito de que la persona atendida tenga derecho a una asignación de dependencia de un determinado nivel en virtud del Derecho austriaco. Y es que la prestación en cuestión tiene también y principalmente por objeto permitir que la persona cuidadora preste los cuidados que requiere el estado de salud de la persona atendida, de modo que beneficia, ante todo, a esta última.

De ahí que el Tribunal de Luxemburgo termine concluyendo que la prestación austriaca por cuidado de un familiar está comprendida en el concepto de “prestaciones de enfermedad” que contempla el art. 3.1.a) del Reglamento nº 883/2004. Más en concreto, se trata de una prestación en metálico dado que presenta un carácter accesorio respecto a la prestación de asistencia propiamente dicha, pues su objeto es facilitar el recurso a dicha asistencia. El Tribunal de Justicia precisa que la referida prestación consiste en una cantidad fija de dinero abonada periódicamente a los cuidadores –sin tener en cuenta la carga real de la asistencia–, destinada a compensar la pérdida de salario que conlleva la excedencia por cuidado de un familiar y a aligerar las cargas derivadas de esa excedencia. Queda así resuelta la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, en tanto en cuanto el Tribunal austriaco remitente, si bien observaba que las partes en el litigio principal coincidían en calificar la prestación por cuidado de un familiar como prestación de enfermedad, también consideraba concebible que dicha prestación tuviese carácter de prestación por interrupción temporal del trabajo y, con ello, pudiera apreciarse una prestación por desempleo.

2. EL ELEMENTO TRANSFRONTERIZO EN LA ARTICULACIÓN DE LAS PRESTACIONES: LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL

Del art. 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), que prevé la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros –y no su armonización–, y sobre cuya base se adoptó el Reglamento nº 883/2004, se desprende que las diferencias de fondo y de procedimiento entre los regímenes de Seguridad Social de cada Estado miembro y, por tanto, entre los derechos de las personas afiliadas a ellos, no se ven afectadas por dicha norma. En este sentido, la regulación europea, lejos de buscar la homogeneización europea de los esquemas prestacionales en los Estados miembros o de establecer un sistema común de Seguridad Social, permite la existencia de regímenes nacionales distintos que preservan sus rasgos definidores propios, garantizándose eso sí su coordinación para asegurar el ejercicio efectivo de la libre circulación de personas.

Los Estados miembros no quedan plenamente afectados por la integración europea en este ámbito, ya que cada uno de ellos conserva la competencia para organizar sus sistemas de Seguridad Social y, a falta de armonización a escala de

la Unión, corresponde a cada Estado miembro determinar en su legislación los requisitos que confieren derecho a las prestaciones sociales. La Unión, por tanto, tiene en este ámbito una competencia restringida. Siendo elemento determinante en la política social europea, la protección social queda definida como un ámbito en el que la Unión Europea, empleando la terminología del art. 2.5 TFUE, puede llevar a cabo acciones con el fin de apoyar o coordinar la acción de los Estados miembros. En una materia como la de Seguridad Social, en la que las diferencias nacionales de gestión, de financiación, de cobertura y de condiciones de acceso están aseguradas, resulta de suma importancia el cometido europeo de proporcionar una nota coordinadora al respecto.

La coordinación de los sistemas nacionales que asume la Unión aspira a materializar la efectividad de la libertad de circulación. Dicho en otros términos, la función de la Unión Europea en el ámbito de la Seguridad Social consiste precisamente en garantizar la libre circulación en el territorio de la Unión Europea, en la que se vuelve a insistir desde el art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea, cuando dispone que “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas”. A través de la acción coordinadora europea, que preserva en todo caso las señas de identidad de cada uno de los sistemas nacionales, se trata de impedir que las personas que opten por desplazarse en el interior de la Unión Europea, o incluso instalarse en uno o varios Estados miembros diferentes al de origen, queden desprotegidas frente a posibles situaciones de necesidad. Así, el que un ciudadano de la Unión se traslade definitiva o temporalmente a un Estado miembro diferente no puede implicar, en ningún caso, la privación de las prestaciones sociales a las que tiene derecho. Esta y no otra es la conclusión que emana del art. 34.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), cuando proclama que “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales”.

Los supuestos de transnacionalidad no pueden derivar en una pérdida de derechos de Seguridad Social. En otro caso, se obstaculizaría la libertad de circulación en el territorio de la Unión, que es sin duda la clave de bóveda que articula la regulación europea de la Seguridad Social y la que inspira la lógica coordinadora en la que se fundamenta. En ello se revela el carácter netamente instrumental que la coordinación de los regímenes de Seguridad Social presenta en aras de garantizar esta libertad fundamental de la ciudadanía de la Unión.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: LA IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El art. 4 del Reglamento nº 883/2004 proclama la igualdad en materia de Seguridad Social y dispone que “las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”. La conexión del precepto con el art. 45 TFUE es obligada, toda vez que este incluye como contenido esencial de la libre circulación de trabajadores en la Unión la prohibición de cualquier discriminación “por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”.

Este principio constituye la garantía que dota de efectividad la movilidad en el territorio de la Unión –a su vez corolario del derecho a trabajar que consagra el art. 15 CDFUE–, al exigir la eliminación de cuantas trabas pudieran imponerse en su articulación. De ahí que constituya uno de los pilares básicos de las políticas sociales y laborales. Se trata, en suma, de facilitar a los ciudadanos de la Unión el ejercicio de actividades profesionales en cualquier Estado miembro a través de la prohibición de las medidas que pudieran colocarles en una posición menos favorable. Lo que está claramente vinculado con la vocación misma del estatuto de ciudadanía de la Unión, esto es, permitir a los nacionales de los Estados miembros que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico.

El art. 45 TFUE se opone a cualquier medida que, aunque se aplique sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por los nacionales de la Unión de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado⁵. La noción de disuasión es clave en la articulación de la libertad de circulación de trabajadores. Y ello porque las disposiciones que impiden a un ciudadano de la Unión abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre movilidad constituyen, por definición, un obstáculo a dicha libertad. Se trata, precisamente, de evitar que las medidas nacionales disuadan a los ciudadanos de la Unión de desplazarse a otro Estado miembro para ejercer en él una actividad económica. Así por ejemplo, la STJUE de 21 de enero de 2016, asunto C673/16, *Comisión c. Chipre*, concluyó que la normativa chipriota sobre pensiones y, en particular, el criterio de la edad en ella contenido disuadía a los trabajadores de abandonar su Estado miembro de origen para ejercer una actividad profesional en

⁵ STJUE de 4 de febrero de 2021, asunto C- 903/19, *Ministre de la transition écologique y solidaire y Ministre de l’Action y des Comptes publics*, ap. 31.

otro Estado miembro, al perder la posibilidad de percibir, en virtud del régimen nacional de Seguridad Social, una prestación de vejez a la que se tendría derecho si no hubieran aceptado dicho empleo. Ello generaba una desigualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los funcionarios que hubiesen ejercido su actividad en Chipre. El obstáculo a la libre circulación de estos trabajadores era evidente, pues el funcionario menor de cuarenta y cinco años que renunciara a su empleo en la función pública chipriota para ejercer una actividad profesional en un Estado miembro distinto de Chipre percibiría únicamente una cantidad a tanto alzado y perdería sus futuros derechos a pensión, mientras que el funcionario que continuara ejerciendo una actividad profesional en Chipre conservaría tales derechos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha advertido reiteradamente que el Derecho primario de la Unión no puede garantizar a un trabajador que su desplazamiento a un Estado miembro distinto de su Estado de origen sea neutro en materia social, puesto que, habida cuenta de las disparidades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser, según los casos, más o menos ventajoso en este aspecto para la persona de la que se trate⁶. Conviene en cuenta que el principio de no discriminación no solo exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, sino que también impone que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica.

Lo cierto es que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad destaca por su amplitud, entendida en clave objetiva y subjetiva. Por un lado, el principio de no discriminación abarca en su articulación desde el mismo acceso al empleo, hasta aquellas ventajas vinculadas, directa o indirectamente, a la prestación laboral, pasando obviamente por las condiciones de trabajo en sentido estricto. Por otro lado, y así lo ha precisado el Tribunal de Luxemburgo, se halla formulada en unos términos generales, pues no está dirigida específicamente ni a los Estados miembros ni tampoco a los organismos de Derecho público. En la sentencia de 17 de julio de 2008, asunto C-94/07, *Raccanelli*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimó que la prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad no solo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y los contratos entre particulares. Y ello porque la eliminación entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera verse neutralizada por los obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público⁷.

⁶ STJUE de 19 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C95/18 y C96/18, *Van den Berg y Giessen*, ap. 56.

⁷ A modo de ejemplo, la STJUE de 16 de septiembre de 2004, asunto C400/02, *Merida*, concluyó la vulneración de la libertad fundamental por un convenio colectivo alemán, según el

En cualquier caso, no es el art. 4 del Reglamento n° 883/2004 la única norma que concretiza la regla de igualdad de trato en materia de Seguridad Social del art. 45 TFUE. También debe interpretarse conforme a este último precepto el art. 7.2 del Reglamento (UE) n° 492/2011, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, el cual precisa que el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro tiene derecho a beneficiarse de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. Lo cierto es que el acceso al mercado laboral de un Estado miembro, como ha insistido el Tribunal de Luxemburgo⁸, crea el vínculo de integración suficiente en la sociedad de dicho Estado para poder disfrutar del principio de igualdad de trato en el ámbito de dichas ventajas sociales. Este vínculo de integración resulta, en particular, de la contribución de los trabajadores migrantes a la financiación de las políticas sociales del Estado miembro de acogida a través de las cotizaciones que abonan en virtud de la actividad laboral que en él ejercen. Luego si participan en el sostenimiento financiero de las políticas sociales de dicho Estado, deben igualmente poder beneficiarse de ellas en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. Conviene en este mismo razonamiento el cuarto considerando del Reglamento n° 492/2011, según el cual, la movilidad de la mano de obra en la Unión ha de ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a “satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros”.

El Tribunal de Justicia de la Unión, rechazando cualquier interpretación restrictiva, ha defendido un concepto amplio de ventajas sociales al sostener que la prohibición de discriminación rige en relación con todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales principalmente por razón de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de su residencia habitual en territorio nacional⁹. Por tanto, su extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros permite facilitar la movilidad de estos en el interior de la Unión y, con ello, su integración en el Estado miembro de acogida.

Asimismo, los miembros de la familia de un trabajador migrante son beneficiarios indirectos de la igualdad de trato del art. 7.2 del Reglamento comunitario. Por ejemplo, dado que la concesión de la financiación de los estudios

cual, el importe de una prestación social como la ayuda económica transitoria, abonada por el Estado miembro de empleo, se calculaba de modo que el impuesto sobre los salarios devengado en dicho Estado era deducido ficticiamente al determinar la base de cálculo de la ayuda, cuando, de acuerdo con un convenio para evitar la doble imposición, los salarios y retribuciones análogas abonadas a los trabajadores que no residían en el Estado miembro de empleo únicamente estaban sujetos a imposición en el Estado de residencia de estos últimos.

⁸ STJUE de 10 de julio de 2019, asunto C410/18, *Aubriet*, ap. 32.

⁹ STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C411/22, *Thermalhotel Fontana*, ap. 35.

al hijo de un trabajador migrante constituye para este último una ventaja social, el hijo puede invocar por sí mismo dicho precepto para obtener esta financiación si, conforme al Derecho nacional, la misma se concede directamente al estudiante. No obstante, este beneficio solo constituye una ventaja social para el trabajador migrante en la medida en que el mismo continúe sufragando los gastos de manutención de su descendiente¹⁰. Según se colige, el principio de igualdad de trato también está destinado a impedir las discriminaciones efectuadas en perjuicio de los hijos que están a cargo del trabajador, de forma que estos pueden acogerse al art. 7.2 del Reglamento para obtener una financiación de sus estudios en las mismas condiciones que las que se aplican a los hijos de los trabajadores nacionales. A título ilustrativo, para el TJUE, la supeditación de la concesión de una ayuda económica para estudios superiores a los estudiantes no residentes al cumplimiento del requisito de que su progenitor haya trabajado en Luxemburgo durante un período mínimo e ininterrumpido de cinco años en el momento de solicitar la ayuda económica supone “una restricción que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo de incrementar el número de titulados superiores dentro de la población residente, en la medida en que esas interrupciones no tienen la entidad suficiente para romper el vínculo de conexión entre el solicitante de la ayuda económica y el Gran Ducado de Luxemburgo”¹¹.

Por otra parte, también se ha afirmado que el hijo a cargo de un nacional de un Estado miembro que ejerce una actividad por cuenta ajena en otro, si bien conservando su residencia en el Estado del que es nacional, puede invocar el apartado 2 del art. 7 del Reglamento nº 492/2011 para obtener una financiación de sus estudios en las mismas condiciones que las que se aplican a los hijos de los nacionales del Estado de empleo y, en particular, sin que se pueda exigir un requisito suplementario relativo a la residencia del hijo¹².

En esta interpretación amplia de los beneficiarios de las ventajas sociales en igualdad de trato respecto a los nacionales del país donde el trabajador presta sus servicios, la Sentencia de 15 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C401/15 y C403/15, *Depesme y Kerrou*, supuso un paso más. En concreto, se encarga de precisar que pueden resultar amparados por la cláusula de no discriminación del art. 7.2 del Reglamento nº 492/2011 los hijos del cónyuge del trabajador o de su

¹⁰ STJUE de 20 de junio de 2013, asunto C20/12, *Giersch y otros*, ap. 39.

¹¹ STJUE de 14 de diciembre de 2016, asunto C-238/15, *Bragança Linares Verruga y otros*, ap. 69.

¹² El Tribunal de Justicia de la Unión ha declarado que, en el supuesto de que una legislación nacional no exija la residencia a los hijos de los trabajadores nacionales para la financiación de sus estudios, tal requisito debe considerarse como discriminatorio si se exige a los hijos de los trabajadores nacionales de otros Estados miembros. Y ello porque un requisito de esta índole perjudica en particular a los trabajadores fronterizos que, por definición, tienen su residencia en otro Estado miembro en el que residen asimismo por regla general los miembros de su familia. Vid. STJUE de 8 de junio de 1999, asunto C-337/97, *Meeusen*.

pareja reconocida por el Derecho nacional, cuando este asume la manutención del hijo. También se incluyen en aquel principio de forma automática los menores de veintiún años, así como los que, pese a tener más edad, “estén a cargo” de su progenitor. De hecho, el TJUE deja claro en el pronunciamiento señalado que, superado aquel límite de edad, los hijos del trabajador también pueden gozar de los beneficios sociales que en el Estado de empleo se deriven de la prestación laboral del padre si este aún los mantiene. Así pues, al concepto de familia que se recoge en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, es al que deben vincularse los miembros que pueden beneficiarse indirectamente de la igualdad de trato con arreglo al Reglamento n° 492/2011.

4. VALORACIÓN FINAL

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de señalar que algunas prestaciones pueden encajar tanto en el concepto de prestaciones de enfermedad del Reglamento n° 883/2004, como en el de ventajas sociales del Reglamento n° 492/2011. De ahí que, si bien la prestación por cuidado de un familiar tiene por objeto beneficiar ante todo a la persona atendida, ello no impide que pueda ser también calificada como ventaja social, dado que dicha prestación está destinada a garantizar la subsistencia de un trabajador que no ejerce ninguna actividad profesional durante su excedencia y, por tanto, no percibe ninguna retribución.

Siendo así, una distinción basada en la residencia, que puede redundar en perjuicio principalmente de los nacionales de otros Estados miembros, en la medida en que los no residentes son mayoritariamente no nacionales, constituye una discriminación indirecta basada en la nacionalidad que solo puede admitirse si está objetivamente justificada. En el supuesto que motiva la STJUE de 11 de abril de 2024, asunto C-116/23, la concesión de la prestación por cuidado de un familiar se encuentra supeditada al requisito de que la persona atendida perciba una asignación de dependencia de nivel 3 o superior en virtud del Derecho austriaco. Por tanto, dicha prestación solo se concede en el caso de que las autoridades austriacas sean competentes para conceder una asignación de dependencia a la persona atendida. A partir de lo cual, el Tribunal de Luxemburgo considera acreditado el vínculo directo con el Estado miembro de la residencia habitual de las personas atendidas.

En este sentido, el hecho de que la prestación por cuidado de un familiar sea accesoria de la asignación de dependencia, concedida en virtud de la legislación austriaca aplicable, puede afectar más a los trabajadores migrantes –como el demandante en el litigio del que trae causa la referida sentencia, cuyo padre residía en otro Estado miembro–, que a los nacionales austriacos, cuya familia, y en

particular sus progenitores, tienen su residencia habitual en Austria como regla general. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye, así, que el carácter accesorio de la prestación por cuidado de un familiar supone una discriminación indirecta basada en la nacionalidad que solo puede admitirse si está objetivamente justificada. Recuérdese, a este respecto, que las discriminaciones indirectas solo se estiman justificadas si se revelan adecuadas para garantizar la consecución de un objetivo legítimo y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Dado que el nivel de dependencia puede indicar el grado de atención que necesita la persona afectada, que implica, en su caso, que a la persona cuidadora le resulte imposible proseguir su actividad profesional, el objetivo de limitar el disfrute de prestaciones financiadas con fondos públicos a los casos de dependencia de nivel 3 o superior parece legítimo. Ahora bien, el requisito relativo al nivel 3 o superior de dependencia también puede cumplirse cuando la asignación de dependencia se concede con arreglo a la legislación de otro Estado miembro. Conviene tener en cuenta que el art. 5 del Reglamento n° 883/2004 se refiere al principio jurisprudencial de asimilación de prestaciones, ingresos y hechos que el legislador de la Unión quiso introducir en el texto de dicho Reglamento con objeto de desarrollarlo respetando el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia¹³.

En la sentencia aquí comentada, se reenvía al órgano jurisdiccional austriaco competente la determinación de la concurrencia de razones que, como la existencia de un eventual riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social nacional, pudieran justificar el carácter accesorio de la prestación por cuidado de un familiar en relación con la asignación de dependencia de nivel 3 o superior. Corresponde, por tanto, a dicho órgano jurisdiccional comprobar si la discriminación indirecta por razón de nacionalidad a la que se asiste tiene por objeto alcanzar el objetivo perseguido de forma congruente y sistemática.

En cualquier caso, el anterior no es el único extremo por razón del cual se valora la compatibilidad del art. 4 del Reglamento n° 883/2004 con la normativa austriaca. También a partir de una de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo austriaco, la STJUE de 11 de abril de 2024, asunto C-116/23, desciende a examinar si vulnera el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social una normativa y una jurisprudencia como la austriaca que, por un lado, supedita la concesión de una prestación por cuidado de un familiar y la de una prestación de excedencia de solidaridad familiar a requisitos diferentes, dado que el reconocimiento de esta última no exige que la persona atendida perciba una asignación austriaca de dependencia de nivel 3 o superior. A juicio del Tribunal de Luxemburgo, la diferente concepción de

¹³ STJUE de 12 de marzo de 2020, asunto C769/18, *Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Alsace-Moselle*, ap. 42.

los requisitos para la concesión de una prestación por cuidado de un familiar y de una prestación de excedencia de solidaridad familiar no produce efectos discriminatorios en perjuicio de las personas que han hecho uso de su derecho a la libre circulación. Y, más aún, no cabe entender una solicitud de excedencia por cuidado de familiar como solicitud de excedencia de solidaridad familiar. En este sentido, resulta inexigible al Servicio Ministerial austriaco de Asuntos Sociales el examen de la solicitud de prestación por cuidado de un familiar con un ánimo de aplicación social del Derecho favorable, por más que el solicitante cumpla los requisitos para percibir una prestación nacional más ventajosa como, en este caso, la prestación de excedencia de solidaridad familiar.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: JULIO-SEPTIEMBRE 2024

- Orden de 24 de junio de 2024, por la que se establece el calendario de domingos y festivos en los que los establecimientos comerciales podrán permanecer abiertos al público durante el año 2025 (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 126 de 01/07/2024. Sección: Otras disposiciones).

- Orden de 2 de julio de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo en el ámbito local, Programa Andalucía Activa (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 130 de 05/07/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Resolución de 11 de julio de 2024, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para los años 2024 y 2025 las subvenciones públicas previstas en la Orden de 13 de septiembre de 2021, por la que se regula el programa de empleo y formación en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva a dicho programa (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 137 de 16/07/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Resolución de 12 de julio de 2024, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para el año 2024 las subvenciones públicas previstas en la Orden de 5 de mayo de 2021, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, para la financiación de planes de formación dirigidos a la capacitación para el desarrollo de las funciones relacionadas con el diálogo social y la negociación colectiva, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 139 de 18/07/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Resolución de 16 de julio de 2024, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan para el ejercicio 2024 las subvenciones para acciones de formación en prevención de riesgos laborales que fomenten el impulso de la cultura preventiva, reguladas en la Orden de 14 febrero de 2022, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, para proyectos de formación, asistencia técnica e información en materia de prevención de riesgos laborales y cultura

preventiva (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 141 de 22/07/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Resolución de 16 de julio de 2024, de la Dirección General de Comercio, por la que se convoca la IX Edición de los Premios del Comercio Interior de Andalucía (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 142 de 23/07/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Resolución de 22 de julio de 2024, de la Dirección General de Incentivos para el Empleo y Competitividad Empresarial, por la que se convocan, para el año 2024, las subvenciones reguladas en la Orden de 2 de julio de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo en el ámbito local, Programa Andalucía Activa (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 145 de 26/07/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Resolución de 23 de julio de 2024, de la Dirección General de Incentivos para el Empleo y Competitividad Empresarial, mediante la que se convocan, para el año 2024, las subvenciones reguladas en la Orden de 21 de junio de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo de personas con discapacidad en centros especiales de empleo y en el mercado ordinario de trabajo (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 145 de 26/07/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Resolución de 23 de julio de 2024, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, de modificación de la Resolución de 21 de mayo de 2024, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa la convocatoria, para el ejercicio 2024, de las subvenciones en régimen de concurrencia competitiva de los Programas de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción, regulados en la Orden de 18 de octubre de 2016 (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 146 de 29/07/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Corrección de errores de la Resolución de 18 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se publica la relación de fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2024 (BOJA núm. 243, de 21.12.2023) (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 149 de 01/08/2024. Sección: Otras disposiciones).

- Resolución de 26 de julio de 2024, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convoca para los años 2024 y 2025 la concesión de subvenciones reguladas en la Orden de 24 de febrero de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones

públicas regladas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el desarrollo de programas formativos de Formación Profesional para el Empleo que incluyan compromiso de contratación dirigidos a personas trabajadoras desempleadas (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 150 de 02/08/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Corrección de errores de la Resolución de 23 de julio de 2024, de la Dirección General de Incentivos para el Empleo y Competitividad Empresarial, mediante la que se convocan, para el año 2024, las subvenciones reguladas en la Orden de 21 de junio de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo de personas con discapacidad en centros especiales de empleo y en el mercado ordinario de trabajo (BOJA núm. 145, de 26 de julio de 2024) (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 155 de 09/08/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Resolución de 6 de agosto de 2024, de la Dirección General de Comercio, por la que se acuerda la ampliación del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento de concesión de la IX Edición de los Premios del Comercio Interior de Andalucía (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 156 de 12/08/2024. Sección: Disposiciones generales).

- Orden de 17 de septiembre de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para la realización de actividades de asistencia técnica y de actividades de información, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales conforme a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo) (Boletín número 185 de 23/09/2024. Sección: Disposiciones generales).

ESTUDIOS

La prórroga tácita indefinida del contrato de trabajo temporal como manifestación del principio de estabilidad en el empleo
Francisco Andrés Valle Muñoz

Los indicios de la imprevisibilidad en la legislación laboral ante el nuevo derecho a la previsibilidad mínima del tiempo de trabajo
Edurne Terradillos Ormaetxea

Medidas preventivas, reductoras y, en especial, correctivas de las brechas de género
Margarita Arenas Viruez

La laboralidad de los contratos de creación y uso de réplicas de inteligencia artificial a través de plataformas digitales
Lorena Grosso Ortega

Obligaciones de seguridad en la contratación pública en Italia, entre la complejidad y las necesidades de coordinación
Stefanía Buoso

INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de la negociación colectiva andaluza (2º trimestre 2024)
Juan Manuel Moreno Díaz (Coord.) y Francisco Pina, José María Ruz y María D. Valdueza (Equipo de trabajo)

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONDICIONES DE TRABAJO
Universidad de Granada
El tiempo de acompañamiento de un vehículo de mercancías embarcado no es tiempo de descanso
Diego Velasco Fernández

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO
Universidad Complutense
Las excepcionales circunstancias para aplicar el plus relacionado con la peligrosidad y su posible neutralización
Álvaro San Martín Rodríguez

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Granada
La prestación por cuidado de un familiar que reside en un Estado miembro distinto del competente: ajustes y límites desde el Derecho de la Unión Europea
Victoria Rodríguez-Rico Roldán

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía