

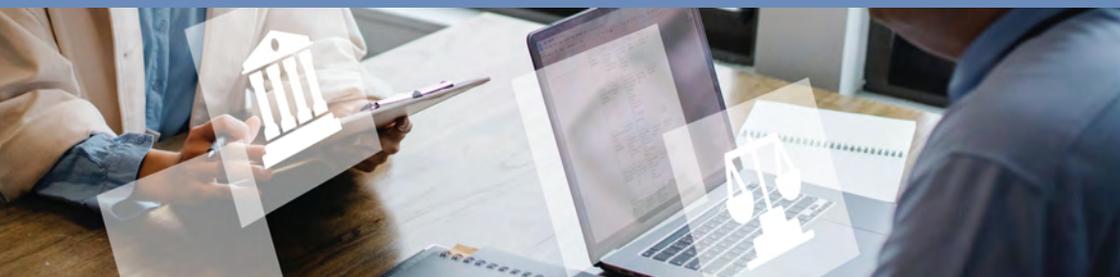
docs

#7

XXXII Jornadas Catalanas de Derecho Social

Impacto de la legislación
y la doctrina judicial recientes

Maria Luisa Segoviano Astaburuaga (directora)





Aquesta publicació està subjecta a una llicència de Reconeixement 4.0 de Creative Commons. Es permet la reproducció, la distribució, la comunicació pública i la transformació per generar obra derivada, sense cap restricció sense que se'n citi el titular dels drets (Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada). La llicència completa es pot consultar a: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.ca>

© de la present edició: Generalitat de Catalunya,
Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada

Primera edició: novembre de 2023

docs #7

XXXII Jornadas Catalanas de Derecho Social

**Impacto de la legislación
y la doctrina judicial recientes**

Maria Luisa Segoviano Astaburuaga (directora)

Índex

Presentación

XAVIER GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA	7
---	---

Tecnología y trabajo: de problemas clásicos al metaverso

PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO	9
I. Problemas viejos o no tan viejos	10
II. Normativas y Estrategias nacionales e internacionales en la materia	15
III. Trabajar en un entorno virtual	19
IV. Reflexiones Finales	37

El concepto de tiempo de trabajo en su relación binaria con el de tiempo de descanso

JAIME CABEZA PEREIRO	39
I. Ideas generales	39
II. Posición de partida del TS y el problema del espacio de configuración del convenio colectivo	43
III. Las precisiones del TJUE en su jurisprudencia reciente en torno al período de guardia	45
IV. Precisiones de seguridad y salud con respecto a los períodos de guardia que no merecen la consideración de tiempo de trabajo	56
V. El tiempo dedicado a la formación profesional	57
VI. La jurisprudencia interna derivada del asunto Tyco y otros asuntos conexos	59
VII. Breve reflexión para concluir	61

La Directiva de la UE 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles

RAFAEL LÓPEZ PARADA	63
I. La Directiva 91/533/CEE y su incorporación en España	64
II. Los fundamentos jurídicos y políticos de la Directiva 2019/1152	68
III. ¿Un concepto de trabajador de alcance europeo?.	72
IV. Un concepto de empresario problemático	74
V. Los derechos informativos del trabajador sobre sus condiciones de trabajo (transparencia)	75
VI. Los requisitos mínimos aplicables a las condiciones de trabajo (previsibilidad)	79

VII. Sobre la previsibilidad	81
VIII. Las disposiciones horizontales.	89

Incidencia de la reforma laboral de 2021 en la contratación temporal

MARIA DEL MAR MIRÓN HERNÁNDEZ	91
I. Las sucesivas reformas del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación y su impacto en el mercado de Trabajo	91
II. La reforma de la contratación temporal como eje central de las reformas introducidas en el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre	92
III. La contratación temporal en el RDL 32/2021 de 28 de diciembre	99
IV. Contratación temporal en la Administración Pública y empresas del sector público	106
V. Notas sobre la contratación formativa	110

Impacto de la normativa europea y de la jurisprudencia del TJUE en las recientes reformas laborales

EDUARDO ROJO TORRECILLA	115
I. Presentación	115
II. Artículos	118

Impacto de la legislación y la doctrina judicial recientes

MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA.	174
I. Introducción	174
II. Pensión IPA: <i>Prorrata temporis</i> . IPA. Periodos ficticios de cotización	174
III. Pensión IPA. Lagunas de cotización. Trabajo a tiempo parcial.	175
IV. Pensión de IPT. Suspensión del complemento del 20 %.	176
V. IPT: Reducción de jornada por cuidado de hijo.	177
VI. Pensión de jubilación. Convenio Hispano-suizo	179
VII. Pensión de jubilación. Convenio Hispano-belga	180
VIII. Pensión de jubilación. Convenio especial	181
IX. Pensión de jubilación de trabajadora a tiempo parcial.	182
X. Desempleo. Contrato parcial vertical.	183
XI. Pensión de jubilación anticipada.	183
XII. Pensión de jubilación. Cambio de sexo.	184
XIII. Pensión de supervivencia. Parejas de hecho.	185
XIV. Compatibilidad de pensiones	186
XV. Desempleo. Trabajadora al servicio del hogar familiar	187
XVI. Complemento de maternidad	187

XVII. Conclusión 188

**Los procesos de estabilización en el sector público:
de la reducción de la temporalidad al trabajo decente**

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA **193**

I. Introducción: sostenibilidad como estabilidad en el empleo 193

II. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: crónica de una promulgación anunciada 195

III. El Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. ¿Un cambio de paradigma en favor de la estabilidad? 201

IV. Estabilidad en el empleo y principios de igualdad, mérito y capacidad: criterios jurisprudenciales para un binomio compatible. 208

V. Compensación económica a la finalización del proceso selectivo y posible recolocación en bolsas de trabajo para quienes no lo superen. . . . 220

VI. Reflexión final: de la inestabilidad al trabajo decente 222

VII. Bibliografía. 223

**Discriminación algorítmica en el marco de las relaciones laborales:
interpretación jurisprudencial**

NYRA BARRETO GUTIÉRREZ **231**

Resumen. 231

I. Introducción. 231

II. Discriminación algorítmica 234

III. Conclusiones. 249

IV. Bibliografía. 252

**Los siete retos jurídico-laborales del teletrabajo asalariado
no regular**

ORIOL CREMADES CHUECA **255**

Resumen. 255

I. El incesante poder de la 'tecnología de baja intensidad' y los incentivos a la expansión del teletrabajo asalariado no regular 256

II. Los 7 retos del teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español 262

III. Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, doctrina judicial y jurisprudencia como clave de bóveda de los retos del teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español 270

IV. Bibliografía. 271

Presentación

XAVIER GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA

Presidente de la Associació Catalana de Iuslaborsites (ACI)

Cómo todos sabéis la Associació Catalana de Iuslaboralistas (ACI) está formada por juristas, la dedicación de los cuales mayoritariamente está en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y que tiene por objeto el estudio, la investigación y el fomento del conocimiento de esta rama del derecho.

Dentro del marco de este objeto se celebran anualmente las Jornadas Catalanas de Derecho Social, que reúnen a verdaderos especialistas y quieren ser un referente en la materia.

Precisamente por eso hemos querido que estas jornadas aportaran nuevos enfoques y análisis sobre las más recientes novedades legislativas y de la doctrina judicial, y de aquí que quizás parezca que las materias son heterogéneas, pero que en realidad intenten alcanzar el espectro más amplio posible de estas novedades. No sabemos si lo conseguiremos, pero no desistimos en el intento.

Querría hacer una pequeña referencia al hecho de que hasta el año 2018 el Consejo General del Poder Judicial incluía las Jornadas Catalanas de Derecho Social en el programa de formación estatal para jueces y magistrados como actividad en colaboración con la ACI, en virtud del convenio de colaboración firmado en 2005 entre la asociación y el CGPJ, facilitando así el correspondiente permiso y gastos de desplazamiento y posibilitando que cada año asistan aproximadamente 25-30 magistrados de todas partes el territorio. Sin embargo, en el programa de formación estatal del CGPJ desde el año 2019 no se ha incluido esta actividad, como tantas otras cosas.

Ciertamente, la organización de las últimas ediciones de las jornadas ha venido determinadas por la situación derivada de la pandemia –hizo que

suspendiéramos las del año 2020, las XXXI, que, dicho sea, llevaban por título “1980-2020: cuarenta años del Estatuto de los trabajadores”, y las del año pasado se hicieron telemáticamente, en un formato de dos días, con una gran aceptación–.

Así pues, en nombre del ACI, os doy la bienvenida a estas XXXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, con el título “Impacto de la legislación y la doctrina judicial recientes”, que se realizan con la excepcional ayuda y colaboración del CEJFE, y que sin ellos no hubiera sido posible la celebración, por lo cual desde aquí expreso mi sincero agradecimiento al centro y especialmente a la directora Sra. Laura Martínez Portell y a la Jefa de la Unidad de Formación en el Ámbito Judicial y Forense, Sra. Laura López Esteban.

Este año, la dirección científica de las Jornadas, está a cargo de la presidenta de la Sala de lo social del Tribunal Supremo, Maria Luisa Segoviano, que aceptó de buen gusto y que ha hecho, a mi juicio, un trabajo excelente de elección de ponentes y temas

Tecnología y trabajo: de problemas clásicos al metaverso

DRA. PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO

Profa Titular (A) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universitat de Barcelona

La palabra “poder” significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, en una de sus acepciones como sustantivo, “fuerza dominante que arrastra”. Y así sucede en todos los ámbitos donde se aplica la tecnología, que se aprecia su fuerza.

La tecnología ha cambiado el trabajo desde la primera revolución industrial por lo que hablar de “la tecnología como transformadora del mundo de trabajo” no es una novedad, pese a los múltiples titulares de prensa que nos encontremos en la última década.

Cada una de las tecnologías que se han aplicado al mundo del trabajo han impactado sobre las personas trabajadoras y, posteriormente, sobre sus derechos, debido a que el trabajo y los trabajadores existen antes que la propia normativa laboral.

El problema de finales del siglo xx y del siglo xxi es la velocidad de los cambios, provocada por el tipo de tecnología; su impacto en los derechos humanos laborales es mayor y la legislación no consigue alcanzar la misma velocidad que esos cambios. Incluso en aquellos problemas que consideramos clásicos seguimos con conflictos no superados.

Pero, junto al análisis de estos, corresponde ahora anticiparnos a una serie de cambios que ya están implantados en otros ámbitos no laborales –por ejemplo, en los juegos–, y que en este comienzan a generar un impacto económico significativo y nada desdeñable.

I. Problemas viejos o no tan viejos

Si realizamos un repaso de la tecnología ya presente en el mundo laboral se plantean todavía, cuanto menos, retos desde el prisma del derecho del trabajo y el derecho a la intimidad y a la protección de datos de las personas trabajadoras, que, no olvidemos, conservan sus derechos cuando comienzan su prestación de servicios, sin que, por mucho que deba matizarse, signifique una privación de estos.

A continuación, se realiza un análisis sobre cuatro cuestiones de interés, como son la videovigilancia y la grabación de sonido, el uso del correo electrónico y la monitorización por parte de la empresa, la sustitución de las personas por las máquinas y sistemas de organización de trabajo. Temas que todavía siguen siendo de plena actualidad, pese a que existan pronunciamientos judiciales en algunos de ellos desde hace más de 15 años.

I.1. Videovigilancia y sonido

Con respecto a la primera, el art. 89 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LO 3/2018) reconoce y regula el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. En definitiva, la norma está estableciendo límites que existían en la jurisprudencia.

El cambio normativo en nuestro derecho interno es evidente, fundamentado en el Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, en adelante, Reglamento Europeo de Protección de Datos, y en este punto, la videovigilancia se aprecia un impacto significativo, teniendo en cuenta todo el acervo jurisprudencial nacional e internacional al respecto.

En este punto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha tenido ocasión de pronunciarse en una Sentencia relativamente reciente en la que valida las grabaciones sonoras realizadas a los trabajadores para garantizar la calidad del servicio y la formación en este (STC 160/2021, de 4 octubre¹). La peculiaridad de la argumentación de la Sentencia es que hasta el momento las grabaciones sonoras no se habían planteado desde el punto de vista de la protección de datos de carácter personal. En el caso enjuiciado son los audios que se utilizan para la calidad del

¹ Ponente: Excmo. Sr. D. Don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

servicio de un *contact center* los que generan la polémica, y en un momento determinado surge la sanción a una persona trabajadora precisamente por baja calidad, tras las escuchas realizadas.

Por otra parte, también el Tribunal Supremo (en adelante, TS) sigue muy activo en este tema desde que, por primera vez, la videovigilancia llegara a nuestros órganos jurisdiccionales.

La primera Sentencia que traemos a colación es la STS 30 marzo de 2022, rcud. 1288/2020². En ella, el Tribunal ha considerado adecuada la prueba de videovigilancia para despedir desde el punto de vista de la protección de datos, cuando se ha cumplido toda la información a los trabajadores, aunque las cámaras hubieran sido instaladas para garantizar seguridad de las personas trabajadoras y bienes de la empresa. Un problema clásico en el que se analiza si la vulneración de derechos fundamentales existe por la obtención de la prueba de manera nula, o también conocido como “la doctrina del fruto del árbol emponzoñado”.

La segunda e interesante Sentencia, es la STS 1 junio de 2022, rcud. 1993/2020³, en ella se afirma que es posible comprobar las grabaciones de la empresa, aunque la videovigilancia no haya sido instalada como mecanismo de vigilancia y control, hasta un mes antes de los hechos acontecidos, para comprobar si existió o no reincidencia; en definitiva, para adecuar la posible sanción a una sola infracción o a una infracción reiterada. Pese a que la calificación del despido sea calificada judicialmente como improcedente, el interés de la Sentencia reviste en que trata directamente la intimidad y la protección de datos.

Y, por último, aunque el Tribunal Supremo ya se haya pronunciado en su momento, y el TEDH nos haya dado muestras de ello, no debemos olvidar el planteamiento en doctrina judicial no resuelto sobre el uso de las cámaras ocultas. La Sentencia más interesante desde mi punto de vista, es la STSJ Andalucía de 1 junio 2020, rec. 4152/2018⁴, donde se plantea, de nuevo, si la utilización de cámaras ocultas por parte de la empresa es adecuada, necesaria y proporcional. Se trata de una Sentencia con un amplio desarrollo de la normativa europea, como una lección necesaria. En ella se declara la nulidad de la prueba para un despido, al haberse obtenido a través de cámara oculta, sin existencia de sospechas previas.

² Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

³ Ponente: Excmo. Sra. Dña. M^a Luz García Paredes.

⁴ Ponente: Ilmo. Sr. D. Oscar López Bermejo.

I.2. Correo electrónico y monitorización de los trabajadores

Con respecto a la segunda, y sin perder de vista la misma normativa, no son pocos los problemas sobre el correo electrónico y la monitorización de trabajadores en los últimos 15 años. En un principio, se aplicaba el art. 18 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) para justificar el control de esta herramienta propiedad de la empresa hasta la STS de 26 de septiembre de 2007 (rec. 966/2006)⁵, que estableció que se podía ubicar en las diferentes formas de control de la actividad y ejecución del trabajo del art. 20.3 TRET.

Mucha y muy amplia jurisprudencia hemos tenido hasta entonces, y hoy el art. 87 LO 3/2018 viene a establecer un marco jurídico para el ejercicio de esta potestad empresarial, consolidando esta extensa jurisprudencia.

En este sentido, en medio de un mundo cada vez más tecnológico, como vamos a comprobar a través del siguiente epígrafe, se plantean cuestiones que pudieran parecer ya superadas, como la tratada por la SAN 1132/2022, 22, de marzo 2022⁶, con los temas claves de correo electrónico personal, desconexión digital y Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia. El supuesto de hecho que se plantea es debido a que la empresa, para situaciones de emergencia, ha establecido la exigencia a nivel colectivo de que sus trabajadores pongan a su disposición su correo electrónico personal y su teléfono móvil personal. La Sentencia concluye que tales reglas de disponibilidad son nulas, vulneran la Ley del Trabajo a Distancia⁷, pero, lo interesante es que cuestiones que a nivel doctrinal podemos considerar básicas como esta, conviven con los nuevos planteamientos del entorno y la realidad virtuales.

⁵ Ponente: Excmo. Sr. D. Don Aurelio Desdentado Bonete.

⁶ Ponente: Excmo. Sra. Dña. Anunciación Núñez Ramos.

⁷ Podríamos afirmar que vulneran la intimidad sin necesidad de existencia de la Ley del Trabajo a Distancia.

I.3. Sustitución de las personas por las máquinas

La tercera de las cuestiones que mencionamos como significativa se ha titulado “sustitución de las personas por las máquinas”. Estamos ante un debate abierto desde hace menos de una década ante el avance de la tecnología, con aspectos teórico-prácticos muy interesantes como si es posible medir ese impacto o cuales son las previsiones reales sobre el tema.

Si bien el tema es relativamente reciente la literatura sobre este es realmente abundante y seria, a través de estudios e investigaciones de grandes organismos internacionales.

En este sentido, tradicionalmente se ha considerado que las máquinas, entendidas estas en un sentido muy amplio, sustituirían en exclusiva aquellos trabajos que abarcan las denominadas como 3D; lo cual significa en inglés, que se trata de trabajos “dirty, dull, dangerous”, en castellano, sucios, aburridos o tediosos, y peligrosos. Sin embargo, esta premisa, hoy en día, no es fiable, puesto que la propia tecnología ha incrementado de tal manera sus potencialidades que los trabajos que se incluyen como posibles para ser sustituidos podrían ser, entre otros: la abogacía, el arte, la dermatología, la educación, el examen sísmico en yacimientos petrolíferos, las finanzas, las funciones de gobierno, la hostelería, las ingenierías, la instalación, el periodismo, los procesos de contratación, la salud, los servicios de venta, los trabajos administrativos, el transporte y traslado de materiales, entre otros.

Con respecto a esta sustitución de las personas, nos encontramos, salvo error u omisión por nuestra parte, los dos primeros casos del denominado “esquirolaje tecnológico”.

Primero, la STC 17/2017, de 2 de febrero de 2017, Recurso de Amparo núm. 1168/2014⁸. Era la primera vez que se planteaba si la sustitución de las personas trabajadoras que estaban en huelga era legal o no a través de las máquinas, y no de trabajadores no huelguistas, contratos *ex novo*, subcontratados o no.

La segunda, la STS de 13 julio de 2017, rcas. núm. 25/2017⁹, consideraba si un despido colectivo tenía causa válida por el hecho de sustitución de las personas por las máquinas. Sin entrar en gran detalle se nos hablaba de la proporcionalidad, y del convencimiento a nivel de prueba de procesal de que la situación de crisis de la empresa era

⁸ Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

⁹ Ponente: Excmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro.

posible superarla despidiendo personas y con máquinas que realizaran su trabajo.

I.4. Sistemas de organización del trabajo a través de la tecnología

Y, la última cuestión de este punto hace referencia a los sistemas de organización del trabajo por la tecnología. Se nos abre un debate largo, todavía necesario al respecto, en el que podemos abarcar muchas subtemáticas. Entre ellas, solo mencionamos dos.

Interesante la SAN 27 julio 2021, sentencia núm. 180/2021¹⁰ pone de manifiesto si la empresa podía cambiar o no el método de organización de trabajo a través de un sistema denominado “las sillas calientes”. A través de una aplicación móvil los trabajadores, que no poseían ningún espacio físico concreto para su trabajo, debían escoger sus asientos, diariamente. Dependiendo de la hora y del momento del día en que se accediera a esa aplicación la asignación de “sillas” era muy diversa, cambiando incluso del departamento o área tradicional. La solución de la Audiencia Nacional pasa por el análisis de si estamos ante un cambio o no sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), concluyendo que no lo es, que los trabajadores tienen un lugar físico para desarrollar su actividad; por tanto, simplificando mucho ese nuevo método de trabajo se considera válido porque no altera las condiciones básicas del contrato.

Por su parte, la famosa STS 25 septiembre 2020, rcud. 4746/2019¹¹ intenta poner fin a la polémica sobre la calificación jurídica del trabajo de los repartidores a través de plataformas digitales, los denominados “riders”. Tras la Sentencia, el 22 de noviembre de 2022, en otra publicación, yo me preguntaba si, realmente, esta Sentencia era el fin de la polémica, que había dado lugar a pronunciamientos muy diversos.

Podemos afirmar a fecha de entrega de este texto que no. Pese a que se aprobó la denominada Ley Rider que ha modificado el ET¹², a fecha octubre de 2022 aparecían los titulares con propuestas de sanciones de la Inspección de Trabajo millonarias a las empresas que incumplieran

¹⁰ Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Niño Romero.

¹¹ Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

¹² El amplio título de la Ley es: 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.

la Ley Rider; hasta el punto de que la propia titular del ministerio de Trabajo, la Sra. Yolanda Díaz, instaba a investigar a la fiscalía sobre posibles delitos en el incumplimiento de la normativa por las famosas empresas de reparto¹³.

Desde mi punto de vista, aunque algunos problemas pudieran parecer novedosos, lo único que es novedoso es cómo lo aprecian nuestros ojos, siendo, en el fondo, los mismos problemas que hace un cuarto de siglo. Eso sí, la normativa y estrategias nacionales e internacionales están cobrando una gran importancia en la fijación de pautas sobre la inteligencia artificial en un sentido amplio, incluyendo algoritmos, y también en el trabajo en el entorno virtual (metaverso).

II. Normativas y Estrategias nacionales e internacionales en la materia

La finalidad de este punto es traer a colación solo algunos de los hitos más importantes en los ámbitos internacional y nacional con respecto a los sistemas tecnológicos y a su aplicación al trabajo, en los últimos 6 años. Se quiere poner de manifiesto la preocupación de instancias internacionales y gubernamentales sobre la tecnología y el trabajo más rápida que en otras ocasiones, aunque siempre podamos afirmar, que nunca será tan rápida como la innovación tecnológica. Eso sí, la Unión Europea destaca sobre cualquier instancia internacional porque han sido y son pioneros en la regulación del fenómeno tecnológico en diversos aspectos.

II.1. A nivel internacional

A nivel internacional se quiere destacar, en primer lugar, a la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT).

Primero, no podemos perder de vista los trabajos de la Comisión Mundial del Futuro del Trabajo de la OIT que finaliza, en su centenario, con la Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo,

¹³ Cinco días (2022): El Gobierno instará a la Fiscalía a investigar si Glovo ha cometido un delito penal, Cinco días, 26 de septiembre de 2022, accesible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/09/26/companias/1664197278_604677.html.

2019, adoptada en la 108ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Se indicaba que había que poner el centro de cualquier tecnología y su aplicación al mundo laboral en el ser humano; importante declaración, pese a su carácter predominantemente programático.

Segundo, el Convenio 190 de la OIT, relativo a la erradicación y prevención de la violencia y el acoso en el trabajo, también reflejará esa visión al regular, por vez primera, la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo como riesgos laborales en los entornos de trabajo digitalizados.

Dentro del nivel internacional, ahora sí, nos centramos en el regional, en concreto en la Unión Europea.

Primero, Resolución, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Se planteaba sobre la mesa, de una manera seria, el estudio y debate de la cotización a la Seguridad social de los robots que se utilizaran en el entorno del trabajo; se ponía de manifiesto, evidentemente la dificultad del encaje jurídico de tal medida dado que el “robot” no es un sujeto de derecho, y eso plantea, a su vez, diferentes problemas, sobre si existe o no una penalización, una doble imposición a las empresas, etc. No fue poca la literatura nacional e internacional, y todavía es un aspecto que admite discusión.

Segundo, el Reglamento de Protección Datos (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, vino a revolucionar los panoramas internos de los Estados miembros al respecto, entre ellos, el de nuestro país. La entrada en aplicación del Reglamento se produjo el 25 de mayo de 2018, y supuso el desplazamiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por las disposiciones contrarias al Reglamento de directa aplicación; con la aprobación de la LO 3/2018 se derogaría la anterior, y se acompañaría así al Reglamento europeo.

El Reglamento europeo se ha consolidado como la norma de referencia en protección de datos a nivel mundial, como se ha puesto de manifiesto incluso en la prensa digital¹⁴. Existen tres grandes modelos de protección de datos en el mundo (el chino y el estadounidense), pero el europeo es el único que se basa en la protección de datos de las

¹⁴ Sánchez, Luis Javier (2022): “El RPDG europeo se consolida como la norma de protección de datos referente a nivel mundial”, El conflegal, 20 de septiembre de 2022, accesible en: <https://conflegal.com/20220920-el-rpdg-europeo-se-consolida-como-la-norma-de-proteccion-de-datos-referente-a-nivel-mundial/>

personas, sin más (art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión), y no, como el estadounidense en los consumidores que hace que sea más parcial.

Tercero las directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, de 3 octubre de 2017. En este sentido, nos encontramos con las Directrices éticas para una Inteligencia Artificial confiable, de 2018; la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)); Libro Blanco de la IA, 2020; o el Proyecto de Reglamento de IA (Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el q se establecen normas armonizadas en materia de IA).

La UE será la primera potencia mundial en legislación en materia de inteligencia artificial, no solo porque lo digan los medios de comunicación, sino porque –pese a que se pueda considerar que ha habido un exceso de regulación– somos la Europa regulacionacionista en este ámbito, pero puede permitir que exista una proyección mayor.

Cuarto, con respecto a la digitalización podemos incluir los siguientes: el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización, junio de 2020, donde se aprecia la importancia de la negociación colectiva y el diálogo social en este ámbito, aunque quede un poco soterrada por el resto de instrumentos; el Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2021-2027 sobre la incidencia de la digitalización en los factores de riesgo para las personas trabajadoras, en especial los riesgos de naturaleza psicosocial (y el Estudio, EU-OSHA, 2018); o Ley de Servicios Digitales (DSA) y la Ley de Mercados Digitales (DMA), futuribles 2022-2024.

Y, nos detenemos brevemente en 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. Importantísima norma que viene a constatar el entorno laboral cambiante existente, entre otros por la digitalización que exigen la información completa a los trabajadores de sus condiciones esenciales (considerando 4); información que viene avalada también por la especial vulnerabilidad de ciertos entornos laborales, como los contratos de cero horas y algunos contratos a demanda (considerando 12). Pero, además, porque la Directiva trata de armonizarse con los criterios del TJUE para trabajos a demanda y trabajadores de las plataformas en línea (considerando 8).

II.2. Nacional

Con respecto al ámbito interno, también se han sucedido normas y documentos programáticos, sobre el tema. Desde la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, dentro de la Agenda España Digital 2026 y como uno de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía español, hasta en la actualidad el Proyecto de Ley de *Startups* para favorecer el emprendimiento innovador (2021-2022). A continuación, un pequeño repaso de tres temas que se consideran significativos¹⁵.

Primero, se trae a colación la denominada Ley Rider, que ha sido pionera en la introducción de transparencia algorítmica (siguiendo e interpretando el mandato de la Directiva 2019/1152) como se indicaba anteriormente. No podemos dejar de incorporarlo, aunque sea a nota a pie de página. Esta norma introdujo una nueva letra d) en el art. 64.4 ET que incorpora el derecho de los trabajadores y sus representantes a:

«[...] d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.»

Segundo, la “Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral”, de mayo de 2022, del Ministerio de Trabajo, elaborada por una Comisión de expertos¹⁶, compañeros de nuestra disciplina, que merece la pena estudiar y exponer en las empresas.

Tercero, se quiere destacar la importancia de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una Ley que pareciera no necesaria por nuestro acervo normativo en materia de igualdad, pero que, atendiendo a las brechas entre mujeres y hombres, y entre colectivos, como el de las personas con capacidad diversas, se alza como una herramienta muy útil para conseguir por fin la erradicación de las desigualdades y discriminaciones de nuestro sistema.

¹⁵ Podríamos mencionar más, y, aunque solo sea a nota a pie de página, una curiosidad: Real Decreto 632/2022, de 26 de julio, por el que se regula la concesión directa de una subvención a la Real Academia Española para la realización del proyecto Lengua Española e Inteligencia Artificial (LEIA), en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

¹⁶ La Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral coordinada por Gemma Galdon Clavell e integrada adicionalmente por Anna Ginès i Fabrellas, Ana Belén Muñoz Ruiz, Javier Sánchez Monedero y Adrián Todolí Signes.

Al mismo tiempo, España está colaborando con la UE en el proyecto europeo de Inteligencia Artificial, poniendo a su disposición a nuestras agencias especiales para comprobar si es ejecutable, si funciona o no.

III. Trabajar en un entorno virtual

III.1. El metaverso y el avatar: contexto

El trabajo en un entorno virtual como el metaverso implica que la persona trabajadora ingresa, para su realizar su trabajo, en ese entorno en concreto, un lugar tridimensional, en el que se comparte e interactúa con otras personas. Y, para ello, es necesario construir un avatar que no es la representación gráfica de la identidad virtual de un usuario en entornos digitales.

El día 30 de octubre de 2022 se reestrenó una de las películas de ciencia ficción más sorprendente en las últimas décadas, “Avatar” de James Cameron (2009); un reestreno que aprovecha la actualidad del entorno virtual, desde mi punto de vista, pues se podía haber esperado a una efeméride más señalada, como que la película cumpliera 15 o 20 años, pero no 13 años.

Por otra parte, fue la novela *Snow Crash* de Neal Stephenson de 1992 la que creó este incipiente mundo o entorno virtual, incluso la terminología de “avatar” proviene de la mente del autor.

Para introducirnos en un entorno virtual, sea o no de trabajo, hoy en día, se usa la realidad virtual y la realidad aumentada, con gafas, teléfonos, aplicaciones u otras tecnologías, como microchips instalados bajo la piel. En el campo de los juegos es frecuente su uso, así como existen empresas de ocio que ofrecen la introducción en entornos virtuales como experiencia única.

A nivel terminológico hoy en día se utiliza “metaverso”, que no es ni más ni menos que el juego con la preposición griega “Meta”, que significa más allá, y la contracción de la palabra “universo”. De tal manera que el significado más literal de esta construcción lingüística es “más allá del universo”, al menos del que conocemos y donde podemos conectar la realidad física y la realidad virtual.

El metaverso implica interaccionar, es decir, entrar en un mundo en el que vamos a movernos, compartiendo espacio virtual con otras personas, que pueden estar cerca o lejos, en nuestro país o fuera, y

para ello, para introducirnos en el metaverso, cada persona creará su propio personaje que recibe el nombre de “avatar”.

Hablar hoy del “metaverso” no solo tiene que ver con el reestreno de la película indicada, sino más bien con el anuncio que, en octubre de 2021, realizó el CEO de Facebook, el Sr. Mark Zuckerberg: estableció como una “meta” la conversión de su compañía en algo más, en este universo, jugando con el cambio de nombre de la propia compañía, que ahora es “Metaform”¹⁷.

Este anuncio venía acompañado de una propaganda puramente laboral: en la UE, desde ese mismo momento y hasta 2026, la transformación de la plataforma hasta el metaverso daría lugar a la creación de 10.000 puestos de trabajo en el ámbito europeo, en este mundo virtual.

La intención con el cambio de nombre y estrategias era convertir la plataforma en más que una red social; algo tan cercano como podíamos sentir las conexiones con amigos y familiares durante el confinamiento a través del *zoom*. Pero, este “más allá del *zoom*” –como yo lo denominó– tiene un alto coste que podría llevarnos a pensar en su inviabilidad práctica en el ámbito empresarial. Pero no podemos perder de vista cómo la tecnología abarata sus costes de una manera rápida, el mapeamiento genético era caro cuando apareció hace dos décadas, pero hoy en día es posible hacerse un test genético por 40 euros. Para mayor abundamiento, la venta de las gafas virtuales, que tienen un coste de 400 euros –para introducirse en el metaverso que sea–, se ha incrementado considerablemente desde el 2020¹⁸ y se prevé un mayor aumento hasta el 2025.

En este sentido, por ejemplo, en el ámbito de la formación ya se están utilizando sistemas de metaverso, entre otras, la Organización Internacional del Trabajo;

A partir de ahí, dado que cada vez es una realidad más próxima, considero significativo entrar en algunos puntos concretos que relacionan el trabajo en entornos virtuales del metaverso y que, hoy en día, deberíamos plantearnos para anticipar soluciones, en caso de que sea necesario.

¹⁷ Redacción BBC News Mundo (2021): Facebook será Meta: la empresa de Zuckerberg cambia su nombre corporativo pero mantiene el de su principal red social, BBC News Mundo, 28 octubre 2021, accesible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-59083108>

¹⁸ Statista 2022, accesible en: <https://es.statista.com/estadisticas/1310877/gafas-de-realidad-virtual-rv-ventas-mundiales-en-hogares-2020-2025/>

III.2. Algunas problemáticas derivadas del trabajo en el metaverso

III.2.1. El avatar como sujeto de derecho

El avatar es la representación de una persona para acceder al metaverso y la primera pregunta es si es sujeto de derecho el avatar. Es una pregunta muy similar a la que en el año 2016 se planteaba en torno a los robots que se comenzaban a introducir en el ámbito de las empresas. Pero, al igual que entonces, podemos ampliar la interrogante y cuestionarse si tal y como está configurado nuestro sistema jurídico puede ser sujeto de derecho, y si, es más, sería conveniente o no que lo fuera. No es una pregunta inocente, ni mucho menos.

En el mundo del metaverso de los juegos ya han existido casos de acoso y violación entre avatares, conocidos a través de los medios de comunicación.

El primero que ponemos sobre la mesa es de una investigadora del propio sistema de metaverso de Facebook que se introduce en él con permiso de una compañía para ampliar sus estudios, comprobar su funcionamiento, etc., a través, como todas las personas, de la creación de un avatar. Este fue objeto de acoso verbal y sexual en el sistema por otro avatar, ante la mirada de otros avatares, que, además de consentir tal actuación, captaron fotografías del asunto. ¿Cuál fue la reacción de ese concreto sistema de metaverso, que pertenecía a una compañía privada? Simplemente impedir que en su metaverso los avatares pudieran aproximarse tanto, es decir, interactuar, justo lo contrario a lo que se pretende con la creación de un metaverso¹⁹. Pero, no sabemos cuál ha sido el resultado de tal medida, y, por supuesto, no han trascendido posibles sancionares al resto de personas usuarias que, a través de su avatar, se encontraban presentes en cierta medida ante semejante situación.

La violación, el acoso, las agresiones verbales y físicas pueden constituir delitos y en el ámbito laboral este tipo de situaciones de violencia pueden darse y están legalmente protegidas no solo por el Código Penal sino también por el Estatuto de los Trabajadores, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, sin entrar en más detalles.

¹⁹ Forbes Staf (2022): La historia de la mujer que denunció una violación virtual en el metaverso de Facebook, Forbes Perú, 5 de febrero de 2022, accesible en: <https://forbes.pe/negocios/2022-02-05/la-historia-de-la-mujer-que-denuncio-una-violacion-virtual-en-el-metaverso-de-facebook/>

Ahora bien, toda la normativa aplicable ¿serviría cuando estamos hablando de la violación entre avatares y no personas? Porque no es una violación en el mundo real, sino en el mundo virtual, y físicamente, por ejemplo, no tiene los mismos efectos de agresión, pese a que en el ámbito psíquico o psicológico pudieran tener efectos muy similares a nivel de daño.

Por una parte, si nos limitamos al ámbito procesal laboral, si la violación del avatar se ha producido en un entorno virtual de trabajo, la persona, cuyo avatar ha sido víctima de tan deplorable comportamiento, ¿podría interponer una demanda contra la persona cuyo avatar ha ejercido ese acto violento? Estamos por tanto intentando discernir, no solo si existe acción, es decir, derecho subjetivo que reclamar, sino también si existe legitimación activa y pasiva, que cause identidad entre la persona física y su avatar, que haga que se pueda ser parte demandante y parte demandada en un proceso por lo realizado o sufrido a través de los avatares que representan a las personas.

En este sentido, el Convenio sobre la violencia y el acoso de la OIT número 190 (2019)²⁰ tiene una finalidad muy amplia de protección (art.1) y un ámbito de aplicación (art. 2) que hacen pensar en la posibilidad de su aplicación en este mundo del metaverso. Su art. 3 especifica que el Convenio se aplicará a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo entendiéndose como actuaciones que pueden suceder durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado de este; y continúa el art. 3:

«[...] a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.»

Al incluir el apartado d) está incorporando el ciberacoso, por lo que si consideramos una puerta abierta a estas actuaciones proscritas que se puedan realizar en el metaverso como entorno de trabajo.

En esta misma línea, nos encontramos con el art. 53.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no

²⁰ Ratificado por España el 25 de mayo de 2022 (Instrumento de adhesión, BOE 16 de junio 2022) entrará en vigor en España el 25 de mayo 2023.

discriminación; una Ley cuya importancia pareciera menor, pero que dada la amplia brecha de igualdad y no discriminación en nuestro país, se alza como una herramienta fundamental. En concreto el precepto indicado señala, bajo el título general del artículo (“Información, atención y medidas de apoyo a las víctimas de discriminación e intolerancia”) que recibirán un tratamiento específico, en atención a las víctimas “(...) cuando las agresiones o acciones que inciten al odio, la discriminación e intolerancia se hayan realizado utilizando las nuevas tecnologías o a través de las redes sociales”. De nuevo, la puerta abierta para la posibilidad de imputación de responsabilidad del avatar y la persona que está detrás.

Por otra parte, con carácter más general, en el marco de un contrato de trabajo, la empresa ostenta el poder de dirección (arts. 1.1, 5.c) y 20 ET, fundamentalmente) y dentro de este se encuentra el poder disciplinario²¹, es decir, el poder de la empresa de sancionar a los trabajadores por infracciones cometidas, sancionables en el marco del convenio colectivo aplicable y no prescritas –simplificando mucho la cuestión–.

La relación de trabajo es personalísima, lo que implica que no se puede sustituir a la persona trabajadora en sus obligaciones en el seno de un contrato de trabajo (art. 1.1 ET) y, las sanciones que la empresa pueda imponer irán dirigidas a la persona trabajadora que haya cometido la infracción; dicho lo cual, la intervención del avatar, ¿es sancionable? Y, en caso de que consideráramos que sí, se nos abren otras dos interrogantes, al menos, esto es:

- Primero, a quién se sanciona, si a la persona trabajadora o al avatar que la representa en el mundo virtual. Si el avatar no tiene personalidad jurídica, ni una posición intermedia como nos sucede con los animales²², quién sería sancionable, el avatar o la persona que está detrás del avatar, a la que representa este.
- Segundo, cómo debe graduarse la sanción en cuanto a si es comparable la infracción realizada en el mundo no virtual y en el mundo virtual, es decir, si deben ser la misma sanción o es menos grave si la infracción se realiza en el mundo virtual.

²¹ En este sentido, puede leerse: Burriel Rodríguez-Diosdado, Pepa (2022): La organización del trabajo en la empresa, dentro de AAVV., Manual básico de Derecho del trabajo, editorial Atelier, Barcelona, a partir de la p. 279.

²² La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales ha introducido el art. 333 bis del Código Civil que establece que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad.

En materia de sanciones no existe como tal el principio de presunción de inocencia de la persona trabajadora, en el sentido penal (art. 11.1 CE). Sin embargo, que una persona trabajadora no deba ser tratada como «inocente» mientras se prueba su culpabilidad, no significa que no deba probarse que es la responsable de ese incumplimiento laboral; y es aquí donde parece claro que, salvo problemas de *hackeo*, como analizaremos en el siguiente punto, la persona a quien representa el avatar puede ser la responsable de la infracción de que se trate. Pero, claro, el poder disciplinario también implica que se ha de respetar un criterio individualizador a la hora de elegir e imponer una sanción, bajo la guía de la proporcionalidad entre la infracción y la sanción, analizando cada conducta en función de las circunstancias concretas de los hechos y de la persona autora, atendiendo a todas las particularidades concurrentes; está claro que si la infracción se produce en el ámbito del metaverso la particularidad es evidente.

Y, no son las únicas interrogantes, porque está por determinar realmente cuál sería el papel de la empresa empleadora en el metaverso, dado que estos sistemas o entornos virtuales no suelen pertenecer a las empresas que los usan para trabajo o formación en la actualidad, habiendo pagado una licencia de uso, no tienen la propiedad intelectual ni industrial del sistema.

No parece que nos genere excesivas dudas tras la STS (sala de lo social) 3592/2017, de 21 de septiembre de 2017, núm. de recurso 2397/2015 que la empresa puede sancionar –incluso despedir– por actos ocurridos fuera del centro de trabajo y, más en el caso del metaverso, donde serían en horario laboral y dentro de, digamos, un entorno de trabajo. Solo basta decidir a quién y cómo.

En definitiva, la determinación de la personalidad jurídica del avatar es el tema básico para identificar la imputación y responsabilidad tanto en el ámbito laboral como en otros. Parte de la doctrina²³ se plantea por el momento la creación de una figura intermedia, similar a la personalidad de los animales hoy en día que se indicaba previamente a raíz de la modificación del Código Civil español. Desde mi punto de vista, hay que plantearse si es conveniente o no que el derecho regule esta cuestión, si es necesario podríamos encauzarlo dentro de otras tantas figuras jurídicas existentes en nuestro ordenamiento; junto lo indicado con respecto a los animales, a modo de ejemplo, el Código Civil español establece en su art. 1902 que: “El que por acción u omisión causa daño

²³ Entre otros, Sierra Benítez, Esperanza Macarena (2022): El avatar del trabajador como “identidad virtual” del contrato de trabajo, Noticias CIELO, ISSN-e 2532-1226, Nº. 2, 2022, p. 2.

a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”; y, más interesante aún se alza el art. 1903 del mismo texto legal que extiende tal responsabilidad no solo por los actos propios sino por el de aquellas personas por las que se deba responder (hijos, tutorizados, dependientes, etc.)²⁴. El avatar no es persona, pero podría aplicarse analógicamente como “alguien por el que se debe responder”, cuestión que no deberíamos perder de vista para adelantarnos a las problemáticas que puedan surgir.

Enlazamos brevemente con una segunda cuestión al respecto. La posibilidad de desconfiguración y *hackeo* de un avatar.

Aunque pueda parecer que seguimos en la ciencia ficción, esta situación ya ha sucedido en el ámbito del metaverso de los juegos. En concreto, y no es actual, en 2018, se produjo, en un videojuego expresamente creado para menores de edad la violación de una niña de 7 años, ante la mirada de su madre²⁵. Se trataba de un videojuego no solo para “jugar” sino para estimular a los menores de edad permitiendo que creen sus propios entornos virtuales. El *hackeo* permitió semejante actuación que se encontraba, parece ser, prohibida por las propias normas y configuraciones de ese concreto metaverso.

Y cuando hablamos de ciberataques jamás debemos pensar en “lo imposible”, pues sistemas como el de la NASA en 2001 y 2002 lo fueron, y de manera más reciente, en España el SEPE y Ministerio de Trabajo sufrieron sendos ciberataques (abril y junio de 2021, respectivamente).

Ante tales situaciones, si se dieran en el entorno de trabajo, nos planteamos cuál sería la vía de la responsabilidad para empezar; viene a mi cabeza como cuestiones muy básicas, como la denominada “culpa *in vigilando*” de la empresa por virtud del CC, como comentábamos previamente, y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) donde se recogen de manera específica algunas de las obligaciones más amplias en este campo²⁶, dado que los riesgos que se generan en el metaverso afectan directamente la salud de las personas trabajadoras.

²⁴ Lo cual en el ámbito del mundo del trabajo lo venimos denominando como “culpa *in vigilando*”.

²⁵ Rodella, Franceso (2018): Polémica por la violación del avatar de una niña de siete años en un popular videojuego, El País, 6 de julio de 2018, accesible en: https://elpais.com/tecnologia/2018/07/06/actualidad/1530871736_133106.html.

²⁶ La formación (art. 19 LPRL) en estos nuevos riesgos derivados de una nueva forma de prestación resulta imprescindible.

Y, además, como un punto de inflexión en un tema del todo interesante: es que hay sistemas de metaverso donde el avatar puede continuar en este mundo, sin que la persona a la que representa esté conectada. Es decir, podemos dejar funcionando a nuestro avatar con funciones básicas (como si fueran las funciones automotrices de las personas), sin que estemos realmente presentes. Un “presentismo digital” que también se ha hecho patente con la mayor frecuencia en el uso de teletrabajo.

III.2.2. Los Costes de la Ropa del Avatar

Como ya se ha indicado para introducirnos en un mundo de metaverso es necesario crear el avatar; pero, una vez creado el avatar, hay que vestirlo, y esto en el ámbito virtual se hace a través de las denominadas Tokens no fungibles (en sus siglas en inglés, NFT). Estos “tokens” o activos, tienen un certificado de garantía de autenticidad, pero, también, tienen un coste.

¿Quién asumirá el coste si somos personas trabajadoras? O, podemos, incluso plantearnos qué necesidad hay de que el avatar vaya vestido de una u otra manera. Las empresas pueden establecer un código de vestimenta –que fijen la imagen corporativa–, al igual que un uniforme; y, en este último caso, si es obligatorio para las personas trabajadoras el pago del mismo correrá a cuenta de la empresa, salvo que se compense con un complemento de uniforme en la nómina.

Así que, la empresa puede ocuparse de que el avatar vaya vestido correctamente, pero y ¿si queremos mejores ropajes o vestimentas?

La imagen virtual de nuestro avatar afectará a nuestras relaciones en el mundo del trabajo, al igual que sucede en el ámbito real, fundamentalmente en nuestros ámbitos profesionales y académicos; y esto determina cual va a ser nuestra imagen virtual, incluso si va a ser diferente de nuestra imagen real. Puede llegar a afectar a una reunión, un ascenso, o una entrevista de trabajo, si es a través de un sistema de metaverso.

En este sentido, estamos trasladando, sin más, pero con un coste más alto, los problemas de nuestra realidad presencial al entorno virtual del metaverso, problemas realmente sin resolver en muchos ámbitos y que pueden suponer una discriminación por apariencia –por motivos estéticos–, concepto interesante que se abre camino en nuestro sistema.

De momento, la compañía de moda Zara ha lanzado esta primavera de 2022, solo en el mundo de los videojuegos, una colección futurista para la ropa del avatar y aprovechando el alza del metaverso²⁷; y, aunque no era la primera, porque en diciembre de 2021 colaboraba con una plataforma de metaverso específica para ello²⁸, lo curioso es que la colección de Zara se encontraba accesible en la propia plataforma en una tienda, con precios de origen que se estimaban en 200 euros aproximadamente; con esto, ya puede comprobarse que vestir a nuestro avatar para la realidad virtual no va a ser necesariamente barato.

III.2.3. El control del metaverso

Uno de los primeros problemas que surgen en este ámbito se relaciona con lo indicado en puntos anteriores, y es que el sistema del metaverso no es, ni será, con carácter general, propiedad de la empresa, empleadora de la persona trabajadora. Por tanto, nos cuestionamos el tipo de control empresarial en un espacio como este cuando sea un lugar de trabajo virtual.

Para continuar debemos plantearnos es si es posible aplicar el art. 20.3 ET, sobre la adopción por parte de la empresa de las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por parte de la persona trabajadora, tanto de sus deberes como de sus obligaciones laborales. Y, en este control, tan controvertido en el ámbito de la doctrina judicial y académica, partimos de la necesaria revisión de las medidas impuestas bajo el paraguas de los derechos fundamentales, así como, en último término, el respeto a la dignidad de los trabajadores.

Incluso podríamos preguntarnos si la extensión de este 20.3 ET de controlar la salud de la persona trabajadora –me refiero al art. 20.4 ET– podría ser utilizado por la empresa para comprobar las ausencias justificadas de la persona trabajadora; tanto si podría solicitar revisión por no estar “presente en el metaverso”, como si podría producirse una consulta médica en el ámbito del metaverso para que la persona

²⁷ CARBAJAL, A. (2022): Zara lanza ‘Lime Gram’, su primera colección en el metaverso, Economía digital, 1 de abril 2022, accesible en: <https://www.economiadigital.es/consumo/zara-lanza-lime-gram-su-primera-coleccion-en-el-metaverso.html>

²⁸ HERRERA, J. (2021): Zara incursiona en el metaverso lanzando colección de ropa para humanos y avatares, Cripto Noticias, 7 de diciembre de 2021, accesible en: <https://www.criptonoticias.com/comunidad/adopcion/zara-incursiona-metaverso-lanzando-coleccion-ropa-para-humanos-avatares/>

acudiera al mismo, sin desplazamientos ni mayores molestias, o por el contrario sería una injerencia excesiva²⁹.

Desde mi punto de vista la utilización de mecanismos no invasivos de control en el metaverso se torna difícil por cuanto no parece existir un espacio de intimidad para el avatar-persona trabajadora; ¿hay algún punto negro que no quede expuesto al control de la empresa propietaria del metaverso? Hasta ahora, la ficción nos muestra que pueden existir pequeños espacios en el sistema que se escapan del control, a modo de puntos ciegos, de fallos del sistema, ahora bien, desconocemos pues no somos técnicos en la materia hasta qué punto esto sucede y es una realidad.

Pero, mientras una persona está en el metaverso con su avatar, parece que el único espacio de intimidad es la realidad, salvo, claro está, que esté sometida la persona trabajadora también a control y vigilancia en el lugar donde se encuentre conectada al metaverso.

En cualquier caso, cualquier medida de control de la persona trabajadora debe estar sujeta al juicio de proporcionalidad, en el mismo sentido que en un espacio de trabajo físico³⁰.

Y, aquí no debemos olvidar, como se indicaba previamente, que, también, existe el presentismo digital, y que, para evitarlo, habrá que blindar el programa de alguna manera, impidiendo a nivel técnico esa opción –evitando la programación–, para no tener que incorporar mecanismos de control que traspasen la pantalla, y que capten a la persona trabajadora, conectada al metaverso, a través de su avatar, en el lugar físico donde se encuentre.

Por otra parte, más allá del control que puede ejercer la empresa sobre la persona trabajadora, se nos plantea, también, cuál será el papel de la Inspección de Trabajo. En este sentido, podemos hablar de diferentes puntos.

En primer lugar, los problemas que se agravaban en materia de inspección en el teletrabajo se trasladan aquí, duplicándose, no solo por el hecho de poder estar teletrabajando mientras estamos en el

²⁹ En este sentido, se considera que el art. 20.4 ET no supera el juicio de proporcionalidad ni de constitucionalidad. Así puede leerse en: BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P., La salud de las personas trabajadoras y su control por la empresa a través de las nuevas tecnologías, dentro de *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después*, vol. 2, Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 45-67.

³⁰ STC 146/2019, de 25 noviembre de 2019; doctrina asumida por el TS, entre otras, por STSS 25 noviembre de 2020 [rec. 39/2019] y de 30 marzo de 2022 [rec. 1288/2020].

metaverso³¹; sino, también, porque, aunque se considere el metaverso como lugar de trabajo no pertenecerá, en la mayoría de las ocasiones, a la empleadora. La empresa está obligada a facilitar la entrada a la inspección y a no obstruir la labor inspectora, pero ¿lo estaría también la empresa propietaria del propio sistema de metaverso, que puede incluso estar deslocalizada y regirse por derecho extranjero?.

En el caso de que sí se permitiera la entrada para introducirse en el metaverso la inspección deberá contar, también, con la representación de la persona funcionaria que sea a través de un avatar.

En segundo lugar, en los últimos tiempos uno de los retos con los que se ha enfrentado la inspección de trabajo, ha sido la del control de los algoritmos en el empleo³². En este sentido, el algoritmo reproduce muchos de los sesgos de nuestra realidad presencial, incluso los potencia, porque en la utilización de cualquier motor de búsqueda de internet, por ejemplo, que usa algoritmos, se beneficia al que busca, no al que es buscado.

Esto es solo un ejemplo de cómo la falta de transparencia de las nuevas tecnologías ha impedido el acceso a la inspección de trabajo, algo que también podría suceder en el trabajo en un entorno virtual como el metaverso.

En tercer lugar, no puede pasarnos desapercibido el cambio introducido en la LISOS por el Real Decreto-ley 2/2021 de 27 de enero, donde se acepta que la inspección de trabajo actúe y proponga sanción mediante controles automáticos a las empresas, algo que ha generado mucha polémica también en el ámbito interno de la inspección. Aplicado al metaverso podría significar que el control en el mismo puede ser a través de sistemas automatizados y que estos serán válidamente aceptados.

³¹ La inviolabilidad del domicilio, derecho fundamental reconocido en el art. 18.2 CE.

³² Las empresas han sido muy reticentes, alegando problemas de propiedad intelectual e industrial, para negarse a facilitar los algoritmos utilizados en el ámbito del trabajo. Si bien, los expertos han insistido en que no hay propiedad intelectual ni industrial porque no se trataba de relevar el código fuente del algoritmo, sino de otros elementos que contribuyen a comprobar si el algoritmo es transparente o si tiene una caja negra que oculta cuales son las combinaciones que hace que la aplicación del algoritmo sea discriminatoria o sesgada.

III.2.4. El sindicato en el metaverso

En la actualidad las normas relativas a la representación de los trabajadores atienden, por la parte que nos interesa en este escrito, al derecho de los sindicatos a la representación sindical en las empresas.

Esta forma de ejercicio de la libertad sindical y de la actividad sindical (art. 28 CE y art. 2.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en adelante, LOLS) permite, entre otras cuestiones, que los sindicatos puedan disponer de una sección sindical en las empresas, manifestación del derecho de las personas afiliadas a un sindicato en la empresa (art. 8.1 LOLS).

Con respecto a este tema, no se tiene en cuenta ni el tamaño de la empresa, a efectos de plantilla, ni tampoco, la afiliación al sindicato en cuestión; si bien es cierto, que la sección sindical podrá disponer de una serie de medios o herramientas para la acción sindical en la empresa, siempre que sea posible y tendrá mayores derechos en función de la representatividad del sindicato (por ejemplo, un local, art. 8.2 LOLS siempre que, además, la empresa tenga 250 personas empleadas), pero no precisa de esos medios para su creación y subsistencia.

Durante el confinamiento domiciliario en España y la continuidad del teletrabajo en algunos casos la representación y apoyo sindical han sido más difíciles, menos intensos; el sindicato clásico no está acostumbrado a esta forma de prestación de trabajo –algo, completamente lógico porque ha sido en nuestro país minoritaria– y eso se ha notado en una mayor desconexión de los problemas que se podían estar generando. Es más difícil que el sindicato pueda actuar porque somos más débiles como trabajadores frente a la jerarquía mientras estamos teletrabajando. No ha habido tiempo de adaptación, ni para las personas ni para los sindicatos, en esta forma extendida, por urgencia y con precipitación, de prestación de servicios. Pero, la llegada del trabajo en el entorno del metaverso no puede atraparnos de esta manera.

Y en este punto, el cómo consideremos el metaverso será clave para la determinación de si es posible o no la existencia allí de una sección sindical –igual que existen tiendas–.

Esta es una de las interrogantes que, desde mi punto de vista, no se solucionarían, exclusivamente con la traslación de las normas ya existentes; es decir, para mí el ejercicio del derecho a la libertad sindical, en esta vertiente de derecho a una sección sindical, no se soluciona permitiendo que la sección sindical que ya exista en una empresa

o centro de trabajo pueda actuar en el metaverso. Porque en el metaverso pueden existir mayores problemas, una mayor concurrencia de personas trabajadoras prestando servicios y, una deslocalización de estas, que pueden estar situadas en diferentes partes del país e, incluso, del mundo. Disponer de una sección sindical *ad hoc* en el metaverso como entorno de trabajo permitiría, desde mi punto de vista, solventar mayores incidencias y, sobre todo, permitir el ejercicio de un derecho que no es solo un derecho fundamental en España, sino que es un derecho humano³³.

En paralelo, se alza otra de las funciones básicas de los sindicatos, la defensa de los intereses de la clase trabajadora y en especial su intervención como parte legitimada a nivel procesal laboral en conflictos de trabajo, tanto en representación de una persona trabajadora (art. 20 LRJS), como la legitimación directa en defensa de intereses colectivos de trabajadores (arts. 17.1 y 2 LRJS).

Las interrogantes en el metaverso pueden ser inacabables, teniendo como punto de partida el cómo gestionamos esta legitimación, si es necesario o no, añadir un plus; a modo ilustrativo, tal y como está construido nuestro ordenamiento, no sabemos si un sindicato podrá representar y defender los intereses de un avatar, correspondiente a una persona trabajadora que esté afiliada al sindicato, puesto que quien está afiliada es la persona, y no su representación, el avatar; y, porque, está por definir todavía cual será la consideración de las actuaciones de los avatares en el metaverso.

Trayendo a colación las noticias iniciales de acoso y agresiones sexuales entre avatares se puede ver más evidente a que nos referimos: la acción de violar a un avatar, realizado por otro avatar, carece de las connotaciones de agresión física, de violencia, que tiene la propia violación cuando se realiza en el mundo real, en nuestro mundo físico. Al margen de que a nivel psicológico y psicosocial tenga una grave consideración y afectación como se indicaba previamente, ¿se va a calificar igual a nivel jurídico este acto cuando es realizado por personas físicas en un medio físico que cuando se realiza en un entorno virtual entre “representaciones” de personas, en forma de avatares?

Su determinación nos permitirá saber cómo canalizarlo desde el punto de vista procesal, entre otros.

Negar cualquier acción del sindicato en el metaverso, desde mi punto de vista, sería vulnerar el derecho a la libertad sindical, al impedir

³³ Art. 20 en conexión con el art. 20.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

su acción y actividad en el entorno de trabajo. Sin embargo, es fundamental que articulemos desde ya cómo va a ser el ejercicio de este derecho fundamental, porque el papel de los sindicatos no ha conseguido, en palabras de la OIT, adaptarse a esas nuevas formas de empleo³⁴, entre otras cosas porque el sindicato –entiéndase el gran sindicato– no ha sabido adaptarse dado el aparato burocrático y sus estructuras clásicas. Pero, hoy en día, necesitamos con urgencia que el sindicato se adapte a esta nueva realidad antes de que estemos inmersos en ella y desprotegidos.

III.2.5. Las condiciones de trabajo en el metaverso y el teletrabajo

Dentro de todas nuestras incógnitas, podríamos plantearnos cuáles serán las condiciones de trabajo aplicables al trabajo en el metaverso. En concreto si es aplicable, en caso de existir, el convenio colectivo de la empresa o es necesaria la creación de un nuevo convenio colectivo para esa realidad virtual; y, en este último punto, quién tendría legitimación para hacerlo.

En materia de condiciones de trabajo, también, se ha de tener en cuenta que el metaverso es un gran espacio virtual que puede incorporar personas de otros países trabajando todas ellas a través de sus avatares; y aquí no parecen suficientes las condiciones de trabajo que cada una de esas personas trabajadoras tenga en sus países y empresas de origen, pudiendo ser más conveniente tener condiciones de trabajo comunes para todos los avatares y, por ende, para quien está detrás de ellos. Es cierto que necesitamos dar seguridad a las personas que trabajan con un avatar en cualquier entorno de metaverso, que sepan desde qué pausas o descansos tienen, hasta cuál es su tiempo de trabajo máximo. Más allá del convenio colectivo debemos pensar en el centro de trabajo de metaverso, a qué país consideraremos que pertenece; y, en este sentido, una cuestión que me resulta del todo interesante sería considerar ese espacio o entorno virtual de trabajo como un buque, donde deberíamos comprobar el encaje o adaptación que debiera sufrir el derecho marítimo del trabajo para ser plenamente aplicable y eficaz en cuanto a la protección.

El trabajo en un entorno virtual como el metaverso puede incrementar el potencial del teletrabajo, evitando los problemas del teletrabajo transnacional en la mayoría de los países, como el nuestro, y,

³⁴ OIT (2022): La revitalización de los sindicatos: Organizar las nuevas formas de trabajo que incluyen a los trabajadores de plataformas digitales, *Revista Internacional de Investigación Sindical*, Volumen 11, Número 1-2.

disminuyendo los riesgos del trabajo presencial, como cualquier otro tipo de trabajo a distancia a través de medios telemáticos.

Por una parte, los problemas del teletrabajo transnacional los podemos plantear desde el punto de vista de carencia, hasta ahora, de una normativa amplia, lo suficientemente omnicompreensiva en cuanto al lugar de trabajo; pese a su importancia, ni el art. 40 ET, ni los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social n.º 883/04 y n.º 987/09, ni Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, acaban de resolver el tema de la transnacionalidad de origen en el teletrabajo; no están ideados para la contratación de una persona fuera de nuestras fronteras para la realización de teletrabajo, sino en sentido inverso para la protección de las personas que, una vez contratadas en un país europeo, son desplazadas a otro país del entorno europeo, sin que fuera una cuestión planteada al inicio de la relación laboral. El Convenio de Roma de 1980 contribuye al avance en algunas cuestiones, y el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) a las procesales, pero en el tema sustantivo, de normativa aplicable a un contrato, el mundo se encuentra en plena adaptación.

No podemos contratar a alguien para que trabaje en un entorno virtual de metaverso, si no es con alto coste, en un origen distinto del Estado donde se ubique el centro de trabajo.

Hoy en día, tras el aumento considerable del teletrabajo como forma prioritaria de prestación de servicios debida a la pandemia en España³⁵, el teletrabajo, según datos de la EPA ha disminuido de 3,5 millones a 2,7 entre el segundo trimestre de 2020 y el de 2022. Y si bien, no fue realidad esa frase tan manida de que el teletrabajo “llegó para quedarse” sí que ha implementado una moda: la de convertirse en nómadas digitales. Incluso hay pueblos de España que piden gente que quiera teletrabajar, lo reclaman “buscamos nómadas para repoblar”, algo que podría ser una opción válida para la España vaciada, que no implicaría nuevas normativas.

No son pocos los anuncios al respecto y las páginas webs que insisten en esta nueva forma de vida en la que se puede trabajar y vivir desde cualquier parte del mundo, con cambios de residencia frecuentes, hasta aparece en un banco extranjero. Se vende esta forma de vida como una auténtica utopía: trabajar como quieras, donde quieras, sin responsabilidades... pero, olvidándose de la cotización a la Seguridad social, por ejemplo, así como de las cuestiones fiscales. Tal es la

³⁵ Art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

moda que algunos países ya han comenzado a regular la cuestión y que en España ha estado encima de la mesa más de un año: hoy ya tenemos el Proyecto Ley *Startup*, donde se regulan de permisos/visas fomentando a los nómadas digitales; este proyecto cuyo nombre completo es del Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes se ha reenviado al Senado en noviembre de 2022.

Por otra parte, además de las ventajas están los inconvenientes, pues si bien con el teletrabajo durante la pandemia vimos una significativa reducción de la polución en las ciudades (en un 50 % en algunos casos) y disminuyeron los accidentes de tráfico y laborales, también se incrementaron otra serie de riesgos. Son los riesgos para la salud directamente relacionados con el trabajo en un entorno virtual. Si bien hoy en día ya conocemos los riesgos del teletrabajo, del trabajo a distancia, tanto los físicos, como los psíquicos y los psicosociales; riesgos que están de actualidad, en parte por el confinamiento domiciliario y el teletrabajo forzoso que se impuso en muchos ámbitos derivado de la pandemia de la Covid-19, podemos ver como se incrementan con el trabajo en el metaverso.

Primero, los riesgos físicos, desde dolores musculares, cansancio, sequedad y enrojecimiento de ojos, fatiga ocular o, entre otros, dolor de cabeza. Algunos de los cuales, las personas que ya han participado en experiencias de metaverso formativas revelan tener al finalizar la misma, dada la intensidad del entorno y sus colores, tras permanecer unas 2 horas; evidentemente, cuanto mayor sea el tiempo de exposición en un entorno, más graves pueden ser los problemas físicos asociados. Así que imaginemos, 8 horas en este entorno.

Segundo, los riesgos psíquicos y psicosociales, desde el aislamiento social, derivados de la falta de participación en los asuntos de la empresa y la dificultad del apoyo sindical, junto con dos riesgos muy particularizados, con un componente de género, que se concretan a continuación, esto es:

- La que yo denomino “trampa de la araña” para las mujeres, donde no solamente la conciliación de la vida familiar recae mayormente en las mujeres, sino que parece exigírsele tener doscientos brazos para atenderlo todo al mismo nivel, incluso ser grandes profesionales y con un alto rendimiento.
- La violencia de género en el teletrabajo riesgo potencialmente existente en un trabajo a través de un entorno de metaverso, en el momento en el que se reproducen los patrones del teletrabajo domiciliario, como se comentó previamente.

El confinamiento domiciliario derivado de la Covid-19 no fue neutro en términos de género, ahora bien, el trabajar en un entorno de metaverso también tendrá un componente de género, aunque solo sea en base a las terribles noticias de entornos de metaverso de juegos que hemos analizado previamente.

Por último, no se debe olvidar la importancia de la consideración del trabajo en el metaverso como un lugar de nuevos riesgos laborales, que puede condicionar la calificación de una incapacidad temporal, afectando a las prestaciones de la Seguridad social derivadas³⁶.

III.2.6. El metaverso como uberización del trabajo

En este punto, preocupa especialmente que el trabajo en el metaverso pueda ser una nueva forma de uberización del trabajo.

Durante mucho tiempo y debido al trabajo en plataformas se ha generalizado la expresión “uberización” del trabajo; algo que, pese a los esfuerzos legislativos no hemos superado plenamente y que genera problemas ya conocidos. El trabajo a través de un entorno de metaverso da la sensación de que, en el fondo, también, pueda ser una nueva forma de escape, de huida de la normativa del derecho del trabajo y de la seguridad social, una vez que esa uberización está cada vez más proscrita a través de los sistemas ya conocidos.

Si el trabajo (en el sentido del 1.1 ET) en un entorno de metaverso plantea algún inconveniente normativo –por la deslocalización o por las condiciones de trabajo aplicables, entre otras–, podría plantearse la extensión de la prestación a través de personas trabajadoras autónomas, en un trabajo que debería realizar una persona asalariada, dando lugar a nuevos fraudes y a nuevas batallas en el ámbito judicial.

Y es algo realmente preocupante, porque en el último cuarto de siglo, desde mi punto de vista, cada vez que se produce una innovación, cambio legislativo o tendencia judicial, pareciera que se está produciendo una desvalorización del trabajo, es decir, de que estamos deconstruyendo las protecciones y garantías de las personas trabajadoras. Algo que produce mayor inquietud si pensamos en la perversidad de la tecnología –que no olvidemos, está dirigida por la

³⁶ Muy interesante en este sentido, la STS 3378/2022, de 20 de septiembre de 2022, rec. número 3353/2019, que ha considerado como enfermedad profesional la rotura del maguito d ellos rotadores, pese a que no está incluida como enfermedad profesional en el RD 1299/2006, dado que no es un listado cerrado y no se exige la clasificación de laboralidad, como en el accidente de trabajo.

mano humana que, también, puede ser perversa—, y que los cambios tecnológicos que llevan años implantándose en el mundo del trabajo no son necesarios.

III.2.7. El metaverso como sistema de justicia plenamente virtual

Hoy en día, una de las quejas más habituales en el entorno de la práctica del derecho son los errores de los sistemas y aplicaciones telemáticos de la justicia, que, en lugar, de crear tranquilidad y facilidades, acaban generando inquietudes mayores. Como ejemplo reciente, la STS (social) de 5 julio de 2022, rec. 5/2022, que considera subsanable el hecho de presentar un escrito fuera de plazo cuando por culpa de *LexNet*³⁷ no pudo realizarse en tiempo, que pone de manifiesto uno de los múltiples problemas de los profesionales del derecho a diario.

A su vez, el principio de celeridad de la jurisdicción social se encuentra recogido el art. 74.1 LRJS como una característica de nuestro proceso, separándonos de otras jurisdicciones; ahora bien, teniendo en cuenta las demoras en muchas ocasiones en la fijación de las vistas³⁸, no podemos afirmar que sea un principio que despliegue su efectividad al cien por cien.

En esta misma línea, los juicios telemáticos en nuestro país celebrados durante el confinamiento provocado por la Covid-19 demostraron que era posible, y, es importante, porque, por ejemplo, para cumplir con el principio de inmediación el metaverso puede ser una herramienta muy útil, porque tendríamos la presencia judicial (art. 75.1 LRJS) y es posible que actúe sobre nuestra problemática, lentitud por sobrecarga la mayoría de las veces, de nuestros órganos jurisdiccionales, no solo del ámbito social, es cierto.

Por otra parte, el Proyecto e-Codex 7/6/2021, aprobado por el Consejo Europeo: Comunicación de justicia electrónica mediante intercambio de datos en línea (28 de mayo 2021) para fomentar ese principio de cooperación más allá de nuestras fronteras. Y, de nuevo, el trabajo en un entorno de metaverso pudiera parecer útil para una justicia interfronteras más eficaz.

³⁷ Accesible en: <https://sedejudicial.justicia.es/-/lexn-1>

³⁸ Sin necesidad de ahondar en la cuestión es relevante la STC 125/2022, de 10 de octubre que ha contemplado la vulneración del art. 24 CE en su vertiente del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en el ámbito laboral.

Por lo indicado, podría verse el metaverso como una fórmula realmente útil para conseguir una celeridad real en nuestro orden jurisdiccional social, pero, también, cómo no, en el resto, para conseguir un equilibrio entre el tiempo de una resolución y el acceso a la justicia, como derecho fundamental.

IV. Reflexiones Finales

Si bien buena parte de las interrogantes han sido puestas de manifiesto en el texto, se quiere incidir en algunas relativas al metaverso.

La primera, la brecha digital en nuestro país. Pues si bien mejoró en los últimos 3 años, de manera previa a la pandemia, esta brecha siempre afecta a las personas más mayores y a las personas con discapacidad. Brecha relacionada con las competencias y la formación de las personas, teniendo en cuenta que no se enseña en la educación básica y obligatoria cómo enfrentarnos al metaverso.

Pero, además de la brecha, se genera con este tipo de trabajo en entornos virtuales un mundo dual, en cuanto a trabajos que podrán ser virtuales, en entornos de metaverso, y trabajos que no; por lo que si ya tenemos esa gran distinción –que a veces parece de clases– entre las personas que trabajan en uno u en otro sector, con salarios muy dispares e injustos, un mundo con dos partes, podemos encontrarnos con una gran brecha socioeconómica acentuada por el trabajo en el metaverso.

La segunda, ¿en manos de quién estarán las nuevas tecnologías? El metaverso no le pertenece a la empresa empleadora, pero, el avatar ¿le pertenece a la persona trabajadora? No, es un programa costoso que plantea inquietudes sobre dónde estaremos, de quién dependeremos o, incluso, si alguien más podrá usar nuestro avatar. Actualmente, he localizado una empresa que ofrece auditorías en base a sistemas de metaverso para grandes empresas, algo que quizá pueda garantizar un mayor control y seguridad al respecto.

La tercera, insistir en los riesgos vs. beneficios. Como hemos comprobado, existen muchos riesgos, pero también algún beneficio podemos encontrar. Junto con los ya indicados en el texto, una estadística de 2021 publicada hace dos meses a nivel europeo se centraba en una muy positiva valoración de la personas del metaverso por cuanto tenían la percepción de superar y eliminar sus obstáculos y dificultades, entre ellas, las de accesibilidad, incluyendo a las personas con discapacidad; por ejemplo, si yo tengo un problema

de movilidad, a lo mejor, puedo crear un avatar que no lo tenga y eso puede eliminar mis dificultades; incluso la prestación del ingreso mínimo vital y su presentación preferentemente telemática –algo que dificulta enormemente esta cuestión–. Si las personas se acercaran a una oficina presencial, donde podrían conectarse a un metaverso virtual, acceder a una oficina virtual donde personas cualificadas les ayudarán a presentar la prestación, podríamos eliminar algunas de las graves barreras de la digitalización.

En definitiva, ¿quiero que el derecho del trabajo se convierta en una superheroína, *superreguladora* o sería mejor basarnos en un derecho de principios? O si prefieren, ¿desconfío de los legisladores por si el resultado no me satisface? De momento, por si acaso, apago el ordenador.

El concepto de tiempo de trabajo en su relación binaria con el de tiempo de descanso

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Vigo

I. Ideas generales

La relación dialéctica entre uno y otro concepto, tal y como han sido enunciados por la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ha sido objeto de una atención muy intensa por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Su art. 2, números 1 y 2 los define en aparente contraposición: “se entenderá por 1) tiempo de trabajo todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, [y por] 2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo”.

Entre ambos, no existe un concepto intermedio, como sí existe en cuanto a sectores específicos. A modo de ejemplo, el art. 3 de la Directiva 2002/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 marzo 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera incorpora entre ambos un tercero, “tiempo de disponibilidad” que produce unas relaciones más complejas, visualizadas incluso en el carácter minucioso de la descripción de “trabajo” y “disponibilidad”.

Al deslinde entre el tiempo de trabajo y el de descanso se van a dedicar las reflexiones que siguen, a partir de un análisis crítico de la jurisprudencia del TJUE y de la del TS. Esta última se caracteriza, como no podía ser de otro modo, por un acatamiento genérico de las pautas de aquélla, aunque, en ocasiones, con ciertas resistencias que pueden dar lugar, al menos en apariencia, a discordancias que deben ser analizadas. No cabe duda de la trascendencia de encuadrar unas situaciones determinadas en uno u otro concepto, en particular a los efectos de los límites legales, en sus distintas referencias temporales, de la jornada laboral. La sensación de partida puede definirse en términos de una progresiva complejidad, si bien la acumulación de sentencias permite enunciar ya, con un aceptable grado de precisión, el deslinde entre ambos.

Antes de entrar en una descripción más cuidadosa de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, es muy conveniente formular, de forma descriptiva, algunas de sus afirmaciones más genéricas y reiteradas, porque constituyen un marco referencial que permite aplicarlo a la elaboración de criterios específicos. Esas afirmaciones pueden sintetizarse como sigue:

1. La Directiva se limita a regular determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo a fin de garantizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Quizá sea la regla de principio más importante. Como es sabido, la Directiva 2003/88/CE es una de las específicas dictadas a partir de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 junio 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Habiendo sido dictada al amparo del art. 118A del Tratado de Roma, y dejándola al margen, por aquel entonces, discutida habilitación competencial³⁹, ciertamente se impregna de todas las consideraciones inherentes a dicha materia. Lo cual, por lo que aquí importa, se traduce en un importante grado de imperatividad y en una perspectiva de tutela de las condiciones de trabajo, como principio fundamental de protección de las personas trabajadoras.
2. Los conceptos de tiempo de trabajo y de tiempo de descanso se excluyen recíprocamente. Como ya se ha anticipado, la inexistencia de un concepto intermedio produce la necesidad de catalogar una situación concreta en uno u otro. Las

³⁹ Discusión que terminó con la sentencia de 12 noviembre 1006, asunto C-84/94, *Comisión y Reino Unido*.

consecuencias pueden ser valoradas de un modo u otro, pero implican, desde luego, que dos circunstancias más o menos próximas se amparen en todo el manto protector de la normativa general de la UE sobre tiempo de trabajo o queden desprotegidas.

3. La Directiva incluye disposiciones que constituyen normas del Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar toda persona trabajadora. Esta afirmación, muy reiterada en particular en las sentencias referidas a vacaciones, pero no solo en ellas, genera una interpretación exigente de sus preceptos. La limitación del tiempo de trabajo se configura como un principio fundamental de la UE que los órganos judiciales deben aplicar con rigor y velar por su observancia.
4. La Directiva precisa el derecho fundamental expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y debe, por consiguiente, interpretarse a la luz de dicho artículo. El juego de la Carta de Derechos Fundamentales en relación con la normativa de la UE es suficientemente conocido, pero, por lo que aquí interesa, desempeña un papel muy relevante en el caso de las disposiciones de Derecho interno que puedan ser contradictorias con la Directiva: como quiera que es desarrollo de un derecho fundamental garantizado por la Carta de Niza, en consecuencia, se desencadena la eficacia directa horizontal de la misma, incluso cuando produzca la inaplicación o el desplazamiento de la norma interna inaplicable, y por supuesto también en los litigios entre particulares⁴⁰.
5. Las disposiciones de esa Directiva no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que concede al trabajador. Aunque ya se haya sugerido anteriormente de algún modo, conviene subrayar la exigibilidad de una exégesis suficientemente protectora de los límites de la jornada de trabajo. Conviene no olvidarlo, porque también afecta a la propia operación de deslinde a la que se dedican estas reflexiones. No sería posible entender en términos extensivos el concepto “descanso” y aplicar restrictivamente qué es tiempo de trabajo, pues una operación así generaría una incompatibilidad evidente

⁴⁰ Sobre este tema, CABEZA PEREIRO, J., *Interpretación conforme, eficacia directa y otras técnicas al servicio de la primacía del derecho de la Unión Europea en el entorno de una legislación laboral contradictoria con las directivas de política social*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 6, 2017, pp. 491 ss

con los principios rectores de la materia, tal y como han sido interpretados por el TJUE.

6. No es adecuado tomar en consideración factores puramente económicos. Es una máxima interpretativa repetida por el Tribunal de Justicia también en cuanto a otras materias, por ejemplo, y muy señaladamente, en el ámbito de la discriminación por razón de sexo. Ahora bien, la máxima de experiencia permite tomar en consideración otros intereses, si no puramente económicos, colindantes con ellos. Por ejemplo, la sostenibilidad de ciertas políticas sociales públicas podría ser considerada justificación adecuada, aunque sin perjuicio del juego de los principios de necesidad y de proporcionalidad.
7. Hay que apelar a una interpretación autónoma, “comunitaria”, del concepto tiempo de trabajo, que se superpone a los conceptos de Derecho interno. Se trata de admitir características objetivas y uniformes en la categorización de la jornada laboral, de impronta propia del acervo de la UE. Los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de ambos conceptos –«tiempo de trabajo» y «período de descanso»–, sometiendo a cualesquiera condiciones o restricciones los derechos reconocidos directamente a los trabajadores por esta Directiva. De otro modo, se socavaría su efecto útil y se abriría un importante haz de dispersión normativa. Es una línea de interpretación sistemática que está utilizando el TJUE, en términos generales y para otras materias de política social, con el fin de generar una más adecuada armonización de las normas internas que trasponen Directivas. En efecto, la opción normativa de confiar a los EEMM las definiciones básicas, como productos de sus tradiciones legislativas propias, ha redundado en una fragmentación notable que ha condicionado el desarrollo de las normas de la UE.
8. Un período en el que la persona trabajadora no lleva a cabo ninguna actividad no es necesariamente tiempo de descanso. Aunque el concepto expresado en el art. 2, n.º 1 de la Directiva podría llevar a una concusión distinta, lo cierto es que la prestación efectiva de servicios no ha sido la clave de bóveda para distinguir el trabajo del descanso. Antes bien, como va a describirse a lo largo de estas páginas, ha habido una serie de circunstancias superpuestas que han tenido una importancia más decisiva. En particular, la presencia de la persona interesada en el lugar de trabajo.

9. En efecto, la clave, a partir del asunto SIMAP⁴¹, de la presencia física en el lugar de trabajo para el inicio inmediato de la actividad ha sido la más determinante. La localización, como condición accesorias, ha sido tenida en cuenta como circunstancia de consideración, pero partiendo de que, en sí misma, no era suficiente para concluir que durante su transcurso debía interpretarse que se consumía tiempo de trabajo.
10. Debe entenderse por lugar de trabajo todo lugar en el que el trabajador deba realizar una actividad por orden del empresario, aun cuando no sea la ubicación en la que ejerce habitualmente su actividad profesional. No es un entendimiento particularmente novedoso, ni diferente del que, vg., se expresa en el sistema jurídico español, pero tiene interés para relativizar el de centro de trabajo, que no es pertinente a los efectos de la delimitación de la jornada laboral, por lo menos como concepto decisivo.

II. Posición de partida del TS y el problema del espacio de configuración del convenio colectivo

La tradicional dicción del art. 34.5 ET –“el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”– ha dado lugar a una doctrina del TS en constante evolución, afectada de forma creciente por la que en paralelo ha ido elaborando el TJUE. No se trata ahora de apelar a pronunciamientos anteriores y actuales sobradamente conocidos, en los que se ha planteado, muy en particular, la dialéctica entre el art. 7 de la Directiva y el art. 38 del ET, pero sí de volver la vista a las sentencias recientes del TS. Debe hacerse notar que la mayoría de ellas se han producido en el contexto de procesos de conflicto colectivo, de tal modo que su doctrina hay que entenderla siempre matizada por tratarse de la interpretación y aplicación de cláusulas de convenios colectivos relativas al tiempo de trabajo.

Con todo, puede identificarse, con carácter general, una clara delimitación entre trabajo y descanso que se centra en que haya disposición del tiempo de trabajo de la persona trabajadora en favor

⁴¹ Asunto C-303/98, sentencia de 3 octubre 2000.

de la parte empresaria. Así se afirma, vg., en STS de 4 mayo 2016⁴²: “cuando no hay disposición del tiempo de trabajo del trabajador al empresario, no puede hablarse de que pueda existir prestación de trabajo efectivo”. La sentencia concede que en ocasiones la ley otorga dicha consideración a lapsos temporales en los que no hay dicho trabajo ni tampoco puesta a disposición, en atención a determinadas circunstancias que producen, generalmente, que esos lapsos redunden en beneficio de la empresa. También pone de manifiesto que el convenio colectivo introduce matizaciones al respecto. Y concluye que, al margen de las reglas convencionales, hay que estar a las circunstancias de cada caso concreto. Pero que no es ilegal que un convenio colectivo excluya de la consideración de tiempo de trabajo el invertido por las personas trabajadoras en el cumplimiento de un requisito previsto legalmente para el desempeño de la prestación de servicios –en el caso concreto, cambio a la vestimenta prevista en la normativa aeronáutica–.

Más tarde se apelará a otras sentencias del TS, pero basta esa alusión a doctrina legal para poner de relieve que el concepto de jornada está revestido, de acuerdo con ella, de una fuerte contingencia derivada, de una parte, de la normativa convencional aplicable y, de otra, de las circunstancias fácticas concurrentes. Ahora bien, en estos márgenes inestables, tiene una gran importancia que se vayan perfilando los límites de aquello que, necesariamente, tenga que ser calificado como tiempo de trabajo. En tal sentido, puede decirse que la pugna de delimitación que se produce continuamente a través del diálogo entre el TJUE y el TS es, a la postre, una pugna de arrinconamiento de la capacidad que la ley le ha conferido a la negociación colectiva.

En tal sentido, es relevante preguntarse acerca de los espacios que, razonablemente, la norma heterónoma debe permitirle a la norma autónoma. Porque, en efecto, puede cuestionarse el avance en la delimitación que ha desarrollado y desarrolla la jurisprudencia desde la perspectiva de cierta asfixia de la autonomía colectiva. En tal sentido, si se admite –como va a concluirse– que el diálogo entre el TJUE y los órganos judiciales internos –y no solo ni predominantemente

⁴² Relativa a la impugnación de ciertos preceptos del XVII Convenio Colectivo de Iberia y sus tripulantes de cabina de pasajeros (BOE de 8 mayo 2014). De acuerdo con una de sus cláusulas controvertidas, la recogida, prueba y cambios de uniforme se realizarían fuera de la jornada laboral. El TS muestra su acuerdo con la postura de la AN en la sentencia recurrida, conforme a la que la exigencia del uniforme deriva de la normativa aeronáutica y que, en realidad, el tiempo que se consume en la recogida, prueba o cambios de uniforme no es tiempo de trabajo puesto que se trata de espacios temporales en los que los trabajadores no están en sus puestos de trabajo a disposición del empresario, sin cuyo requisito no puede estarse realmente en presencia de tiempo de trabajo efectivo.

españoles– va a proseguir, puede afirmarse que el deslinde quedará progresivamente fuera de las manos de la negociación colectiva. La experiencia en torno al tiempo de presencia y de los llamamientos que va a comentarse en las páginas que siguen, es la de una precisión progresiva.

En definitiva, es adecuado un amplio común denominador mínimo para que se garantice la suficiente protección de valores tales como la seguridad y la salud en el trabajo y, en definitiva, la limitación de la jornada. Como consecuencia necesaria, resulta pertinente el establecimiento y desarrollo de un concepto autónomo y propio por parte del TJUE que garantice unas reglas armónicas entre los Estados Miembros y la eficacia útil de la Directiva de tiempo de trabajo⁴³. Pero del mismo modo da la impresión de que, al menos en determinados sectores, debería de reservárseles a los convenios colectivos un mínimo espacio de configuración diferenciada.

III. Las precisiones del TJUE en su jurisprudencia reciente en torno al período de guardia

a) Las limitaciones para la libre organización de las actividades privadas

Si un problema ha estado reiteradamente presente en la interpretación de la Directiva 2003/88/CE en cuanto a la delimitación entre tiempo de trabajo y período de descanso, ése es el de las guardias no presenciales. A partir del iniciático asunto *SIMAP*, en el que el Tribunal de Justicia falló que “por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria”, la línea divisoria parecía estar clara: el tiempo de presencia física se computaba íntegramente como de trabajo, en tanto que el de localización sin trabajo efectivo era período de descanso. Sin embargo, las matizaciones se han ido acumulando a lo largo los últimos años, a partir de que se produjera la sentencia relativa al asunto *Matzak*. En ella, se expresó una idea que iba a ser muy fértil para posteriores pronunciamientos: en atención a la incidencia objetiva y considerable de

⁴³ Como expresa la doctrina del TJUE (asunto C-518/15, *Matzak*, sentencia de 21 febrero 2018), “el artículo 15 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de «tiempo de trabajo» menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de esta Directiva”.

las limitaciones impuestas al trabajador en lo que atañe a la posibilidad de dedicarse a sus intereses personales y sociales, un tiempo de disponibilidad inmediata se distingue de un período durante el cual el trabajador solo debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que este pueda localizarle⁴⁴. Sobre ella se superpusieron cuestiones prejudiciales que han puesto al TJUE en la tesitura de tener que manifestarse con creciente precisión.

En términos generales, debe reconocerse que la clave de bóveda de la delimitación se establece en la posibilidad que le resta a la persona trabajadora de planificar sus intereses personales y sociales ante los constreñimientos que la empresa le establece durante esos períodos. Como se ha expresado, los períodos que transcurren en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador o trabajadora son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses, no puede encuadrarse dentro del concepto de período de descanso⁴⁵.

En consecuencia, la circunstancia de que la persona interesada esté meramente localizable no implica, debe insistirse, que esté en tiempo de trabajo. Esta afirmación ha producido cierta controversia en el ámbito del sector de la seguridad privada. El TS⁴⁶, a este respecto, se ha referido al caso de escoltas en situación de “días activables”, caracterizados por situarse en régimen de disponibilidad y localización a través de teléfono móvil, sin que se estableciera un tiempo prefijado para atender las incidencias ni se exigiese por la empresa la localización en un espacio geográfico determinado, de modo tal que había, a priori, una libertad plena para el desarrollo de quehaceres privados y familiares. Sucedió, además, que las intervenciones para las que las personas afectadas eran requeridas podían desarrollarse en modalidad remota, sin necesidad de desplazamiento, pero, en todo caso, tenían que disponer del arma reglamentaria en tal situación. La sentencia, repasando la doctrina del TJUE y del propio TS, llega a la conclusión de que no puede considerarse que los “días activables” tengan la

⁴⁴ De tal modo que falló que “el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo»”.

⁴⁵ Asunto C 344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, sentencia de 9 marzo 2021.

⁴⁶ STS de 6 abril 2022 (rc. 85/2020).

condición de tiempo de trabajo, a menos que haya que prestar servicios efectivos durante los mismos. La circunstancia de la disposición del arma no contradecía esa conclusión, porque el trabajador o trabajadora afectados no tenía que custodiarla permanentemente, sino que le bastaba con mantenerla en un lugar seguro, a fin de reducir al mínimo el riesgo de que personas no autorizadas accediesen a ella y de evitar su pérdida, robo o sustracción.

Claramente, en este pronunciamiento del TS se aprecia una sustancial comunión de criterio con el TJUE. La situación controvertida no limitaba de forma apreciable la libertad de los y las escoltas en “días activables” para organizar su tiempo y sus ocupaciones privadas al margen de la posible activación a que podían exponerse.

b) El plazo máximo de respuesta

Estrechamente vinculada con esa libertad de organización, se plantea la circunstancia del lapso temporal máximo en el que ha de comparecerse cuando, en situación de disponibilidad o localización, la persona trabajadora ha de comparecer en el caso de ser llamada para una intervención. Como es sobradamente conocido, el primer planteamiento al respecto se formuló en el asunto *Matzak*, en el que el TJUE concluyó que la obligación de responder a las convocatorias en un plazo de ocho minutos restringía gravemente la posibilidad de desarrollar otras actividades, de modo que la guardia así establecida merecía la consideración de tiempo de trabajo.

Aunque sea a *sensu contrario*, alguna sentencia del TS ha aplicado la doctrina así expresada. Se trataba de un servicio de prevención y extinción de incendios y de la denominada “disponibilidad grado I”, que no se consideró tiempo de trabajo⁴⁷. El tiempo de respuesta –treinta minutos de reacción– previsto para el desplazamiento desde el lugar desde donde se recibiese la llamada al lugar de encuentro no se podía calificar como tiempo muy limitado, breve o de respuesta inmediata. Más bien, debía considerarse como suficiente para poder programarse el resto del tiempo de descanso, tal y como la propia parte recurrente parecía entender y admitir. Debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo de aplicación establecía dicho plazo, en el que las personas afectadas debían presentarse totalmente equipadas. En todo caso, el TS insiste en el concepto de “libertad de deambulación y de administración del tiempo” para poder dedicarse a intereses personales.

⁴⁷ STS de 2 diciembre 2020 (rc. 28/2019).

Y, después de un repaso por su doctrina anterior, entiende que se trata de período de descanso. El tiempo de respuesta no era muy limitado ni se restringía en exceso la referida libertad de deambulación. Debe hacerse notar que la sentencia otorga cierta relevancia al domicilio del colectivo afectado, normalmente ubicado en zonas rurales próximas a la de prestación del servicio, pero en unos términos que enseguida rebatió el TJUE, como más adelante se describe.

A partir del asunto *Matzak*, el TJUE ha insistido en la entidad de ese plazo para reanudar las actividades profesionales a partir del momento en el que la empresa requiere los servicios de quien está de guardia localizable. Pero esa dimensión temporal debe ponerse en relación con, en su caso, la frecuencia media de las intervenciones que dicho trabajador ha de realizar efectivamente durante ese período⁴⁸. Como es evidente, la reiteración de los requerimientos durante la guardia o la disponibilidad empuja hacia la consideración íntegra de esos períodos como tiempo de trabajo, sobre todo cuando las intervenciones se prolongan durante un lapso considerable de horas⁴⁹. Si las prestaciones, por regla general, no son de corta duración, la totalidad de estos períodos constituye, en principio, tiempo de trabajo⁵⁰. Aunque, a *sensu contrario*, intervenir en muy contadas ocasiones no significa necesariamente que la situación controvertida haya de considerarse como período de descanso si el impacto del plazo impuesto al trabajador para retomar sus actividades profesionales es tal que basta para restringir, objetivamente y de manera considerable, la capacidad del trabajador para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales⁵¹.

Además de la frecuencia y duración de los llamamientos durante las situaciones de guardia o localización, hay que tener en cuenta su carácter más o menos imprevisible. La mayor previsibilidad favorece un mejor aprovechamiento de los períodos en los que no se requiere el trabajo efectivo de las personas en situación de disponibilidad, mientras que, en caso contrario, se produce un efecto restrictivo adicional en la capacidad para la libre organización de las actividades privadas. O, expresada la idea, en otros términos, las situaciones de permanente

⁴⁸ Asunto C 580/19, *Stadt Offenbach am Main*, sentencia de 9 marzo 2021.

⁴⁹ *Ibid.* “En efecto, cuando, por término medio, un trabajador ha de intervenir en numerosas ocasiones durante un período de guardia, este tiene menos margen para administrar libremente su tiempo durante los períodos de inactividad, dado que estos se ven interrumpidos con frecuencia. Más aún cuando las intervenciones que normalmente se exigen al trabajador durante su período de guardia tienen una duración considerable”.

⁵⁰ Asunto C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, sentencia de 9 marzo 2021.

⁵¹ *Ibid.*

alerta difícilmente podrán catalogarse como períodos de descanso⁵².

En el supuesto⁵³ de un bombero que debía elegir el lugar en el que se encontrase, de forma que, en caso de aviso, pudiese llegar al término municipal de la entidad local para la que prestaba servicios, en uniforme y con el vehículo dispuesto a tal fin, en veinte minutos, la respuesta que expresa el TJUE a la cuestión prejudicial planteada debe merecer la consideración de hipotética, pero restrictiva a la consideración de tiempo de trabajo. Pone de relieve, por ejemplo, que es pertinente tener en cuenta las facilidades concedidas al trabajador, como la eventual puesta a su disposición de un vehículo de servicio que le permita hacer uso de excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de derechos de preferencia, o incluso la facultad de responder a las peticiones de su empresario sin abandonar el lugar en el que se encuentra. Asimismo, constata que no ha sido puesto de relieve que haya sido requerido para presentarse en numerosas ocasiones en el tiempo previo a la interposición de la demanda. Por lo demás, el modo de retribución durante las guardias no es una cuestión procedente, pues solo tiene relevancia, en materia de tiempo de trabajo, en cuanto a las vacaciones.

En todo caso, el impacto de un plazo de respuesta más o menos breve debe evaluarse tras realizar una apreciación concreta, que tenga en cuenta, en su caso, las demás limitaciones impuestas al trabajador, así como las facilidades que se le conceden durante el período de guardia. Por ejemplo, y aunque el TJUE subraya que no constituye un factor decisivo, el hecho de que el trabajador o la trabajadora dispongan de un alojamiento de servicio en el lugar de trabajo constituye una circunstancia que merece considerarse. Sobre todo, si no está obligado a permanecer en él, puede valer de indicio para que el período de guardia o de disponibilidad se considere como de descanso⁵⁴.

c) La ubicación del servicio y el domicilio de las personas trabajadoras

Es interesante revisar las circunstancias fácticas del asunto *Radiotelevizija Slovenija*. El demandante en el asunto principal prestaba servicios como técnico especialista en sendos centros de transmisión de difícil acceso, en la cima de montañas, de los que debía garantizar

⁵² Asunto C-107/19, *Dopravni podnik*, sentencia de 9 septiembre 2021.

⁵³ Asunto *Stadt Offenbach am Main*, cit.

⁵⁴ Asunto *Radiotelevizija Slovenija*, cit.

su correcto funcionamiento. Esas condiciones le obligaban a residir en las inmediaciones, porque no era sencillo llegar a ellos incluso en las circunstancias meteorológicas más favorables. Por ese motivo, la empresa acondicionó para él y otro compañero dos puntos de descanso y alojamiento, de tal forma que podían permanecer en ellos o relajarse en las proximidades del centro de trabajo.

En esas condiciones, era consecuente a la prestación de servicios el alejamiento del entorno social y familiar y el goce de una muy escasa libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. Pero el TJUE puntualiza que el carácter poco propicio para las actividades de ocio de la zona de la que trabajador no puede, en la práctica, alejarse durante un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial y el carácter difícilmente accesible de su lugar de trabajo no constituyen tampoco circunstancias pertinentes a efectos de calificar dicho período como tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88.

Por otra parte, era consustancial al trabajo que la localización debía ser permanente y que el trabajador debía estar en todo caso disponible para presentarse en el plazo de una hora. El hecho de que se le facilitara un espacio para alojamiento y descanso producía que, en la práctica, residencia y lugar de trabajo se confundieran. Lo que da pie a que el TJUE añada una reflexión: si el lugar de trabajo engloba o se confunde con el domicilio del trabajador, el mero hecho de que, durante un período de guardia determinado, este deba permanecer en aquél para poder estar a disposición del empresario en caso de necesidad no basta para calificar dicho período como tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88, porque, en tal caso, la prohibición impuesta al trabajador de abandonarlo no implica necesariamente que deba permanecer alejado de su entorno familiar y social. Además, dicha prohibición disminuye en menor medida su capacidad para administrar libremente, en ese período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. Por consiguiente, cuando así sucede, deben considerarse como de descanso aquellos períodos en los que la imposibilidad de abandonar su lugar de trabajo no se deriva de una obligación de estar disponible para la empresa, sino únicamente de la naturaleza particular de ese lugar.

Aunque, más bien, la sentencia se inclina por considerar el dato del alojamiento como neutro en términos de concepto de tiempo de trabajo. Es decir, no constituye un dato relevante para que pueda incluirse en el mismo, pero tampoco para que se configure como

período de descanso⁵⁵. Ello, no obstante, aunque el fallo se plantea también en este caso en términos hipotéticos, y reconociéndole al órgano remitente toda la capacidad decisoria a la vista de las circunstancias, de nuevo se inclina más bien por una solución excluyente, en el sentido de que la situación controvertida encajaba, en apariencia, en el ámbito del período de descanso⁵⁶.

En el polo opuesto a la circunstancia de que la empresa facilita una residencia o un alojamiento en un lugar próximo al de prestación de servicios, se plantea la incidencia de que el domicilio de las personas interesadas se encuentre relativamente alejada del centro o del lugar de trabajo. Ya en los asuntos *Stadt Offenbach am Main* y *Radiotelevizija Slovenija* el Tribunal de Justicia resta relevancia a esta circunstancia, como un hecho que no es pertinente tomar en consideración en la calificación del lapso controvertido. Y la misma doctrina expresa en ulteriores sentencias, en las que expresa que las dificultades organizativas que puedan derivarse de las decisiones del trabajador afectado, tales como la elección de un lugar de residencia o de los lugares para el ejercicio de otra actividad profesional que se encuentren más o menos alejados del lugar en el que debe poder presentarse en el plazo fijado en el marco de su empleo, no pueden tenerse en cuenta⁵⁷. Pese a tratarse de un criterio reiterado, no está exento de polémica, porque parece que, a la postre, establece implícitamente un deber de la persona trabajadora de residir más o menos próxima al lugar de trabajo

⁵⁵ “El hecho de que el empresario ponga a disposición del trabajador, debido a la naturaleza particular del lugar de trabajo, un alojamiento de servicio situado en ese lugar de trabajo o en sus inmediaciones no constituye, como tal, un factor decisivo a efectos de calificar los períodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial como «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88, cuando dicho trabajador no está sometido, durante esos períodos, a limitaciones tales que su capacidad para dedicarse a sus intereses privados se vea afectada objetivamente y de manera considerable”.

⁵⁶ “...un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario en dicho lugar de trabajo, pero sin estar obligado a permanecer en él, solo constituye, en su totalidad, tiempo de trabajo en el sentido de esta disposición si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses. El hecho de que el entorno inmediato del lugar en cuestión sea poco propicio para el ocio carece de pertinencia a efectos de dicha apreciación”.

⁵⁷ Asunto C-214/20, *Dublin City Council*, sentencia de 11 noviembre 2021.

cuando está sometida a un régimen de disponibilidad o de guardias no presenciales. Sin duda las circunstancias fácticas pueden ser muy variadas, pero parece excesivo negarle interés, con carácter general y sin excepciones, al entorno geográfico en el que transcurre la vida extra-laboral.

Por otra parte, la situación de guardia puede ir acompañada de la obligación de permanecer, no ya en el centro de trabajo, pero sí en el domicilio particular, sin libertad de desplazamiento, a la espera del llamamiento por parte de la empresa. O, alternativa o acumuladamente, puede suceder que sea necesaria la disposición inmediata de un determinado equipo necesario para acudir inmediatamente para la realización de un servicio y que condicione también la movilidad de las personas afectadas para el desarrollo de otras ocupaciones privadas. Son circunstancias que, aunque no decisivas, también tienen que ser consideradas a la hora de decidir la naturaleza jurídica, a los efectos de la Directiva 2003/88/CE y del concepto de tiempo de trabajo⁵⁸.

d) Consideración de otros factores

Ya se ha avanzado, con ocasión del análisis de los aspectos anteriores, que el impacto de un plazo de respuesta más o menos breve debe evaluarse tras realizar una apreciación concreta, que tenga en cuenta, en su caso, por un lado, las demás limitaciones impuestas al trabajador y, por otro, las mayores facilidades que se concedan durante el período de guardia o de disponibilidad. En este sentido deben tenerse en cuenta –y así lo admite expresamente la doctrina judicial–, las limitaciones impuestas por la normativa interna, o por el convenio colectivo de aplicación, o por la empresa en el ejercicio de su poder de dirección o conforme a las especificaciones del contrato de trabajo, o también en virtud de un eventual sistema de distribución de los turnos de guardia entre los trabajadores⁵⁹.

Por el contrario, y como ya se ha sugerido, no procede tomar en consideración las dificultades organizativas que un período de guardia pueda causar al trabajador que no se deriven de tales limitaciones, sino que sean, por ejemplo, consecuencia de elementos naturales, tales como el alejamiento o dificultades de acceso al lugar de trabajo, las circunstancias climatológicas adversas o los problemas de accesibilidad

⁵⁸ En ese sentido, asunto *Stadt Offenbach am Main*, cit.

⁵⁹ Asunto *Stadt Offenbach am Main*, cit.

que se produzcan⁶⁰.

En otro orden de ideas, la posibilidad de excusarse en un determinado número de ocasiones o en un porcentaje de las intervenciones para las que la persona interesada es requerida –por ejemplo, en un 25 por 100– configura un elemento que debe considerarse en favor de que el período de guardia así establecido se califique como período de descanso. Máxime cuando, como sucedía en el caso planteado en el TJUE, en ese período el individuo afectado no estaba obligado a permanecer en un lugar determinado y a pesar de que, en realidad, se trataba de una disponibilidad permanente de la que solo se sustraía durante el período de vacaciones o mediando una autorización municipal⁶¹.

Otra circunstancia que aparecía en el asunto *Dublin City Council* consistía en que el bombero del retén demandante en el procedimiento principal contaba con la posibilidad de trabajar para una segunda empresa, por no más de 48 horas de promedio, de las que debía excluir en todo caso las horas de actividad en el servicio municipal. De modo que más difícilmente podía calificarse como de trabajo el tiempo en el que permanecía de guardia. Ahora bien, el TJUE advierte al órgano remitente de que debe verificar si esa posibilidad, además de teórica, es real, a la vista de las normas legales, los convenios colectivos y las estipulaciones del contrato de trabajo. Asimismo, y en este contexto de compatibilidad, hay que comprobar si, en la práctica, la frecuencia y la intensidad de las intervenciones posibilitan el desarrollo mínimamente eficaz de una actividad profesional adicional.

La doctrina así declarada por el TJUE debe considerarse como muy razonable. Expresa, en particular, que el solapamiento, en términos de pluriempleo o de pluriactividad, entre un período de guardia y una actividad profesional alternativa, denota que difícilmente aquél puede considerarse tiempo de trabajo. Pero suscita grandes interrogantes en la confluencia entre la calificación de los períodos de disponibilidad en el caso del trabajo a tiempo parcial. De hecho, el bombero al que se refería el litigio principal en el asunto *Dublin City Council* era él mismo un trabajador a tiempo parcial. En estos casos, el pluriempleo lleva a plantear no pocas controversias sobre la identidad de los períodos en los que puede solaparse un llamamiento en algunas de las empresas para las que trabaja, con el resultado de que una consideración

⁶⁰ Asunto *Radiotelevizija Slovenija*, cit.

⁶¹ Asunto *Dublin City Council*, cit. Eso sí, cuando recibía una llamada, el demandante debía esforzarse por llegar al parque de bomberos en un tiempo de cinco minutos o, a más tardar, en diez minutos.

restrictiva del tiempo de trabajo acaso lleve a situaciones muy lesivas de derechos.

Debe insistirse en que la Directiva 2003/88/CE no se ocupa de los temas de las retribuciones, excepto en cuanto a la materia de las vacaciones. Por ese motivo, la materia salarial no tiene incidencia alguna a la hora de calificar un espacio temporal como período de trabajo o de descanso. Por lo tanto, el hecho de que, durante las guardias, se perciba una menor cuantía por las horas en las que no hay actividad efectiva que durante las de prestación real de servicios no sirve de criterio ni de indicio alguno para sostener que aquellas no pueden considerarse como de trabajo a los efectos de los límites máximos previstos legalmente. Que un convenio colectivo o una decisión del empresario establezca esa diferencia no tiene, así pues, repercusión en la consideración cualitativa de esos tiempos de guardia o de disponibilidad⁶².

e) Las pausas intra-jornada

Un asunto que nuestro art. 34.4 ET considera dispositivo por convenio colectivo o por contrato de trabajo, pero a partir de la hipótesis supletoria de que se considera período de descanso, ha dado lugar también a cierta doctrina del TJUE, en relación con las situaciones de disponibilidad durante estas pausas intra-jornada. En concreto, el asunto *Dopravni podnik*⁶³ se refería a un caso de pausa de treinta minutos de duración en un comedor situado a 200 m del puesto de trabajo. El trabajador, bombero de empresa, tenía que acudir a esa dependencia con transmisor que le pudiese advertir de que sería recogido en vehículo en dos minutos para una intervención, de tal modo que no era sustituido durante la pausa. Por tanto, se producía un sometimiento durante la misma a un régimen de guardia, pero solo computaba como tiempo de trabajo en el caso de que el descanso fuese interrumpido para efectuar una intervención.

Sobre las pausas, el art. 4 de la Directiva 2003/88/CE reconoce un amplio margen de apreciación en cuanto a las modalidades de su disfrute, incluidas su duración y sus condiciones de concesión, que deberán ser definidas a través de la legislación o de los convenios o acuerdos colectivos suscritos entre los interlocutores sociales. Ahora bien, el TJUE expresa que ese margen no se traslada a la

⁶² Véase esta idea en asunto C-742/19, *Republika Slovenija*, sentencia de 15 julio 2021.

⁶³ Cit.

propia identificación de si constituyen tiempo de trabajo o período de descanso.

Ahora bien, las restricciones que son inherentes al propio concepto de pausa y a su duración limitada en el tiempo y que impiden de hecho alejarse del lugar de trabajo o incluso imponen disfrutarla en una dependencia de la propia unidad productiva como es el comedor, no pueden tenerse en cuenta para calificarla dentro del concepto del art. 2.1) de la Directiva. Ello no obstante, las evidentes restricciones que se producían en el caso sometido a conocimiento del Tribunal de Justicia produjeron una respuesta suya que claramente se decantaba por excluir que una pausa desarrollada en las condiciones descritas pudiera considerarse como período de descanso: “el artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que constituyen «tiempo de trabajo», en el sentido de esta disposición, las pausas concedidas a un trabajador durante su tiempo de trabajo diario, durante las cuales debe estar en condiciones de salir para efectuar una intervención en un lapso de dos minutos en caso de necesidad, ya que de una apreciación global del conjunto de las circunstancias pertinentes se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador en esas pausas son tales que afectan objetivamente y de manera considerable a la capacidad de este para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses”.

Este pronunciamiento es tan interesante por lo que expresa como por lo que tácitamente pone de manifiesto: las pausas a las que se refiere el art. 4 de la Directiva se disfrutaban de ordinario en las dependencias del centro de trabajo y sometidas a ciertas limitaciones ordinarias, que condicionan severamente el disfrute del tiempo libre por parte de la plantilla. No se trata solo de no poder abandonar las dependencias de la empresa, sino también de someterse a las normativas propias de la permanencia en ellas y, de algún modo, ubicarse bajo la supervisión de la estructura jerárquica de la organización. Todo ello forma parte de las condiciones inherentes de disfrute del descanso, de modo que no implica que tenga que considerarse como tiempo de trabajo. Dicho en otros términos, la sentencia, de algún modo, convalida la solución legal interna y acepta que, salvo que se produzcan circunstancias adicionalmente limitativas de la pausa, el régimen por defecto sea su consideración como período de descanso. Las dudas que pudieran haberse producido a la vista de la importancia que sentencias anteriores del propio TJUE habían conferido a la presencia física de la persona trabajadora en el centro de trabajo quedan, así pues, totalmente disipadas.

IV. Precisiones de seguridad y salud con respecto a los períodos de guardia que no merecen la consideración de tiempo de trabajo

Como corolario del análisis de doctrina judicial así expresado, debe concluirse, pues, que los límites entre tiempo de trabajo y período de descanso son problemáticos y, en determinadas circunstancias, imprecisos. El deslinde tiene, pese a todo, la importancia incuestionable de la aproximación binaria a la materia propia de la Directiva: salvo en sectores específicos, los conceptos son dialécticos y recíprocamente excluyentes: o es uno u otro, sin que quepan conceptos intermedios.

Esta aproximación bifronte plantea un problema del que se hace eco la jurisprudencia del TJUE: se consideren o no como parte de la jornada, las guardias y las situaciones de disponibilidad generan situaciones específicas que deben ser tenidas en cuenta, desde una consideración de la materia de la jornada como parte integrante de la seguridad y la salud en el trabajo. Por este motivo, aunque los períodos de guardias no merezcan, a la vista de las circunstancias, la consideración de tiempo de trabajo, no por ello deben dejar de ser tenidas en cuenta en una política coherente de seguridad y salud en el trabajo. Por consiguiente, la calificación como período de descanso debe entenderse sin perjuicio del deber de los empresarios de cumplir las obligaciones específicas que les incumben en virtud de los artículos 5 y 6 de la Directiva 89/391, del Consejo, de 12 junio 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. De ello se desprende que los empresarios no pueden introducir períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos períodos se califiquen de períodos de descanso en el sentido del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2003/88. A tal objeto, corresponde a los Estados miembros definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación⁶⁴.

De hecho, cuando tales servicios de guardia se prestan de forma continuada durante largos períodos o se producen a intervalos muy frecuentes, de modo que suponen una carga psicológica recurrente para la persona trabajadora, aunque sea de baja intensidad, puede resultar muy difícil, en la práctica, que esta se evada completamente de su entorno laboral durante un número suficiente de horas consecutivas

⁶⁴ Entre otros pronunciamientos en esta línea, *Dublin City Council*, cit.

que le permita neutralizar los efectos del trabajo sobre su seguridad y su salud⁶⁵.

Quizá esta perspectiva, distinta de las anteriores, pone de relieve las limitaciones de un sistema de doble concepto que no admite situaciones intermedias. Bien es cierto que, cuando se han previsto, no se ha perseguido promover una mejora de la seguridad y la salud en el trabajo, sino más bien atender a situaciones específicas en las que la jornada se dilataba sin que hubiera, por diversos motivos, una prestación efectiva de servicios. Por otra parte, es probable que ese concepto “a medio camino” entre trabajo y descanso solo contribuyera a achicar la consideración del tiempo de trabajo y, de paso, a incrementar las incertidumbres y la litigiosidad al respecto. Es, en este sentido, adecuada la opción de la Directiva 2003/88/CE, pero debería añadirse que un entendimiento restrictivo del concepto del art. 2.1 de esta norma de la UE produce, entre otros efectos, unas condiciones de trabajo menos seguras y saludables.

V. El tiempo dedicado a la formación profesional

Sobre él también se han planteado numerosas dudas, hasta el punto de que la negociación colectiva frecuentemente ha terciado acerca de su realización dentro de la jornada habitual y por su consideración como tiempo de trabajo efectivo. Por primera vez, el TJUE ha conocido de este asunto, también en cuanto a la diferencia entre tiempo de trabajo y período de descanso. Se ha referido a un espacio temporal dedicado a formación profesional, efectuada a petición del empresario, en la sede del proveedor de servicios profesionales y fuera del tiempo de trabajo normal⁶⁶.

La respuesta del Tribunal de Justicia es, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada, bastante concluyente: cuando un trabajador recibe de su empresario instrucciones de cursar una formación profesional para poder ejercer las funciones que ocupa y, por lo demás, el propio empresario ha firmado el contrato de formación profesional con la empresa que debe impartir dicha formación, procede considerar que, durante los períodos de formación profesional, dicho trabajador está a disposición de su empresario. En consecuencia, carece de

⁶⁵ En este sentido, asunto *Radiotelevizija Slovenija*, cit.

⁶⁶ Asunto C-909/19, *Unitatea Administrativ Teritorială D.*, sentencia de 28 octubre 2021.

pertinencia la circunstancia, subrayada por el órgano jurisdiccional remitente, de que los períodos de formación profesional se desarrollen, total o parcialmente, fuera del horario normal de trabajo. Tampoco es trascendente la circunstancia de que, en el caso de autos, la obligación de la empresa de realizar un curso de formación profesional se derive de la normativa legal del Estado miembro en cuestión. Igualmente, no lo es el hecho de que la formación profesional de que se trata no se desarrolle en el lugar habitual de trabajo del trabajador, sino en los locales de la empresa que presta los servicios de formación. Concluye el Tribunal de Justicia que la asistencia a una actividad formativa es una tarea desarrollada fuera de las horas normales de trabajo, en perjuicio del derecho del trabajador a disfrutar de un reposo suficiente.

Esta doctrina puede tener un gran impacto, pues tercia en una polémica que, en nuestro Derecho interno, dista bastante de ser pacífica.

Se refiere, por supuesto, a formación que se realiza a instancia del empresario y que se configura, por lo tanto, como una obligación para las personas trabajadoras. Pero, incluso dentro de este marco, alguna doctrina del TS más o menos reciente no parece guardar suficiente coherencia con el criterio del TJUE. Se trataba de una formación en línea propuesta por la empresa para instruir a su plantilla sobre las obligaciones derivadas de la entrada en vigor de una Directiva europea sobre protección al inversor que afectaba al sector de las entidades de crédito, de la que se derivó una Guía Técnica de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre la cualificación necesaria para el personal que asesore en esta materia. En consecuencia, la empresa ofreció a la plantilla dos módulos formativos, impartidos por una entidad externa. No consta que la formación fuera obligatoria ni que hubiera ningún tipo de consecuencia negativa para las personas que no la hubieran desarrollado. Ante esta resultancia fáctica, el TS expresa que el tiempo dedicado a esa formación no debe considerarse como de trabajo efectivo a la vista de la normativa legal y convencional de aplicación, porque la misma no podía considerarse obligatoria para las personas trabajadoras antes de que la Directiva entrase en vigor y fuese de plena aplicación. La empresa no hacía sino adelantarse y, por lo tanto, la formación era voluntaria, como lo atestiguaba el hecho de que ninguna consecuencia adversa se les infringió a quienes optaron por no realizar los cursos correspondientes⁶⁷.

Aunque no hay una estricta contradicción entre ambos pronunciamientos, lo cierto es que la formación cuestionada por el TS, aunque no estrictamente obligatoria, era necesaria en el medio

⁶⁷ Se trata de las SSTs de 6 marzo 2019 (rc 23/2018) y de 3 noviembre 2000 (rc 61/2019).

plazo para que las personas afectadas pudieran desempeñar sus servicios. En estas condiciones, es difícil admitir, a la vista de la más reciente jurisprudencia del TJUE, que pueda mantenerse la misma postura. Es cierto que el tema planteado ante el TS se rodea de unas circunstancias fácticas muy específicas, que relativizan la aplicación de los fundamentos de la sentencia a otras situaciones más menos próximas. Con todo, parece que debe predicarse un cómputo como tiempo de trabajo de todo aquel período formativo que, de algún modo, los trabajadores y trabajadoras se vean compelidos a realizar para mantener o adquirir unas competencias profesionales necesarias para el adecuado desarrollo de sus funciones.

VI. La jurisprudencia interna derivada del asunto Tyco y otros asuntos conexos

Es suficientemente conocida la doctrina del asunto *Tyco*⁶⁸. De acuerdo con su fallo, “...en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición”. Claro que, había que añadir, había anteriormente centro de trabajo fijo o habitual. Y dejó de haberlo. Lo cual es importante para explicar las aparentes oscilaciones y matices de la doctrina judicial interna.

Hay, sin duda, pronunciamientos que se amoldan totalmente a la doctrina establecida en esa sentencia⁶⁹. Sin embargo, algún otro entra

⁶⁸ Asunto C-266/14, sentencia de 10 septiembre 2015. Sobre ella, CABEZA PEREIRO, J., *Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto “tiempo de trabajo”*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 1, 2016, pp. 36 ss.

⁶⁹ Vg., STS de 9 junio 2021 (rc. 37/2020). La actividad de la empresa, consistente en la instalación, mantenimiento y reparación de ascensores, sólo puede realizarse en el domicilio de sus clientes, de manera que los desplazamientos, desde el primero hasta el último, son consustanciales con dicha actividad. La empleadora no podría desempeñar su función empresarial si no desplaza a sus trabajadores, materiales y herramientas a los domicilios de sus clientes. A la misma conclusión se llega cuando el domicilio de los clientes esté próximo, en el mismo ayuntamiento. No importa que las oficinas estén abiertas si los trabajadores no acuden a ellas al comienzo y al final de la jornada. Anteriormente, parecida doctrina en STS de 7 julio 2020 (rc 208/2018), aunque en este último caso desde siempre fueran directamente al domicilio del cliente sin pasar por el centro de trabajo.

en un diálogo probablemente conflictivo con ella⁷⁰. Aplicando un criterio restrictivo, el TS llega a la conclusión de que no se trata de tiempo de trabajo el de desplazamiento desde una terminal aeroportuaria hasta la base del desarrollo de la actividad de bomberos e intercambio de turno. Con cita de sentencias anteriores, expresa que “hemos defendido que, en su concepción jurídico-laboral estricta, el concepto de “jornada de trabajo” equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad”⁷¹. La doctrina así planteada suscita dudas evidentes, de modo tal que este tipo de asuntos están destinados a ulteriores cuestiones prejudiciales.

En una doctrina ya más heterogénea, que puede comentarse de forma telegráfica, el TS se ha tenido que enfrentar a otros tantos asuntos dudosos. Ha concluido que el tiempo dedicado a “eventos comerciales fuera de jornada debe reputarse como de trabajo”⁷². Que –y esto puede tener una mayor importancia práctica– el tiempo invertido en los reconocimientos médicos voluntarios a los que las personas trabajadoras se someten en desarrollo del art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre merece la misma consideración, pues ningún coste puede haber para quien se acoge a ese derecho⁷³. Por el contrario, ha excluido de esa consideración –en doctrina que seguramente precisará en el futuro de abundantes matizaciones– el lapso temporal que se emplea en la cobertura de documentos administrativos de ausencias o permisos en aplicaciones informáticas⁷⁴.

⁷⁰ STS de 18 noviembre 2020 (rcud 2702/2018). Se trataba de la empresa AENA, del desplazamiento de bomberos desde la terminal del aeropuerto. a la base o parque donde se realiza el relevo. En este trayecto, las personas afectadas no están a disposición del empresario. Antes de incorporarse a su puesto de trabajo deben equiparse y recibir incidencias del turno saliente. A su vez en el turno saliente, después de quitarse la ropa de protección y prendas de vestuario, deben esperar a que todo el personal haya sido relevado para abandonar las dependencias en grupo por medio de vehículo autorizado, llegar al bloque técnico y fichar a la salida. Estas operaciones, desde la llegada al recinto aeroportuario hasta su concreto puesto de trabajo, y a la inversa, tienen una duración superior a treinta minutos por trabajador y servicio. La misma doctrina en STS de 26 enero 2021 (rcud 3294/2018).

⁷¹ Menos concluyente es la STS de 4 diciembre 2018 (rc 188/2017), en la que se declara que el tiempo de desplazamiento del personal de ayuda a domicilio no es, en el marco del III Convenio Colectivo Regional de Castilla y León para la actividad de ayuda a domicilio, tiempo de trabajo, pero básicamente porque las situaciones planteadas en dicho convenio colectivo eran heterogéneas. No es, por lo tanto, doctrina concluyente.

⁷² STS de 19 marzo 2019 (rc 30/2018).

⁷³ STS de 11 mayo 2022 (rc 112/2020).

⁷⁴ STS de 6 abril 2022 (rc 151/2020).

Entretanto, el TS ha corregido una doctrina anterior, claramente incompatible con la del TJUE⁷⁵. Se trataba del trabajo de los servicios de transporte urgente de enfermos y accidentados en ambulancia y del tiempo en el que los conductores permanecen en la base a la espera de un llamamiento. No es posible encuadrar esta actividad en la de transporte de viajeros por carretera y en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 marzo 2002, o *mutatus mutandis*, de los arts. 8 a 12 del RD 1561/1995, de 21 septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. De este modo, ese tiempo de permanencia en la base debe computarse en su integridad como de trabajo.

VII. Breve reflexión para concluir

Pasados 22 años desde que el TJUE dictara la sentencia del asunto SIMAP, debe reconocerse que los criterios que entretanto ha aportado la doctrina judicial han aquilatado bastante la diferencia entre tiempo de trabajo y período de descanso. Sin embargo, da la impresión de que, a cada nuevo pronunciamiento que se produce, es como si los pasos se achicaran y más distancia hubiera para alcanzar un aceptable grado de precisión en esa línea divisoria. Algunos asuntos han sido conocidos con enorme reiteración –las guardias y la disponibilidad del tiempo en su seno– y con unos resultados que, si no exactitud absoluta, producen una aproximación razonable hacia el deslinde entre uno y otro. Hay debates sobre los que cabe esperar futuras cuestiones prejudiciales que aclaren un poco más el panorama, como puede ser el tema de los desplazamientos de ida y vuelta a los domicilios de clientes y situaciones similares, solo desbrozados en algunas ideas básicas en el asunto *Tyco*.

Pero aparecen nuevos problemas, tanto en la jurisprudencia interna como en la de la UE que permiten entrever la necesidad de clarificar criterios. Sin duda, las nuevas formas de trabajar, el trabajo a distancia y toda la problemática derivada de la conexión permanente de las personas, también en su faceta de trabajadoras, en particular cuando se enfrenta a un derecho tan en construcción como es el de la desconexión digital, son escenarios de debate que se dibujan en el futuro más próximo. En las páginas anteriores, se ha descrito cómo los tribunales van esbozando algunas ideas, pero con una aproximación

⁷⁵ Asuntos, C-397/01 a C-403/01, Pfeifer, sentencia de 5 octubre 2004.

más inductiva que deductiva y siempre atenta a las circunstancias del caso concreto.

Pero, al margen de toda esta malla de doctrina judicial en elaboración, se suscita en torno al concepto de tiempo de trabajo un problema más estructural, de fuentes, que se ha sugerido en las primeras páginas: cuáles deben ser sobre él las relaciones entre la norma heterónoma y la autónoma. Sin duda, debe ser un caso paradigmático de función de mejora del convenio colectivo, a partir de unos mínimos legales amplios y garantistas. No de otro modo puede ser en el marco de una materia presidida por una Directiva que es, en su esencia, de seguridad y salud en el trabajo. Resulta imprescindible, por lo tanto, que a partir del art. 2 de la Directiva y del art. 34.5 ET se construya una jurisprudencia que asegure un ambiente saludable y seguro y que, por lo tanto, no permita extralimitaciones en la definición de los períodos de descanso.

Ello, no obstante, y al mismo nivel de importancia, se hace necesario que se reconozca un espacio a la negociación colectiva, No debe olvidarse que, en su trasposición original producida con ocasión de la Ley 11/1994, de 19 mayo, la flexibilidad de la entonces Directiva 93/104/CE, el Consejo, de 23 noviembre 1993, se remitió esencialmente al convenio colectivo, sin apenas resquicios a la autonomía individual. Es cierto que, a partir del año 2010, esta confianza en la autonomía colectiva se “contaminó” de llamamientos al poder unilateral de dirección del empresario, en un proceso de erosión progresiva de la lógica interna del sistema. Pero, precisamente por ese motivo, se hace necesario defender ese espacio de actuación del convenio colectivo. Que, por lo que a este tema importa, debe consistir en reconocerle un papel importante de mejora, en favor de la parte trabajadora, y en clave ampliatoria, del concepto “tiempo de trabajo”. Ese papel debe basarse en una jurisprudencia suficientemente garantista y progresivamente precisa, que tenga en cuenta como criterio orientador la necesidad de preservar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras.

La Directiva de la UE 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles⁷⁶

RAFAEL LÓPEZ PARADA

Magistrado de la Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

En primer lugar, quiero agradecer la invitación para participar como ponente en las Jornadas de la Associació Catalana de Iuslaboralistes a la Asociación, a Xavier González de Rivera y a la directora de las Jornadas, María Luisa Segoviano, que además de elegirme como ponente ha tenido la gentileza de dejarme elegir el tema de mi intervención.

Aprovechando esa libertad, y dentro del tema de las jornadas, dedicadas a novedades normativas y jurisprudenciales, he querido dedicarme a una pieza de legislación europea que hasta ahora ha pasado desapercibida y cuya novedad, precisamente, es que no se ha dictado la legislación para su incorporación al Derecho interno español.

Me refiero a la Directiva de la UE 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles. Esta Directiva, dictada el 20 de junio de 2019 (DOUE 11 de julio) y no muy conocida en el mundo laboralista, dice en su artículo 21.1 a los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 1 de agosto de 2022.

⁷⁶ El presente trabajo corresponde al contenido de la ponencia presentada el 29 de septiembre de 2022 en Barcelona en el marco de las XXXII Jornades catalanes de Dret Social organizadas por la Associació Catalana de Iuslaboralistes.

Por su parte el artículo 22 de la Directiva dice que “los derechos y obligaciones establecidos en la presente Directiva se aplicarán a todas las relaciones de trabajo a más tardar el 1 de agosto de 2022”, aunque matiza que determinados documentos que establece como obligatorios (en concreto los previstos en el artículo 5.1 y en los artículos 6 y 7) no lo serán para las relaciones laborales ya existentes a fecha 1 de agosto de 2022 salvo que el trabajador lo solicite.

Pues bien, la fecha ha pasado ya recientemente y España no ha dictado, al menos a 29 de septiembre de 2022, la norma legal necesaria para incorporar el contenido de la Directiva. La novedad, por tanto, es que desde esa fecha y siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que por conocida excuso repetir, los contenidos de la Directiva que sean suficientemente precisos pasan a tener efectos directos en nuestro país cuando nos encontremos ante relaciones verticales, esto es, en cuanto reconozcan derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos. El incumplimiento además puede dar lugar a la responsabilidad indemnizatoria del Estado cuando del mismo se derive un daño para los particulares, por ejemplo, cuando estemos ante relaciones laborales horizontales (entre sujetos privados) y la falta de incorporación de un contenido suficientemente preciso produzca a un trabajador una pérdida concreta y valorable de un derecho.

En este nuevo escenario se hace preciso estudiar el contenido de la Directiva para comprobar su relevancia y sus posibles efectos directos. Ya llegará el momento en que el Estado dicte la Ley que incorpore su contenido y entonces se podrá analizar si esa Ley responde a las exigencias de la Directiva y cuáles son sus mandatos concretos.

I. La Directiva 91/533/CEE y su incorporación en España

Lo primero que cabe destacar es que la nueva Directiva deroga y sustituye, desde el 1 de agosto de 2022, a la Directiva 91/533/CEE sobre información al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo. La Directiva derogada ha tenido una escasa relevancia en el Derecho del Trabajo español. Su mandato esencial era que los contratos de trabajo de duración superior a un mes se hicieran por escrito, indicando una serie de informaciones mínimas sobre las condiciones de estos o, a falta de formalización por escrito, el empresario entregase al trabajador un documento escrito con dicha información.

Es decir, la Directiva de 1991 establecía unas obligaciones de naturaleza exclusivamente informativa, sin entrar en el contenido de las relaciones laborales sobre las que se informa, pero esto en el Derecho interno ya el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores en su versión original de 1980 obligaba a formalizar por escrito los contratos de trabajo de naturaleza temporal de duración superior a cuatro semanas y, aunque no establecía un contenido concreto del documento escrito, esto venía a suplirse por la abundante utilización de los modelos regulados reglamentariamente para diferentes modalidades y los aprobados por las autoridades laborales estatales para su presentación ante los servicios de empleo. Posteriormente la Ley 11/1994 precisó que la obligación de formalización escrita afectaba a todos “los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas”, además de, con independencia de su duración, a una serie de modalidades contractuales y supuestos. Hoy en día la obligación de formalización escrita se extiende, además de a los contratos temporales de duración superior a cuatro semanas, a todos los contratos, con independencia de su duración, que sea de prácticas y para la formación y el aprendizaje, a tiempo parcial, fijos-discontinuos, de relevo, obra o servicio determinado, a tiempo parcial, los de los trabajadores que trabajen a distancia, los de los pescadores y los de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.

Dado que la consecuencia de no observarse la forma escrita en estos casos es que el contrato se presume celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa (salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios, prueba que resulta de enorme dificultad), con ello la contratación verbal en España vino a quedar reducida en la práctica a la de carácter indefinido.

Sobre la regulación originaria del Estatuto de los Trabajadores, con los indicados cambios, se vinieron a superponer dos normas adicionales. La primera fue la Ley 2/1991, que estableció la obligación de entregar copias básicas de los contratos de trabajo a los representantes legales de los trabajadores. Posteriormente, en el marco de la reforma laboral de 1994, la Ley 11/1994 incorporó la Directiva 91/533 introduciendo un nuevo número en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores (el número cuatro entonces, posteriormente número cinco desde el texto refundido de 1995 hasta la actualidad) con el siguiente texto:

«Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos

esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.»

Con ello se cerraba el círculo en orden a la incorporación de la Directiva 91/533, de manera que en los contratos de trabajo que no estuviesen obligados a formalizarse por escrito pero cuya duración fuese superior a cuatro semanas (esencialmente los indefinidos) se establecía la obligación de información escrita, mediante un documento separado entregado con posterioridad a la contratación.

Todo este conjunto pasó a constituir el contenido del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores a partir del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995.

Ahora bien, aunque incorporada formalmente, de hecho, la Directiva 91/533 no ha tenido gran relevancia práctica, ni doctrinal, ni jurisprudencial. Aun cuando la obligación que en virtud de la Directiva se impone al empresario es de naturaleza meramente informativa, lo cierto es que raramente se cumple. El artículo 2.2 de la Directiva de 1991 incluía una serie de materias que habían de constar necesariamente en el documento contractual o informativo, pero esta obligación se relativizaba al permitir que el contenido de una parte esencial de las mismas se limitase a una remisión al convenio colectivo aplicable. De hecho, es muy frecuente que los modelos de contratos usados en España omitan las determinaciones sobre salario y otros elementos esenciales y se limiten a remitirse al convenio colectivo (“según convenio colectivo”), muchas veces sin indicar de qué convenio colectivo se trata o haciéndolo de forma incorrecta. Esta fórmula se usa frecuentemente incluso cuando las condiciones realmente aplicadas al trabajador no coinciden con las previstas con el convenio colectivo, por ejemplo, cuando el salario es superior o la jornada es diferente, lo que claramente es contrario a la Directiva y a la obligada interpretación de su norma de incorporación. Por otra parte, salvo en el caso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, es infrecuente que se actualice por escrito esa información, aun cuando se produzcan cambios de convenio aplicable al que se remite el contrato inicial, pese al mandato del artículo 5 de la Directiva 91/533.

En definitiva, el empresario suele ser reticente a especificar por escrito las condiciones concretas de trabajo por cuanto ello le supone un compromiso de futuro que limita la flexibilidad para introducir cambios y ha buscado fórmulas de escape. La tormenta política que en su momento desató la Ley 2/1991, que estableció la obligación de

entregar copias básicas de los contratos de trabajo a los representantes legales de los trabajadores, indujo a rellenar las casillas de los modelos contractuales suministrados por el servicio de empleo con espíritu cada vez más minimalista, salvo para introducir cláusulas de movilidad e imponiendo obligaciones a los trabajadores, en ocasiones de dudosa legalidad. La pasividad de la Administración en la vigilancia y exigencia de estas obligaciones han llevado a una situación en la que el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores tiene una escasa relevancia práctica en relación con el cumplimiento de las finalidades informativas prescritas por la Directiva 91/533. Esa escasa relevancia en cuanto al cumplimiento de su finalidad material contrasta con su enorme repercusión en la gestión empresarial. La obligación de formalización escrita, unida a la obligación de registro en la oficina de empleo de los contratos y de sus copias básicas (artículo 8.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores) y a la alta temporalidad y rotación que ha venido caracterizando al mercado laboral en nuestro país, ha generado una enorme burocracia documental en torno a la contratación. Siguiendo una tendencia habitual en la aplicación de la legislación laboral (se trate de contratación, de gestión de la prevención de riesgos laborales o de registro de jornada), el cumplimiento material de la norma se sustituye por un cumplimiento formal que lleva a primer plano la gestión documental y burocrática, desconectada de su finalidad real.

Esta situación puede explicar que la nueva Directiva 2019/1152 haya pasado hasta cierto punto desapercibida, salvo para algunos trabajos doctrinales⁷⁷ puesto que al sustituir a la Directiva 91/533 se puede haber pensado que se trata de una mera actualización de esta, como ya ha ocurrido con otras Directivas laborales, donde un texto nuevo se ha limitado a recoger, como si se tratase de un texto refundido, el texto original con sus modificaciones posteriores. Pero este no es el caso y la nueva Directiva tiene una relevancia e interés mucho mayor del que podría pensarse cuando se trae a colación la Directiva a la que sustituye.

⁷⁷ Especial interés ha dedicado al tema el profesor Rojo Torrecilla en entradas de 28 de diciembre de 2017, 28 de marzo de 2018, 22 de junio de 2018, 17 de noviembre de 2018, 19 de marzo de 2019 ó 9 de abril de 2019 en el blog del autor, además de referencias en otras numerosas entradas:

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/12/la-directiva-91533cee-de-14-de-octubre.html>

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/03/el-complicado-intento-de-desarrollo.html>

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/06/la-tramitacion-en-el-parlamento-europeo.html>

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/11/ue-propuesta-de-directiva-sobre.html>

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/03/propuesta-de-directiva-sobre.html>

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/propuesta-de-directiva-sobre.html>

II. Los fundamentos jurídicos y políticos de la Directiva 2019/1152

Cuando se trata de analizar cualquier acto de las Instituciones Europeas un paso imprescindible consiste en leer su exposición de motivos para comprobar cuáles son sus bases jurídicas (esto es, los artículos de los tratados que confieren a las Instituciones la competencia que está ejerciendo con el acto), además de las correspondientes explicaciones de política legislativa.

La Directiva 2019/1152 se dicta en ejercicio de la competencia atribuida a las Instituciones por el artículo 153.2.b TFUE en relación con el artículo 153.1.b. El artículo 153.1.b dice que la Unión Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de las condiciones de trabajo y el artículo 153.2.b dice que a tal fin el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembro y evitando establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. El procedimiento legislativo aplicable es el ordinario, pero el precepto exige que se lleve a cabo una previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, como así ocurrió.

Ahora bien, con ello no se agotan, según la exposición de motivos, las bases jurídicas de la Directiva. Si leemos los considerandos, se comienza con la cita del artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“condiciones de trabajo justas y equitativas”), según el cual “todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”. Esa vinculación es especialmente interesante, porque viene a dar a entender que la Directiva, al menos en parte, es desarrollo de ese derecho fundamental. La sentencia del TJUE (dictada en Gran Sala, no lo olvidemos) de 15 de enero de 2014 en el asunto C-176/12, *Association de Médiation Sociale*, dijo que el artículo 27 de la Carta no era invocable directamente en un litigio entre particulares, ni siquiera estando desarrollado por la Directiva 2002/14/CE, debido a que “del texto del artículo 27 de la Carta resulta por tanto con claridad que, para que ese artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional”. Si

leemos el artículo 27 vemos que éste dice que “deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación”, pero añade que ello debe hacerse “en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”. Nada de esto ocurre con el artículo 31, que proclama claramente un derecho (el derecho a trabajar en determinadas condiciones) y no incluye remisión alguna al Derecho de la Unión ni a las legislaciones y prácticas nacionales, lo que en principio implica que es aplicable directamente como Derecho Originario, al encontrarnos ante la aplicación del Derecho de la Unión. La consecuencia es que, conforme al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, el artículo 31 de la Carta deviene en directamente aplicable por los órganos judiciales nacionales, con primacía respecto del Derecho interno, cuando se trate de aplicar la Directiva 2019/1152.

Esto significa que, habiendo vencido el plazo para la incorporación al Derecho interno de la Directiva el 1 de agosto de 1992 sin que España haya cumplido su obligación:

- a. Los contenidos de la Directiva que sean suficientemente precisos son directamente aplicables en las “relaciones verticales”, esto es, cuando los trabajadores del sector público reclamen su cumplimiento a sus empleadores;
- b. La interpretación de las normas laborales españolas, tanto en los conflictos horizontales como verticales, debe hacerse, en la medida de lo posible, de manera que se ajusten a las prescripciones de la Directiva, de acuerdo con el principio de interpretación conforme.
- c. En las relaciones entre particulares (horizontales), si la Directiva no puede aplicarse por falta de incorporación y no ser posible la interpretación conforme, cuando el contenido sea suficientemente preciso y el trabajador haya sufrido un daño evaluable por la falta de aplicación de la Directiva, puede reclamar su compensación al Estado;
- d. Pero en todo caso el artículo 31 de la Carta es directamente aplicable, incluso en relaciones horizontales, en los conflictos que tengan que ver con los contenidos de la Directiva. Dado que el artículo 31 se refiere esencialmente al tiempo de trabajo y descansos, además de a la seguridad y salud, los elementos de la Directiva 2019/1152 relativos a esos aspectos adquieren una especial relevancia en cuando desarrollo del derecho fundamental reconocido en la Carta.

Por otra parte, el preámbulo de la Directiva hace referencia al Pilar Europeo de Derechos Sociales⁷⁸, en concreto a los principios 5 y 7.

El principio 5 es el siguiente:

«Empleo seguro y adaptable. 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, acceso a la protección social y formación. Debe fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido. De conformidad con la legislación y los convenios colectivos, debe garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico. Deben promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad. Deben fomentarse el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia y facilitarse la movilidad profesional. **Deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos. Los periodos de prueba deben tener una duración razonable.**»

Y el principio 7 es el siguiente:

«**Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido.** Los trabajadores tienen derecho a ser informados por escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, incluso en periodo de prueba. Antes de proceder a un despido, los trabajadores tienen derecho a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso. Tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada.»

Se trata de principios políticos de la UE, no de preceptos jurídicos con valor normativo, pero tienen un indudable interés para la interpretación de la Directiva y de sus contenidos. Como señala Monereo⁷⁹, el Pilar Europeo de Derechos Sociales se plasmó en una Recomendación, “instrumento jurídico sin fuerza normativa vinculante, que sólo proclama principios y valores que sirvan de complemento e impulso a los ya reconocidos”. Pero es claro que la Directiva 2019/1152 tiene por objeto desarrollar en el nivel de la Unión dos de esos pilares y ese dato sirve como criterio básico para su interpretación.

⁷⁸ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, DOUE (L 113/56).

⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “pilar europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social”. Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Vol. 8 núm 2/2018. www.upo.es/revistas/index.php/lex:social/index

Finalmente, el preámbulo de la Directiva explica los motivos de política legislativa que llevan a la sustitución de la anterior Directiva 91/533. Nos dicen que desde la adopción de la Directiva 91/533/ los mercados laborales han experimentado profundas modificaciones y señala una esencial: la aparición de nuevas formas de empleo que determinan que las condiciones de empleo sean menos previsibles para el trabajador y por ello la Directiva va a crear **derechos mínimos nuevos en materia de seguridad del empleo y previsibilidad de las condiciones de trabajo**. No solamente se trata por tanto de ampliar los derechos informativos de los trabajadores, sino de crear nuevos derechos de otra índole.

Y aquí es donde aparece de forma clara la relevancia de la nueva Directiva, que no es una mera mejora de los derechos de información del trabajador contenidos en la Directiva 91/533, sino que esencialmente va a inaugurar un nuevo ámbito normativo mediante la creación de un nuevo derecho: el derecho a la seguridad en el empleo y la previsibilidad de las condiciones de trabajo.

Aunque no se manifieste expresamente, la previsibilidad es lo contrario de la flexibilidad empresarial. Lo que hace la UE es reconocer que la política de flexibilización de las condiciones de trabajo de las últimas décadas ha generado una situación socialmente insostenible y quizá el ejemplo máximo son los trabajadores a llamada, cuya disponibilidad para el empresario es casi absoluta y cuya capacidad para organizar su propia vida es prácticamente nula.

La Directiva deja claro que el derecho a la previsibilidad debe garantizarse a todos quienes tengan la condición de trabajadores con arreglo a la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de trabajador, a la cual se remite y ello con independencia del número de horas que trabajen, de manera que se debe aplicar también y muy especialmente a “los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluidos los que tienen contratos de cero horas y algunos contratos a demanda”, porque son estos precisamente los que “se encuentran en una situación especialmente vulnerable”. Y en el punto 8 del preámbulo se hace una enumeración muy significativa de trabajadores que deben quedar bajo el ámbito de protección de la Directiva: “los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices”. E incluso hace una expresa mención a los falsos autónomos (“el falso trabajo por cuenta propia”, dice), que deben entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva.

No solamente se emprende un rumbo contrario a la flexibilización de las condiciones de trabajo, sino que se condena una política legislativa común en las últimas décadas en los Estados miembros, la de reducir el acervo de derechos contractuales de los trabajadores “marginales”, con contratos de poca duración o jornada.

Una última anotación sobre el preámbulo de la Directiva que resulta llamativa. No solamente se refuerza la idea de que el concepto de trabajador es de alcance de Derecho de la Unión, sino que también se dan pautas en relación con el concepto de empresario y se dice expresamente que “varias personas físicas o jurídicas u otras entidades pueden asumir las funciones y responsabilidades del empleador”. Esa apertura expresa a la pluralidad de empleadores abre la puerta a reconsiderar la noción de grupo de empresas laboral y pensar en una posible definición común propia del Derecho de la UE.

III. ¿Un concepto de trabajador de alcance europeo?

A pesar de la declaración contenida en el preámbulo, que se remite expresamente a la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de trabajador⁸⁰, el artículo 1.2 no dice lo mismo:

«La presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.»

Por tanto, la jurisprudencia del TJUE solamente ha de “tomarse en consideración”, puesto que el concepto de trabajador ha de ser definido “por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro”. Se trata de un auténtico jarro de agua fría, pero habrá que esperar a los criterios que fije el TJUE. De acuerdo con su doctrina tradicional los conceptos jurídicos empleados por las normas del Derecho de la Unión tienen “alcance comunitario” (como se decía anteriormente) porque en otro caso los Estados

⁸⁰ Esa jurisprudencia se enumera expresamente: Sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284; de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaires Isère/Premier ministre y otros, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612; de 9 de julio de 2015, Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411; y de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH/Ruhrländklinik gGmbH, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

podrían eludir el cumplimiento de esas normas por la vía de redefinir los conceptos que determinan su ámbito de aplicación. De ahí que gran parte de las normas del Derecho de la UE comiencen con una definición de conceptos, algo que en la Directiva que aquí analizamos (artículo 2) es sintomáticamente breve.

El “alcance comunitario” del concepto de trabajador, que comenzó en el ámbito de la libre circulación, ha sido un instrumento básico de armonización y de extensión del ámbito de aplicación de la legislación. Gracias a ello se abrió la aplicación generalizada dentro del empleo público de las normas sociales de la UE (comenzando por las de seguridad y salud y después muchas otras, como las de trabajadores temporales o a tiempo parcial). Sería desde luego paradójico que la Directiva 2019/1152, al desarrollar el pilar social, representase una marcha atrás tan significativa. Por otra parte, la propia Directiva es contradictoria en ese punto, por ejemplo cuando dice que los Estados pueden excepcionar a los funcionarios públicos de la aplicación del capítulo III de la Directiva, lo que implica *sensu contrario* que por lo demás deben ser considerados trabajadores, aunque no lo sean conforme al Derecho interno y se les debe aplicar el resto de contenidos de la Directiva. De ahí que yo piense que la remisión a las legislaciones nacionales contenida en su artículo 1.2 va a ser muy rebajada en la práctica por la jurisprudencia futura del TJUE, pero esto habrá que verlo.

Y de la misma manera, pese a la declaración de propósitos contenida en el preámbulo, se permite finalmente excluir del ámbito de protección de la Directiva a las relaciones con jornadas muy reducidas, en concreto cuando “el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas”. Sin embargo, se hacen dos matizaciones de extrema importancia:

- a. El tiempo trabajado para todos los empleadores que formen parte de la misma empresa, **el mismo grupo** o la misma entidad, o pertenezcan a ellos, contará a efectos de la media de tres horas. Y con ello se eleva al ámbito del Derecho de la Unión el concepto de grupo de empresas laboral, de manera que para aplicar la excepción del ámbito de aplicación de la Directiva se puede hacer preciso determinar qué significa la palabra “grupo” que utiliza la misma.
- b. No se puede excluir una relación laboral en la que no se haya predeterminado una cantidad de trabajo remunerado garantizada antes de que empiece el empleo. Es decir, los conocidos como

“contratos a tiempo cero”, en los que el trabajador no tiene ninguna jornada prefijada, sino que trabaja a llamamiento y puede incluso no ser llamado durante un determinado periodo y no percibir por ello salario alguno. O sea que un trabajador con un contrato de cero horas, independientemente de las horas que sea llamado, queda protegido por la Directiva, mientras que aquél que tenga una jornada prefijada, pero no llegue a las tres horas semanales, queda excluido de esa protección. La diferencia está en la flexibilidad, esto es, que el tiempo de trabajo del excluido, inferior a tres horas semanales, sea “predeterminado y real”. Si existe posibilidad de ampliación (o incluso de reducción, a mi juicio), ya no se aplicaría la exclusión. Un contratado a tiempo parcial de menos de tres horas semanales que pueda ser llamado un número mayor o menor de horas por cualquier vía legal sí queda integrado en el ámbito de la Directiva.

Finalmente, la Directiva permite a los Estados no aplicar determinados preceptos de esta a los funcionarios públicos, los servicios públicos de urgencia, las fuerzas armadas, las autoridades policiales, los jueces, fiscales, investigadores u otras fuerzas o cuerpos de seguridad, a “las personas físicas pertenecientes a un hogar que actúen como empleadoras en los casos en que el trabajo se realice para el hogar en cuestión” y a la gente de mar y pescadores. Dado que la posibilidad de no aplicación es parcial, solamente se refiere a determinadas partes o preceptos de la Directiva, parece que todos estos colectivos quedan incluidos sensu contrario dentro del concepto de trabajador, sin que los Estados miembros puedan excluirlos, dado que ello implicaría excepcionar la aplicación a los mismos del conjunto de la Directiva y no solamente de las partes de esta que expresamente se enumeran.

IV. Un concepto de empresario problemático

Creo que merece la pena destacar la definición de estos conceptos básicos del Derecho del Trabajo, porque la aproximación de legislaciones que ello implica en la definición de lo que es la relación laboral y sus sujetos, aunque estuviera limitada a la aplicación de la Directiva, me parece indudable que tendrá un efecto expansivo notable para el conjunto del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Al lado de la tendencia que hemos visto hacia un concepto de trabajador único para toda la UE, la aplicación de la Directiva exige que haya también un concepto unitario de empresario. Ya hemos visto cómo al

delimitar la exclusión de los contratos de jornada efectiva y real inferior a tres horas semanales se usa el concepto de “grupo” con un alcance unitario para el Derecho de la UE. A su vez el artículo 1.5 contiene una prescripción llamativa:

«Los Estados miembros podrán determinar qué personas deben considerarse responsables de la ejecución de las obligaciones que establece la presente Directiva para los empleadores, siempre que todas estas obligaciones se cumplan. Los Estados miembros también podrán decidir que algunas de estas obligaciones, o todas ellas, se asignen a una persona física o jurídica que no sea parte de la relación laboral. El presente apartado se entenderá sin perjuicio de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.»

La lectura del precepto es concluyente. No está definiendo el concepto de empresario, sino que permite a los Estados miembros que trasladen a terceros distintos al empresario el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Directiva. Ese traslado es lícito siempre que “todas estas obligaciones se cumplan”, lo que permite aventurar que la Directiva permite trasladar la tarea, pero no la responsabilidad, porque el responsable en último extremo de su incumplimiento o de su cumplimiento defectuoso será el empresario. De hecho, aunque en relación con las obligaciones informativas, en especial en su aspecto documental, se puede trasladar a un tercero la gestión, es casi imposible pensar cómo un tercero distinto al empresario puede llegar a cumplir las obligaciones sobre previsibilidad, porque para ello hay que tener el control del proceso productivo y/o de las facultades de dirección laboral.

V. Los derechos informativos del trabajador sobre sus condiciones de trabajo (transparencia)

Como hemos anticipado, el contenido de derechos de la Directiva 2019/1152 puede dividirse en dos partes. Una primera (transparencia) se refiere a derechos informativos del trabajador sobre sus condiciones de trabajo y pactos contractuales. El contenido de esta parte es una evolución de la anterior Directiva 91/533/CEE que se deroga, existe una continuidad en la cual la nueva Directiva lo que hace es ampliar los derechos informativos a mayor número de trabajadores, un número más amplio de materias y con plazos y formas más estrictos. La segunda parte (previsibilidad) es novedosa y como también hemos anticipado supone iniciar una reversión del proceso de flexibilización laboral de las

últimas décadas. Es desde luego la más interesante para su estudio, pero previamente haremos algunas anotaciones sobre el contenido de la primera parte (transparencia).

El primer punto que me parece interesante destacar es la forma de proporcionar la información. Se sigue diciendo que debe hacerse por escrito, pero a la altura de 2019 el concepto “por escrito” ha cambiado respecto a 1991, porque en lo esencial existen dos formatos escritos: el escrito en papel y el escrito electrónico. En España existe un déficit normativo al respecto que habría que decidir cómo subsanar. El artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores (y otra serie de artículos y reglamentos en relación con determinadas modalidades contractuales) exige en ciertos supuestos que el contrato se celebre por escrito, pero nada aclara si eso significa que haya de hacerse en formato papel o es válido el formato electrónico. Lo mismo ocurre con otra serie de obligaciones documentales del empresario que se exige que se formalicen por escrito, desde la carta de despido, de sanción o de modificación sustancial de condiciones de trabajo hasta determinados derechos informativos de los representantes legales de los trabajadores. El artículo 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico dice que “siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico” y el artículo 24.2 dice que “en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”. Pero dicha Ley, de naturaleza mercantil, no es claramente aplicable a los contratos de trabajo. Ahora la Directiva 2019/1152 aclara que la información que en virtud de esta debe proporcionar el empresario al trabajador debe hacerse “en papel”, si bien permite que se haga en formato electrónico con tres condiciones:

- a. Que sea accesible al trabajador;
- b. Que se pueda almacenar e imprimir
- c. Que el empleador conserve la prueba de la transmisión o recepción en formato electrónico.

Se trata de una regulación sensata e interesante. Aunque su ámbito de aplicación está limitado estrictamente al cumplimiento de las obligaciones informativas previstas en la Directiva, el sistema tiene una evidente aplicación general para el cumplimiento de todo tipo de formalidades escritas en el ámbito laboral, por lo que sería interesante su adopción, unida a los sistemas de firma electrónica. Anotemos

que la aplicación de esos criterios, al exigir prueba de la recepción en formato electrónico, no permitiría tener por cumplidas las formalidades escritas mediante aplicaciones de correo o mensajería que no permitan generar prueba del envío y de la recepción.

Por lo demás las obligaciones informativas, aparte de ampliarse subjetivamente (en cuanto a los trabajadores a los que se debe proporcionar, puesto que desaparece la exclusión de las relaciones laborales de duración inferior a un mes) y objetivamente (se amplían las materias sobre las que debe proporcionarse información), se hacen más estrictas temporalmente, porque el plazo se reduce de dos meses a un mes y, en gran parte de los casos, a siete días naturales desde el inicio de la relación laboral.

La ampliación objetiva de la información resulta secundaria, aunque pueden enunciarse algunos elementos que antes no estaban y ahora sí están, como la identidad de las empresas usuarias (en el caso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal), la duración y las condiciones del período de prueba, el derecho a formación proporcionada por el empleador (si existe) o la identidad de las instituciones de Seguridad Social que reciben las cotizaciones sociales derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador. En este ámbito los dos cambios más importantes son los siguientes:

- a. Información sobre el salario. Antes se obligaba a informar sobre “la retribución de base inicial, los demás elementos constitutivos, así como la periodicidad de pago, a que tenga derecho el trabajador”, mientras que ahora la dicción literal es más amplia: “la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador”. Esto implica que, salvo que se abonen estrictamente los conceptos y cuantías previstos en el convenio colectivo (en cuyo caso basta con una remisión al mismo), el documento escrito debe identificar y cuantificar todos los componentes salariales y además de la periodicidad del pago debe fijarse el método para el pago.
- b. Información sobre la jornada. Anteriormente la información que debía proporcionarse se refería solamente a “la duración de la jornada o semana laboral normal del trabajador”. Ahora la información en esta materia se hace mucho más compleja y detallada, diferenciando entre patrones de trabajo previsibles e imprevisibles, según veremos después. Si el patrón de

trabajo es previsible la información se refiere a “la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno”. Pero si el patrón de trabajo es imprevisible la Directiva va más allá de lo meramente informativo y establece condiciones mínimas en materia de jornada. En ese caso deberá consignarse por escrito “el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas”, “las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje” y “el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación”. Ya veremos la relevancia de todo ello.

No entro aquí en el tema de la información que debe darse a los trabajadores expatriados, que se regula expresamente de manera separada, pero lo que finalmente sí quiero destacar en lo relativo a este ámbito informativo es que, como ya hacía la Directiva 91/533/CE, la obligación informativa no se agota en el momento de inicio del contrato, sino que se extiende a toda modificación ulterior del mismo que no derive de la estricta aplicación de un cambio normativo (legal o de convenio colectivo). Toda modificación que afecte a una de las materias sobre las que hay que dar información escrita inicial debe ser objeto de una nueva información escrita si se modifica ulteriormente, algo que **no depende de que el cambio sea sustancial**, por lo que la obligación informativa no se agota en los supuestos de los artículos 40 ó 41 de Estatuto de los Trabajadores. La Directiva anterior concedía para dar esta información el plazo de un mes, pero la nueva Directiva obliga a que la información se proporcione por escrito “lo antes posible y, a más tardar, el día en que el cambio surta efecto”. La cuestión que a partir de esta regulación habrá que determinar es si la omisión de dicha comunicación escrita afecta a la legalidad del cambio, a su eficacia (no puede exigirse antes de la entrega de la comunicación escrita) o solamente constituye una infracción administrativa sancionable. Esto lo tendrá que determinar la jurisprudencia, pero sí debo avisar que la Directiva establece dos límites a la acción del legislador o a la interpretación del órgano judicial:

- a. Siempre tiene que estar prevista una sanción que además sea “efectiva, proporcionada y disuasoria” (art 19).
- b. La omisión de la entrega de información escrita sobre la

modificación antes de su entrada en vigor determina que o bien el trabajador se pueda beneficiar “de las presunciones favorables definidas por el Estado miembro, que los empleadores tendrán la posibilidad de refutar” (mención que el Derecho nacional tendría que precisar) o que “el trabajador podrá presentar una reclamación ante una autoridad u organismo competente y recibir una reparación adecuada de manera oportuna y efectiva”. Por tanto, salvo que se regule un sistema de presunciones, la otra consecuencia obligada, además de la sanción, es el derecho individual del trabajador a una “reparación adecuada” (artículos 15 y 16).

Me parece evidente que la Directiva exige la reforma de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que regulan las modificaciones de las condiciones de trabajo, entendiendo como condiciones de trabajo las que identifica como tal la Directiva, lo que va más allá del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y desde luego no se agota en las modificaciones que la legislación española denomina sustanciales.

VI. Los requisitos mínimos aplicables a las condiciones de trabajo (previsibilidad)

En realidad, los artículos 8 a 14 de la Directiva no regulan solamente la previsibilidad de las condiciones de trabajo, sino que toman una serie de materias y establecen normas mínimas para los Derechos internos. Como veremos la previsibilidad se refiere a la jornada y a los contratos a demanda (artículos 10 y 11), que constituyen sin duda la principal novedad que introduce la Directiva, según veremos después.

Antes quiero anotar algunas normas nuevas relevantes que se introducen:

- a. Se fija un máximo de seis meses para la duración que el Estado puede establecer para los **periodos de prueba**, salvo excepciones justificadas por la naturaleza del empleo (como puede ocurrir en puestos directivos o de especial complejidad) o en beneficio del trabajador (¿debe considerarse así su uso como medida de fomento de empleo de trabajadores jóvenes o colectivos desfavorecidos?). Se dice también que el Estado puede regular que el periodo de prueba se suspenda por ausencias del trabajador, reanudándose posteriormente. E igualmente se dice que en el caso de que el contrato sea para

desempeñar la misma función y tareas que en un contrato anterior no podrá establecerse un periodo de prueba. Y para los contratos temporales se dice que “la duración del período de prueba sea proporcional a la duración prevista del contrato y a la naturaleza del trabajo”.

- b. Se regula lo que se llama el “empleo paralelo”, o sea el **pluriempleo** y se convierte en un derecho del trabajador, impidiendo a los Estados que prohíban a los trabajadores aceptar otros empleos “fuera del calendario establecido con el empleador” o que impongan como consecuencia un trato desfavorable. Esto resulta especialmente lógico en un contexto laboral en el que muchos trabajadores tienen trabajos precarios y a tiempo parcial y necesitan combinar los ingresos de varios para alcanzar un nivel de vida mínimamente suficiente. Las excepciones posibles previstas por la Directiva, en las que se admitiría la limitación del pluriempleo, son muy limitadas y deben estar basadas estrictamente “en causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses”. A mi juicio esto supone que gran parte de los contenidos del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores pasan a ser contrarios a la Directiva, salvo cuando claramente se justifique una causa objetiva que los ampare, de necesaria interpretación restrictiva. Lo mismo ocurre con la normativa sobre incompatibilidades en el sector público (Ley 53/1984): aunque el artículo 1.6 de la Directiva permite a los Estados no aplicar esta norma “a los funcionarios públicos, los servicios públicos de urgencia, las fuerzas armadas, las autoridades policiales, los jueces, fiscales, investigadores u otras fuerzas o cuerpos de seguridad”, exige para ello “razones objetivas”, que habrían de valorarse en cada caso, siendo el TJUE el árbitro supremo de la compatibilidad de la exención con la Directiva.
- c. Se regula el derecho a la “**transición a otra forma de empleo**”: Un trabajador con una antigüedad mínima de seis meses con el mismo empleador, que haya completado su período de prueba (si le era exigible), puede solicitar una forma de empleo con unas condiciones laborales que ofrezcan una previsibilidad y una seguridad mayores, si existe tal vacante. El empleador está obligado a dar una respuesta motivada por escrito en el plazo de un mes (plazo ampliable por el Estado hasta tres meses para las personas físicas que actúan como empleadores y las PYMES). La legislación interna del Estado puede limitar la frecuencia con

la que pueden presentarse ulteriores solicitudes y permitir a las PYMES contestar a las siguientes solicitudes de forma oral. No está claro si la respuesta motivada del empleador es revisable jurisdiccionalmente, configurando un auténtico derecho del trabajador al cambio de empleo o por el contrario el derecho se agota en recibir la respuesta. De nuevo el TJUE podrá ser interpelado al respecto.

- d. Se establece que cuando la legislación o los convenios colectivos requieran que el empleador proporcione formación a un trabajador para el desempeño de su trabajo, esa **formación** se proporcione gratuitamente y se compute como tiempo de trabajo, debiendo llevarse a cabo (“a ser posible”) durante el horario de trabajo.

Se trata, como vemos, de cuatro normas aisladas, que se han unido para configurar el contenido de la Directiva sobre condiciones de trabajo, sumadas a lo que a mi juicio constituye la regulación principal y la novedad más relevante de la misma, que es la regulación de la previsibilidad en sentido estricto.

VII. Sobre la previsibilidad

La Directiva claramente explica en su preámbulo una de sus motivaciones políticas cuando dice que “los cambios demográficos y la digitalización... han conducido a la creación de nuevas formas de empleo, que, a su vez, han fomentado la innovación, la creación de empleo y el crecimiento del mercado laboral”, pero que “algunas formas nuevas de empleo pueden divergir significativamente, por lo que respecta a su previsibilidad, de las relaciones laborales tradicionales, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables para los trabajadores afectados”, de manera que “a fin de enmarcar adecuadamente el desarrollo de nuevas formas de empleo, también deben otorgarse a los trabajadores de la Unión ciertos derechos mínimos nuevos destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales, a la vez que a lograr una convergencia creciente entre los distintos Estados miembros y a preservar la flexibilidad del mercado laboral”.

Lo cierto es que no ha sido la tecnología la que ha promovido el cambio hacia la flexibilidad, sino la organización industrial, cuyas necesidades han condicionado los desarrollos tecnológicos ulteriores. Una de las

características del toyotismo extendido a partir de los años setenta era el trabajo justo a tiempo, también conocido como MODF (“método de órdenes desde el final”)⁸¹. En lugar de producir para vender se trata esencialmente de producir lo ya vendido, aliviando al máximo los *stocks* de existencias y los almacenes de suministros y convirtiendo el capital circulante en capital financiero con el que los departamentos financieros de las empresas pueden obtener nuevos beneficios. Para garantizar plazos de entrega asumibles por el cliente es necesario un alto nivel de disponibilidad de todos los medios de producción (suministros, mano de obra), que puedan incorporarse a la tarea “a llamada” y con la mayor rapidez. De esa forma también se reduce el coste de la mano de obra, puesto que solamente se pagan las horas productivas, vinculadas a la producción de pedidos concretos. Las dificultades jurídicas y organizativas de estos tipos de contratación laboral se salvan acudiendo a subcontratas o directamente a la puesta a disposición de la mano de obra bajo pedido a través de empresas de trabajo temporal, pagando la hora efectiva de trabajo y haciendo previsible la rentabilidad de la inversión. Es sobre esta base organizativa que se construye la tecnología necesaria que hace posible organizar los pedidos e insertarlos en la cadena de órdenes productivas (en el caso más extremo a través del clic del comprador en el Marketplace o sitio web de la empresa), el llamamiento de los factores de producción cada vez con menor antelación (en el caso de la mano de obra a través de mensajería electrónica, gracias a los dispositivos móviles adquiridos por los propios trabajadores para su uso personal) y la gestión de los procesos documentales y financieros y los pagos necesarios (incluso de forma automatizada). En definitiva, cuando el consumidor en la web de la empresa hace una compra con un clic, ello desencadena un proceso de órdenes automatizado por el cual se hace el pedido de las materias primas y se convoca a los trabajadores a incorporarse a sus puestos. Ese sería el modelo extremo de producción a llamada, que vendría acompañada de un trabajo a llamada, cuya máxima expresión son los contratos a tiempo cero británicos, en los cuales el trabajador está en permanente situación de disponibilidad para incorporarse con una antelación lo menor posible al trabajo y solo cobrará las horas realmente trabajadas.

Las sucesivas reformas laborales en España han ido abriendo la vía para permitir este tipo de gestión de la mano de obra, desde la contratación temporal, las subcontratas y empresas de trabajo

⁸¹ Coriat, Benjamin: “El taller y el robot. Ensayos sobre el fordismo y la producción en masa en la era de la electrónica”. Siglo XXI Editores. Madrid, 1993.

temporal, el trabajo a tiempo parcial con horas suplementarias, el uso de expedientes de regulación de empleo de larga duración con la posibilidad de la empresa de realizar vinculaciones y desvinculaciones de un día para otro y también, cómo no, el trabajo fijo discontinuo, que se ha convertido en el centro de la polémica tras la reforma laboral realizada mediante el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, como escenario privilegiado del trabajo ultraflexible utilizado como forma de gestión en numerosos sectores productivos.

Lo que desapareció por el camino fue el derecho a tener un horario de trabajo fijo. El Real Decreto 2001/1983, que desarrollaba el Estatuto de los Trabajadores en materia de jornada, obligaba a que el calendario laboral que debe aprobar anualmente la empresa contuviese el horario de trabajo. Tras la reforma laboral de 1993/94, además de liberalizarse las modificaciones de condiciones de trabajo al suprimir la autorización administrativa previa en el artículo 41 ET, el nuevo desarrollo reglamentario en materia de jornada (Real Decreto 1561/1995) derogó la exigencia de que el calendario incluyese el horario de trabajo. Ante tal cambio el Tribunal Supremo interpretó que el calendario laboral ya no debía especificar los horarios de trabajo (sentencia de la Sala Cuarta de 18 de septiembre de 2000, rec. 4240/1999). La gestión laboral en numerosos sectores se asentó en el trabajo basado en horarios flexibles y llamamientos, concretándose los tiempos de trabajo cada vez con menor antelación, sin que la Administración prestase demasiada atención al asunto, cuando no lo fomentaba directamente en su propia gestión con el recurso a subcontratas y contrataciones temporales.

Durante este tiempo se han desarrollado varias batallas jurídicas alrededor de este problema, siendo la primera más significativa la relativa a la regulación de los contratos a tiempo parcial, con la exigencia de que en los mismos se especifique con mayor o menor precisión la jornada y el horario de trabajo, prohibición de horas extraordinarias, etc. La otra gran batalla, más reciente, fue la relativa al registro de la jornada, que, tras diversas vicisitudes judiciales que llegaron al TJUE y que no voy a enumerar aquí, terminó resuelta legislativamente por el Real Decreto-ley 8/2019, que obliga a la empresa a registrar el “horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”. El problema no se ha resuelto con tal instrumento, como era previsible, porque la dificultad es controlar por la Administración que se haga el registro, sin que esté claro cómo ha de hacerse su llevanza y sin que existan instrumentos eficaces para controlar que se ajusta al tiempo realmente trabajado. Pero en todo caso el registro no resuelve el problema de excesiva flexibilidad, porque lo único que garantizaría, de funcionar

correctamente, es que no se realizasen más horas de las legalmente permitidas y que se abonasen todas ellas. Sería perfectamente compatible con un sistema ultraflexible de trabajo a llamada y de hecho las empresas que mejor llevan el registro son las ETTS y subcontratas que gestionan este tipo de trabajo, porque necesitan llevar un control minucioso de las horas realizadas por sus trabajadores, no solamente para abonar a estos sus nóminas, sino para facturarlas al cliente.

En este contexto llega la Directiva 2019/1152 intentando establecer un mínimo de previsibilidad. ¿Cómo lo hace?

En primer lugar, regula tres conceptos en su artículo 2 (lógicamente son los tres únicos conceptos que se ocupa de definir la Directiva):

- a. **Calendario de trabajo:** el calendario que determina las horas y los días en los que empieza y termina la realización del trabajo;
- b. **Horas y días de referencia:** los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador;
- c. **Patrón de trabajo:** la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador.

Comencemos con la regulación del patrón de trabajo. La Directiva clasifica a los trabajadores en dos grupos, según su patrón de trabajo (esto es, **según la organización de su tiempo de trabajo**): trabajadores con patrón de trabajo previsible y trabajadores con patrón de trabajo imprevisible.

Esta regulación de la Directiva me produjo personalmente especial alegría, porque, desde finales de los años noventa, fijándome en el ejemplo de los billetes de las líneas aéreas, personalmente he defendido que había que establecer dos regulaciones diferentes basadas en la distinta flexibilidad de la jornada⁸². Al igual que un billete flexible en una línea aérea (que admite anulaciones, cambios, reembolsos, etc.) es mucho más caro que un billete no flexible (que no admite cambios y se pierde si no se utiliza), la idea es que la hora de trabajo del trabajador no flexible, que desarrolla su jornada todos los días con un horario prefijado y que es retribuido con independencia de la carga de trabajo que pueda

⁸² CRESPIÁN ECHEGOYEN, J.; GONZÁLEZ MARTÍN, A. y LÓPEZ PARADA, R.: "Empresas de Trabajo Temporal. Dossier Práctico". Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 1998. Y LÓPEZ PARADA, R.: "Las empresas de trabajo temporal y los sistemas de control de su actividad" en AA.VV.: "Empresas de Trabajo Temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal". Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Madrid, 2000.

tener cada día, debe ser sustancialmente más barata que la hora de trabajo del trabajador flexible, que permite a la empresa llamarle con urgencia y prescindir de sus servicios sin más trámites, acomodándose a sus necesidades productivas “*just in time*”. Lamentablemente, como veremos, la Directiva no sigue esa ruta, dejando fuera de su regulación el precio de la hora de trabajo, que sería el elemento central, limitándose a permitir el trabajo flexible expresamente, pero estableciendo una serie de limitaciones, lo que a mi parecer ofrece un nivel de garantía mucho menos eficaz y además va a crear impedimentos para la gestión empresarial.

Por otra parte, la Directiva no define los dos patrones de trabajo diferentes. De uno se dice simplemente que es “total o mayoritariamente previsible” y del otro que es “total o mayoritariamente imprevisible”. No existen criterios delimitativos claros de lo que ha de considerarse previsible o imprevisible, ni de lo que ha de considerarse “mayoritariamente”. Sin duda el legislador europeo confía en que esas definiciones las desarrolle el legislador nacional, lo que quizá sea demasiado optimista por su parte.

Lo cierto es que la diferente regulación de ambos tipos de trabajadores se proyecta en los dos momentos que interesan a la Directiva: el informativo (transparencia) y el de las condiciones de trabajo (previsibilidad).

Así, si estamos ante un patrón de trabajo previsible (total o mayoritariamente) la información que el empresario debe dar al trabajador es la siguiente:

- La duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno.

Observo que no se hace referencia aquí al calendario y a la predeterminación de los horarios de trabajo, lo que me genera serias dudas sobre el concepto de previsibilidad que se está manejando, puesto que parece referirse no a las horas en que se debe trabajar (horario, esto es, distribución de la jornada), sino solamente al número de horas que se han contratado y se van a pagar (jornada).

Por el contrario, si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador debe informar al trabajador sobre:

- El principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas;

- Las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje;
- El período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación de una tarea asignada.

Por tanto, la previsibilidad se refiere a la propia jornada, esto es, al número de horas que el trabajador va a trabajar y cobrar, puesto que depende del llamamiento que pueda hacer el empleador. Lo que implicaría que, si la indeterminación no afecta al número de horas, sino solamente al horario en que se van a prestar, sería aplicable la regulación del trabajo previsible. Seguiríamos por tanto en una situación semejante a la previa, en la que el trabajador sigue sin tener derecho a una previsibilidad de su horario y días de trabajo que permita organizar su vida personal y, también, el posible pluriempleo. Sin esa seguridad la posibilidad de un “empleo paralelo”, que la Directiva configura como un derecho del trabajador, es en gran parte ficticia.

Pasando al segundo momento regulatorio (condiciones de trabajo), la diferencia entre el trabajo previsible y el imprevisible se manifiesta exclusivamente en una serie de límites a la imprevisibilidad (artículo 10):

- Los Estados miembros deben garantizar que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes:
 - a. El trabajo tiene lugar en unas horas y unos **días de referencia predeterminados**, según la información escrita proporcionada al trabajador que hemos visto antes;
 - b. El empleador informa al trabajador de la tarea asignada con un preaviso razonable, establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales. El preaviso aplicable debe ser incluido en la información escrita proporcionada por el empleador al trabajador.

Por tanto, el calendario laboral limita los momentos temporales en que puede ser llamado el trabajador (previsión que no se aplica, paradójicamente, al trabajo previsible) y además el llamamiento tiene que respetar un preaviso.

Pero la única consecuencia del incumplimiento de estos dos criterios, conforme a la Directiva, es que el trabajador tiene derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables para el mismo.

Esta regulación se complementa con la relativa a la cancelación de una tarea asignada. La cancelación en principio no es posible, de manera que una vez asignada el trabajador tendría derecho al salario correspondiente, aunque la tarea no se lleve a cabo por causa que no le sea imputable (en definitiva, se aplicaría el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores). Pero los Estados miembros pueden permitir en su legislación que el empleador cancele una tarea asignada, en cuyo caso deben fijar el plazo de preaviso aplicable, de manera que si el preaviso de la cancelación no se respeta el trabajador tiene derecho a una indemnización, cuya cuantía no se fija por la Directiva, dejando su fijación a la legislación nacional o quizá a criterio judicial.

Se ha adoptado por tanto una regulación para el trabajo imprevisible insuficiente, que difícilmente va a remediar el deterioro de las condiciones de trabajo en Europa. En España, es cierto, obligará a desarrollar legalmente las limitaciones al llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos, como una de sus principales consecuencias.

¿Qué más consecuencias va a tener? A mí me resultan difícilmente previsibles (valga la redundancia), porque la regulación legal en España de la materia del tiempo de trabajo es tan caótica y absurda, tras todas las reformas laborales desde 1983 a 2021, que para aplicar razonablemente cualquier norma que afecte al tiempo de trabajo (incluida su retribución, el tiempo parcial, la cotización, las prestaciones sociales derivadas, con el cómputo del tiempo de carencia, etc.) sería preciso una reforma radical que ordenase sistemáticamente el conjunto. Hoy es imposible defender el derecho al horario, sin que se sepa qué es modificación sustancial y si cualquier cambio debe ser preavisado y con qué antelación. Los calendarios de turnos se fijan con antelaciones mínimas y se modifican sobre la marcha. Nadie es capaz de definir el concepto de horas extraordinarias y cuando se detecta alguna puede dejarse sin efecto por vía de la compensación en descanso en el plazo de los cuatro meses posteriores (¿posteriores a qué fecha?; ¿cuándo aparece la hora extraordinaria, cuando se trabaja fuera del horario o al final de año si se supera la jornada máxima?). La regulación de los trabajadores fijos discontinuos resultante de la reforma laboral de diciembre de 2021 es totalmente confusa y se presta al abuso y aun conversión en trabajo a llamada puro y duro y su ordenación depende de la negociación colectiva, lo que no induce al optimismo. La confusión sobre el cómputo de la parcialidad en los trabajadores a tiempo parcial (tanto a efectos laborales o retributivos como de Seguridad Social) es enorme. No se sabe cómo computar el trabajo en festivos, fines de semana y coordinarlo con las vacaciones, sin que tampoco se sepa cómo establecer la duración de las vacaciones y su

tiempo de disfrute. El tiempo de disponibilidad (guardias localizadas) fuera del centro de trabajo no tiene regulación ni límites, de manera que la vida del trabajador puede quedar condicionada a los llamamientos empresariales, incluso sin retribución. La tarea que tiene por delante el legislador que pretenda incorporar la Directiva de forma racional es hercúlea, porque primero tendría que ordenar la regulación del tiempo de trabajo, lo que no resulta nada fácil.

Pero la Directiva contiene algo más, que es un artículo 11 dedicado expresamente al trabajo a llamada con el siguiente texto:

«Medidas complementarias para los contratos a demanda

Si los Estados miembros autorizan el uso de contratos de trabajo a demanda o similares, adoptarán una o varias de las siguientes medidas para evitar prácticas abusivas:

- a) Limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares;
- b) Una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado;
- c) Otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas.

Los Estados miembros informarán a la Comisión acerca de dichas medidas.»

Se trata de “medidas complementarias”, es decir, el legislador europeo se da cuenta de que se encuentra ante un supuesto de patrón de trabajo imprevisible extremo y por tanto exige, además de lo ya establecido anteriormente, otras medidas adicionales.

Pero esas medidas no las establece la Directiva, que solamente ofrece ejemplos de medidas posibles para que sean los Estados miembros los que las desarrollen, solamente si su legislación contempla el trabajo a llamada. Y esto nos debe llevar a preguntarnos si nuestra legislación contempla el trabajo a llamada, en cuyo caso el legislador estaría obligado a actuar. A mi juicio, si llamamos a las cosas por su nombre, el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, desde la reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 32/2021, sí contempla el trabajo a llamada bajo la figura del trabajo fijo discontinuo, puesto que al lado del uso de ese tipo de contrato para “trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada”, que es el supuesto tradicional, admite su utilización para “el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación

intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”. O sea que se trata de trabajos “de prestación intermitente”, con “periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”. Si un trabajo es intermitente, pero existe certeza de que se va a repetir, aunque no se pueda saber exactamente cuándo, cumple las condiciones para ser cubierto mediante el recurso a la contratación fija discontinua, con lo cual se ampara un número sustancial de supuestos de trabajo a demanda o a llamada.

En este contexto lo que el legislador viene a hacer es mandar a los negociadores colectivos para que establezcan límites (supuestos de utilización, periodos mínimos de trabajo, tiempo de preaviso del llamamiento...), o sea para que den cumplimiento al artículo 11 de la Directiva 2019/1152 y sean ellos los que fijen los límites a los abusos. Ante lo cual cabe recordar lo dispuesto en el artículo 153.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

“Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2, o, en su caso, la aplicación de una decisión del Consejo adoptada de conformidad con el artículo 155. En tal caso se asegurará de que, a más tardar en la fecha en la que deba estar transpuesta o aplicada una directiva o una decisión, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias; el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha directiva o decisión”.

Es decir, los interlocutores colectivos deberían haber establecido medidas para limitar los abusos en el uso del trabajo fijo discontinuo antes del 1 de agosto de 2022. En todos aquellos sectores productivos en los que no lo hayan hecho, es el Estado español el que se ha constituido en incumplimiento de la Directiva, con las consecuencias correspondientes.

VIII. Las disposiciones horizontales

La Directiva termina con un conjunto de medidas de garantía para el trabajador que reclama sus derechos, tanto cuando reivindica sus derechos informativos como los relativos a las condiciones de trabajo. Aparte de establecer el derecho a una indemnización para una reparación adecuada y obligar a los Estados a regular sanciones

efectivas, proporcionadas y disuasorias, lo más característico es la protección contra las represalias (artículos 17 y 18), esencialmente contra el despido, estableciendo una inversión de la carga de la prueba ante el panorama indiciario (artículo 18.3). Esto me suscita dos comentarios.

El primero es que la regulación de la Directiva viene a extender la garantía de la indemnidad a toda reclamación del trabajador o exigencia de sus derechos, aunque se haga de forma interna dentro de la empresa y fuera de todo proceso judicial, o incluso sin tener el concepto de acto preparatorio de una acción judicial. Ahora bien, ello no significa que la consecuencia de la calificación del despido como represalia sea la nulidad, porque no implica necesariamente una vulneración de derechos fundamentales, que es la causa legal de la declaración de la nulidad, salvo que se asocie con el derecho fundamental del artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales y se extienda a la vulneración de los derechos fundamentales de la Carta la consecuencia de nulidad del despido en aplicación de los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley de la Jurisdicción Social⁸³.

El segundo es que se ha hecho una interpretación restrictiva del séptimo principio del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Ese principio obligaría a la UE a regular un conjunto de garantías frente al despido (“Antes de proceder a un despido, los trabajadores tienen derecho a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso. Tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada”), pero en la Directiva 2019/1152 esas garantías no se incluyen entre las condiciones de trabajo, como preveía el principio séptimo, sino entre las disposiciones horizontales, lo que quiere decir que no son autosuficientes ni se aplican a todo despido, sino solamente a aquellos despidos que puedan considerarse una represalia frente al trabajador que reclama sus derechos derivados de la Directiva, lo que constituye un recorte muy significativo del alcance de ese principio séptimo.

⁸³ En ese sentido sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Secc. 2ª, de 15 de diciembre de 2021, recurso 976/2021.

Incidencia de la reforma laboral de 2021 en la contratación temporal

MARIA DEL MAR MIRÓN HERNÁNDEZ

Magistrada adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

I. Las sucesivas reformas del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación y su impacto en el mercado de Trabajo

- Convivencia de la contratación laboral temporal con la contratación indefinida en la normativa laboral.
- Regulación de la contratación temporal en el Estatuto de los Trabajadores (1980). Principio de estabilidad en el empleo como pilar fundamental.
- Modificaciones en materia de contratación temporal: instauración de la temporalidad de la contratación y quiebra del principio de estabilidad en el empleo.
- Revisión del ordenamiento jurídico laboral y recuperación del principio de estabilidad en el empleo: elaboración de un nuevo Estatuto de las personas trabajadoras para el siglo XXI.

II. La reforma de la contratación temporal como eje central de las reformas introducidas en el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre

II.1. Contexto socio-político y económico en el que se elabora la reforma de la contratación temporal:

- Crisis sanitaria, económica y laboral generada por la pandemia.
- Exigencia por la Unión Europea de transformaciones en la legislación laboral para afrontar la crisis y avanzar hacia la recuperación económica como condición para acceder a la financiación europea (Fondos Next Generation).
- Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia El Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Componente 23 del Plan: “Nuevas políticas públicas para un mercado de Trabajo dinámico, resiliente e inclusivo” incluye las reformas a introducir y entre ellas la simplificación de los contratos (reforma 4) y la introducción de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización en el empleo (reforma 6).
- Ejes de la reforma de la contratación acordes a los compromisos políticos adquiridos con la Unión Europea:
 - Nueva formulación de las políticas activas de empleo dirigidas a la inserción laboral y a la formación, con especial atención al empleo juvenil.
 - Simplificación y reestructuración de la contratación laboral.
 - Necesidad de trasladar las decisiones especialmente relevantes en materia de contratación del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
 - Medidas dirigidas a garantizar la estabilidad en el empleo cuando se prestan servicios en actividades permanentes.
- Recuperación e intensificación del diálogo social entre gobierno, empresarios y sindicatos, que fructifica en el Acuerdo Tripartito suscrito el 23 de diciembre de 2021 entre CEOE-CEPYME-CCOO y UGT, que se materializó en el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre.
- Ausencia de consenso político, por motivos diversos, en las reformas que el RDL 32/2021 introduce.

II.2. Notas caracterizadoras y principal objetivo de la reforma introducida por el RDL 32/21

Implicación legislativa en materia socio laboral y claro cambio de rumbo en el modo de abordar las reformas legislativas.

Objetivos descritos en la extensa exposición de motivos del RDL 32/2021 de especial utilidad orientadora en torno a la finalidad de la norma y para la interpretación judicial de las modificaciones que introduce:

- Instauración de un marco contractual estable: reitera el carácter extraordinario de la contratación temporal y establece los supuestos cerrados que permiten suscribirla.
- Recupera el principio de estabilidad en el empleo como eje central.
- Identifica a la temporalidad injustificada y desempleo como principales causantes de la precariedad laboral, junto al establecimiento de condiciones laborales que dificultan una “ciudadanía plena en el trabajo” y que indiquen negativamente en la capacidad del sistema productivo.

II.3. Modificaciones de preceptos vinculados a la contratación introducidos en el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre:

II.3.1. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores

- Artículo 11 (contrato formativo).
- Artículo 12, apartado 2 (contrato a tiempo parcial)
- Artículo 15 (duración del contrato de trabajo).
- Artículo 16 (contrato fijo discontinuo).
- Artículo 84 apartado 2 d) (prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las materias que indica, entre ellas la adaptación de aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyan a los convenios de empresa).
- Artículo 86: vigencia del convenio.

Disposición Adicional Vigésima: relativa a contratos formativos celebrados con trabajadores con discapacidad:

- Bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del SEPE.
- Se mantiene la aplicación de las peculiaridades de contratación previstas en el art. 7 del RD 1368/85 de 17 de julio, reguladora de la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajen en centros especiales de empleo.
- Se introduce una Disposición Adicional Vigésimocuarta:
Compromiso de reducción de la tasa de temporalidad: establece la evaluación del impacto del RDL 32/2021 en la contratación en enero de 2015, con la previsión de proponer medidas adicionales si los datos evidencian que no se avanza en la reducción de la temporalidad.

Disposición Adicional vigesimoséptima: (Inaplicabilidad del art. 42.6 ET en contrata y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo regulados en el RD Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre).

II.3.2. Modificación de la Ley 14/1994 de 1 de junio por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal

Disposición final primera: Modifica el art. 10 apartado 3 y permite la celebración:

- Con contrato de trabajo (art. 15.2 ET) con la misma persona para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición con empresas usuarias diferentes-
- Contratos fijos discontinuos para contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de las empresas usuarias en los términos del art. 15 ET. Prevé que las referencias del art. 16 ET a la negociación colectiva se entiendan efectuadas a convenios colectivos sectoriales o de empresa de las ETT, que podrán fijar una garantía de empleo a las personas contratadas a través de tal modalidad.

II.3.3. Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción

Modifica su Disposición adicional tercera: Extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción.

II.3.4. Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

- Artículo 151: cotización adicional en contratos de duración determinada.
- Artículo 267.1: Nueva redacción e inclusión entre las situaciones legales de desempleo de la extinción por despido y extinción del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora (DA 3 Ley 32/2006) y para introducir las nuevas denominaciones de los contratos formativos y de duración de terminada.
- Disposición adicional cuadragésima tercera: cotización de los contratos formativos en alternancia.
- Disposición adicional cuadragésima quinta: Actuación de la Inspección de Trabajo en la vigilancia en el cumplimiento de los requisitos y obligaciones con relación a las exenciones de cotización.
- Disposición final sexta: Compromiso de regular en el marco de la reforma del nivel asistencia por desempleo la mejora de las condiciones de protección de los fijos discontinuos permitiendo el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones que las demás trabajadoras por cuenta ajena protegidas por la contingencia de desempleo.

II.3.5. Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

- Artículo 6, apartado 5: tipifica el incumplimiento del deber de información a los trabajadores a distancia, con contrato de duración determinada, temporales incluidos los formativos y fijos discontinuos sobre las vacantes existentes (arts. 12.4, 13.3, 15.7 y 16.7 ET).
- Artículo 7 apartado 2: Modifica el redactado respecto a la tipificación de la sanción por utilización de la contratación temporal en fraude de ley o con finalidades, supuestos y límites temporales distintos a los previstos legal, reglamentariamente o en la negociación colectiva, introduciendo la consideración de una infracción por cada persona trabajadora contratada.
- Artículo 18.2: modificación letra c) sobre tipificación de la infracción del art. 6.2 de la Ley 14/1994 de Empresas de Trabajo Temporal, formalizando contratos de puesta a disposición para supuestos distintos.

- Artículo 19.2 y art. 19 *bis* 1 y *bis* ter.: modificación letra b) sobre infracción del art. 6.2 LET añadiendo que se considerará una infracción por cada persona afectada.
- Artículo 40.1: Incorporación de una nueva letra *bis* c) para incrementar las sanciones previstas, en particular en materia de contratación, en cuantía mínima del grado mínimo de 1.000 euros a 10.000 euros en su grado y cuantía máxima.

II.3.6. Real Decreto Legislativo 3/2015 de 23 de octubre, Texto Refundido de la Ley de Empleo

Introducción de una nueva disposición adicional novena. Contratos vinculados a programas de activación de empleo:

- Permite a las administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro realizar contratos en el marco de los programas de activación para el empleo, de duración no superior a los doce meses.
- Permite contratar a personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación mediante el contrato de formación en alternancia.

II.3.7. Estatuto del Becario

- Disposición Adicional 2ª: Convocatoria en un plazo de 6 meses a los interlocutores sociales para abordar el Estatuto del Becario.

II.3.8. Régimen aplicable al personal del sector público

- Disposición adicional cuarta: Permite concertar contratos indefinidos y fijos discontinuos por administraciones y entidades del sector público, posibilitando la autorización por el Ministerio de Hacienda y Función Pública de tasas de reposición específicas sin perjuicio de la establecida en los Presupuestos Generales. Remite a la Ley 20/21 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el sector público, para suscribir contratos de sustitución para la cobertura temporal de un puesto de trabajo en proceso de selección, con sujeción a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.
- Disposición adicional quinta. Posibilita la contratación de duración determinada en estricta ejecución del Plan de Recuperación,

Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea por entidades que integran el sector público o resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal financiados por fondos de la UE, con sujeción los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

II.4. Régimen transitorio en materia de contratación

- Disposición transitoria 1ª: Contratos formativos vigentes: aplicable su regulación hasta la finalización de su duración máxima
- Disposición transitoria 2ª: Régimen Transitorio en materia de cotización a la seguridad social aplicable a determinados contratos formativos con remisión a la Ley de Presupuestos Generales de 2022.
- Régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada, con aplicación de la legislación por la que se concertaron:
 1. Celebrados antes del 31-12-2021 (Disposición Transitoria Tercera):
 - Obra y servicio y fijos de obra: hasta su duración máxima.
 - Obra y servicio vigentes celebrados por las Administraciones y Organismos Públicos vinculados a un proyecto específico de investigación de duración superior a 3 años: hasta su duración máxima, límite 3 años contados de esa fecha.
 - Eventuales e interinidad: hasta su duración máxima.
 2. Celebrados entre el 31-12-2021 y el 30-03-2022 (Disposición Transitoria cuarta):
 - Contratos para obra o servicio – eventuales: hasta su duración máxima no superior a 6 meses.
- Disposición Transitoria quinta: Régimen transitorio al encadenamiento de contratos:
 - Aplicación del art. 15.5 ET a los contratos suscritos desde la entrada en vigor del RDL.
 - Contratos suscritos con anterioridad al RDL: Aplicación del art. 15.5 considerando el último contrato vigente a los efectos del cómputo del número de contratos, período y plazos.

- Disposición transitoria sexta: Modificación art. 84 ET:
 - Aplicación del art. 84.2 ET a los convenios suscritos, registrados o publicados con anterioridad al RDL cuando pierdan vigencia expresa y como máximo en el plazo de un año desde el 30-03-2022.
 - Garantía de no absorción, compensación o eliminación de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que disfrutaran las personas trabajadoras ante las modificaciones del art. 84 ET.
 - Adaptación de las modificaciones del 84 ET en el plazo de 6 meses desde que resulten aplicables.
- Disposición transitoria novena: Irretroactividad de la aplicación de la reforma de la LISOS afectante a las sanciones por incumplimiento de la normativa de contratación.

II.5. Derogación normativa afectante a la contratación laboral

- Disposición derogatoria única:
 - Art. 12.3 ET: derogación de la presunción en favor del contrato indefinido concertado para realizar trabajos fijos y periódicos.
 - Disposición adicional decimoquinta ET apartados 1 y 2: relativos a los límites de duración del contrato por obra y servicio.
 - Disposición adicional vigesimoprimera: supresión de la reducción de cotizaciones a personas desempleadas contratadas interinamente para la sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares.
 - Todas las disposiciones referidas a contratos por obra y servicio (art 15 a) ET), con cita específica de la LO 6/2001 de 21 de diciembre de Universidades y Ley 14/2011 de la Ciencia, Tecnología y la Innovación.
 - Disposición adicional cuarta del RDL 16/2014 reguladora del programa de activación para el empleo.

III. La contratación temporal en el RDL 32/2021 de 28 de diciembre

El alcance de las reformas de la contratación temporal puede generar inseguridad jurídica a falta de una doctrina judicial que las interprete, ante las mayores exigencias de especificación y las conexiones entre las distintas modalidades, lo que hace difícilmente utilizable la doctrina judicial elaborada con relación al contrato eventual por circunstancias de la producción, acumulación de tareas o exceso de pedidos (SSTS 7-12-2011, rec. 935/2011).

Aplicación en la interpretación de sus preceptos de los criterios hermenéuticos tradicionales (art. 3 Código Civil), así como a la voluntad de los interlocutores sociales reflejada en el Acuerdo Tripartito de 22-12-2021, que se vierte en la regulación del RDL 32/2021, así como la que recoge su extensa y completa exposición de motivos.

Características del nuevo marco legal de la contratación:

1. Modificación del artículo 15 “Duración del contrato”:
 - Refleja en su punto 1 la presunción de que el contrato se concierta a tiempo indefinido, sustituyendo a la presunción contenida en el antiguo punto 3 que vinculaba la presunción a la concurrencia de fraude a la ley. Reintroduce la presunción de indefinición heredada por el Estatuto de los Trabajadores de 1980 que se mantuvo hasta la reforma laboral operada por Ley 11/94 de 19 de mayo.
2. Reducción de las modalidades contractuales temporales con voluntad de erradicar la temporalidad.
 - Elimina el contrato por obra y servicio determinado (art. 15.1 a) ET), considerado responsable, junto al contrato eventual del alto porcentaje de temporalidad y situada su utilización extensiva en el punto de mira de la jurisprudencia interna y comunitaria:
 - SSTS 29-12-2020, rcud. 240/2018 negó que las contrataciones pudieran constituir causa justificativa).
 - STJUE de 24-06-2021, Asunto C-550/19, que consideró que la concatenación de contratos de obra resultaba contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco
3. Limita la contratación de duración determinada a dos únicos supuestos: circunstancias de la producción o por sustitución de la persona trabajadora.

4. Exige la especificación tanto de la causa habilitante y las circunstancias concretas que justifican la contratación de duración determinada como su conexión con la duración prevista. Rigor formal que contrasta con el mantenimiento de la previsión del art. 8.2 sobre la no exigencia de forma escrita para los contratos de duración inferior a cuatro semanas, que permitiría que el contrato se concertara en forma verbal.
5. Estructura el contrato por circunstancias de la producción en dos modalidades o subtipos, que responden a una lógica distinta, aunque compartan reglas comunes, reduciendo la duración por la que pueden concertarse, manteniéndose ciertas convergencias entre ambas modalidades de difícil identificación.
6. Limitaciones al encadenamiento de contratos temporales (art 15.5 ET).
7. Sustituye el contrato fijo de obra establecido en el Convenio General de la Construcción por un contrato de naturaleza indefinida “adscrito a obra”, cuestionado por la doctrina, que suscita no pocas dudas, principalmente con relación a su adecuación al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada y a la regulación anterior del contrato por obra o servicio. El VI Convenio General de la Construcción ha procedido a su adaptación (art. 24 bis).
8. Reformula el contrato fijo discontinuo que reforma en profundidad, otorgando un importante protagonismo a la negociación colectiva, que permite cubrir necesidades puntuales no contempladas en la regulación de la contratación por circunstancias de la producción (art. 16 ET), lo que no eliminará las fricciones con éste, ya existentes en la anterior regulación respecto al contrato eventual.
9. Introducción de una modificación profunda en la regulación de los contratos formativos.
10. Endurecimiento de las sanciones y penalizaciones a la contratación.
11. La sanción frente al incumplimiento de las previsiones del art 15 ET, según dispone el art. 15.4 ET, como consecuencia automática, es la adquisición de la condición de fijeza (forma escrita-identificación de la causa- superación de la duración, falta de alta superado el período de prueba).
12. Vigente a partir del 30 de marzo de 2022.

III.1. Contrato temporal por circunstancias de la producción

Art. 15.2 ET: Identificación de las circunstancias de la producción como situaciones:

Imprevisibles de duración media:

“El incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere...”, siempre que no respondan a las actividades objeto de cobertura por los contratos fijos discontinuos.

Conceptualmente las oscilaciones son fenómenos que revelan el cambio en el movimiento de algo que se realiza en forma de vaivén, en principio por ello previsible, por lo que deben ir unidas a un incremento de la actividad, aún normal de la empresa, que no haya podido preverse y exigir que la necesidad sea puntual.

- Ejemplificativamente se cita como supuesto la realización de vacaciones –como podrían serlo los permisos o licencias–, pese a tratarse de una situación generalmente previsible, hasta ahora aceptada en el sector público, más cuestionada en el sector privado (SSTS 9-12-2013, rec. 101/2013). La mención va dirigida a contrarrestar la doctrina unificada del Alto Tribunal que exigía la individualización de los supuestos en que el disfrute de vacaciones, permisos o licencias hacían exigible la contratación eventual para atender los déficits de plantilla (STS 10-11-2020, rcud. 2323/2019), lo que no obsta a que puedan concertarse sucesivos contratos dentro del límite temporal máximo (6-12 meses).
- La exigencia de imprevisibilidad parece referirse a la imposibilidad de poder conocer el momento en que se producirá el incremento de actividad, esto es, que las circunstancias de la producción no hayan podido conocerse con antelación y, en caso de oscilaciones que sean delimitables, pues en otro caso si prolonguen o reiteren en el tiempo la modalidad sería de carácter fijo discontinuo.
- La concatenación de contratos eventuales suscritos con anterioridad a la vigencia de la norma hasta el 30 de marzo de 2020 y la nueva modalidad de contrato por circunstancias de

la producción: salvo supuestos excepcionales comportaría la conversión de la relación laboral en indefinida.

- Posibilidad, no contemplada en el art. 15 ET, que la negociación colectiva identifique las oscilaciones a las que se refiere el art. 15.2 ET, sin ampliar las posibilidades de contratación que ofrece la norma. No restringe el RDL la intervención de la negociación colectiva en la contratación de duración determinada, pero exigiría la justificación de los supuestos que contemple y la conexión con la duración del contrato.
- La referencia a “empleo estable disponible”, parece excluir al “empleo no estable” del que disponga la empresa, lo que casaría mal con la imprevisibilidad a la que se alude, debiendo interpretarse que se refiere a el personal de que disponga la empresa con independencia del vínculo que mantengan con la misma.
- Duración máxima de 6 meses, prorrogables los períodos inferiores por una sola vez hasta dicha duración, ampliable a un año por convenio sectorial. No se fija duración mínima ni periodos de referencia.
- Si decae la causa de temporalidad durante la vigencia del contrato se transformará en contrato indefinido.
- Presenta identidades con el anterior contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas y ausencia de pedidos y se ha considerado que sucede al mismo, ante la mención a su derogación expresa.

Previsibles de duración corta: “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada...”, independientemente de las personas trabajadoras necesarias para atender en cada caso las distintas situaciones, que deberán identificarse en el contrato

Al igual que en los supuestos imprevisibles de duración larga no se establece una duración mínima, ni la exigencia de forma escrita para contratos de duración inferior a cuatro semanas todavía prevista en el art. 8.2 ET, aunque dicha exigencia parece ineludible si se exige determinar y delimitar su duración, así como identificar a las personas que deban atender a aquellas situaciones ocasionales.

- Limitación a la utilización por las empresas por un máximo de 90 días en el año natural que no podrán utilizarse de forma

continuada, lo que limitaría la posibilidad de suscribirlos si se realizan superando el último trimestre del año, fechas en que frecuentemente se producen incrementos previsibles y puntuales en importantes sectores de la, salvo que producción –tanto en la industria, comercio, hostelería, con ocasión de puentes-navidades–, en cualquier caso que sean intermitentes, no se repitan en el tiempo y los períodos sea inciertos, pues en otro caso estaríamos ante una necesidad a cubrir por trabajador fijo discontinuo.

- La referencia a las personas trabajadoras necesarias para afrontar esas situaciones en cada uno de dichos días ha suscitado dudas si el plazo de 90 días es total o por trabajador. En mi opinión debería entenderse que es un plazo total del que dispone la empresa, en tanto no se hace referencia a centros de trabajo o unidades productivas autónomas, pudiendo cubrir tal necesidad con uno o varios trabajadores, sea mediante contrataciones directas o a través de empresas de trabajo temporal, pues de entenderse lo contrario se ampliarían en exceso las posibilidades de contratación temporal en contra del objetivo de reducción de la temporalidad del RDL.
- No prevista la duración de las interrupciones dentro del plazo de 90 días, ni si cómo operaría la distribución del tiempo de trabajo en contratos a tiempo parcial.
- Obligación de informar a la representación legal de los trabajadores en el último trimestre de cada año de la previsión de su utilización en el ejercicio siguiente, cuyo incumplimiento comportará la aplicación del art. 15.4 ET.
- Las necesidades a cubrir deben ser puntuales y conocidas (en rebajas, acontecimientos culturales-musicales-exposiciones museos...).
- La prohibición de utilizar la contratación por circunstancias de la producción en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, plantea la duda si se extiende tanto a los supuestos imprevisibles de media duración como los previsibles de duración corta. Entiendo que la referencia que dicha previsión se refiere a “este contrato”, cuando la única modalidad contractual el contrato por circunstancias de la producción, abarcando ambos supuestos, si bien parece reconocer el precepto que ello no obsta a que en el seno de la

contrata puedan producirse desajustes de plantilla o necesidades ocasionales e imprevisibles con las que pudiera acudir a aquella contratación (art. 15.2 último párrafo).

III.2. Contrato de duración determinada para la sustitución de personas trabajadoras (art. 15.3 ET)

- Sustituye al contrato de interinidad con escasas modificaciones.
- Mantiene su ámbito objetivo a los supuestos de sustitución de personas con reserva de puesto de trabajo, cobertura de vacante y reducción de jornada.
- Aunque ya lo preveía el RD. 2820/98 de 18 de diciembre para los supuestos de reducción de jornada por guarda legal, recoge expresamente la posibilidad de concertarlo para completar la jornada reducida, en supuestos previstos legal o convencionalmente –se entienden excluidos los contemplados en los arts. 47-47 *bis* ET–, sin hacer referencia expresa a que dicha reducción comporte una efectiva suspensión de contrato. Requerirá en todo caso identificar al sustituido y la causa de sustitución.
- La novedad más relevante, en casos de ausencias previsibles, es la posibilidad de coexistencia en plantilla de la persona trabajadora sustituida con la sustituta, si bien por el tiempo imprescindible para el adecuado desarrollo de las funciones y con el límite de 15 días.
- Se suprimen las bonificaciones previstas para la sustitución de excedencias por razones familiares (art 46.3 ET).
- Adquiere rango legal la interinidad por cobertura de vacante de una persona trabajadora con contrato fijo, que previó el RD 2720/1998 en su artículo 4.2, mediante un único contrato suscrito por un período máximo de tres meses, límite que se permite reducir por la negociación colectiva.
- La disposición adicional cuarta, apartado tercero, del Real Decreto Ley 32/2021, que remite a la regulación contenida en la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, permite considerar integrada la aplicación de la sustitución por cobertura de vacante en la Administración Pública.
- Los contratos suscritos lo serán a tiempo parcial de duración determinada (art. 12.2 ET).

III.3. Normas comunes

- Reforzamiento de las exigencias de forma en torno a la causa que habilita a la contratación, sus circunstancias concretas y la conexión con la duración del contrato.
- Sanción fijeza por incumplimiento de las previsiones del art. 15 ET y por incumplimiento de la obligación de alta en la Seguridad Social (art. 6.3 CC) transcurrido el período de prueba, desapareciendo excepción que contenía el antiguo 15.2 sobre la posibilidad de deducir la naturaleza temporal del trabajo (art. 15.4). Desaparece la mención a la presunción de indefinición de los contratos suscritos en fraude de ley (antiguo art. 15.3 ET – art. 6.4 CC), habiéndose planteado la eventual incidencia de ello en la calificación de los despidos. Entiendo que, pese a ello, no introduce el art. 15.4 ET una desvinculación con el fraude de derecho y abuso de derecho (arts. 6 y 7 CC), podrán seguir siendo valorables cuando concurren en la utilización de la contratación.
- Se mantiene la indemnización de 12 días por año tras la lícita extinción de los contratos por circunstancias de la producción, continuando excluido el contrato de sustitución, pese a las dudas generadas en torno a la adecuación de aquella previsión a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada.
- Se endurecen las limitaciones al encadenamiento de contratos temporales por circunstancias de la producción –no interinidad, pese a los problemas generados de aplicación de la Directiva 1999/70/CE–, reduciendo en seis meses los plazos de duración, tanto su duración, en relación tanto a la persona trabajadora (18 meses de contrato en período de 24, con o sin solución de continuidad, para el mismo o distinto puesto de trabajo en la empresa o grupo), como cuando hubiera ocupado un puesto que hubiera estado ocupado en el mismo período por aquellos contratos, incluidos contratos de puesta a disposición concertados con ETT por aquella causa.(art. 15.5 ET). Se sanciona con la adquisición de fijeza.
- Refuerzo del papel de la negociación colectiva en materia de contratación (planes de reducción de plantilla – relación entre volumen de contratación temporal y plantilla – conversión en contratos indefinidos – porcentajes de temporalidad – criterios de preferencia – acceso a la formación (art. 15.8 ET).

- Incremento de las cotizaciones de los contratos de duración determinada de duración inferior a 30 días con una cuota adicional: ($\times 3$ cuota resultante de aplicar la base mínima diaria grupo 8 (38,89 € en 2022) $\times 3 = 27,53$ euros a sumar a las que correspondan (excepto. REA – Empl. Hogar – Minería Carbón – RE artistas).
- Sanción de las infracciones en materia de contratación, incluidas las de ETT, con claro efecto disuasorio al multiplicarse por cada una de las personas afectadas, incrementándose en un 25 % la cuantía de la sanción por infracciones graves, cuya imposición podrá impugnarse por el cauce procesal del art.151 LRJS.

IV. Contratación temporal en la Administración Pública y empresas del sector público

IV.1. Notas caracterizadoras

- Regulación de la contratación en la administración: sometimiento al derecho administrativo.
- Art. 7, 8 2 c) y 11 EBEP.
- Art. 55 y DA 1ª EBEP.
- Art. 3.1 ET.

Ley 20/21 – RDL 14/2021 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

- Necesidad de acabar con la cultura de la temporalidad en el empleo público (superior al 30 %), como una de las apuestas del RDL 32/2021 de 28 de diciembre, siendo aplicables las medidas que contempla para eliminar la temporalidad tanto al sector público como privado.
- Aplicación al empleo público de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 2019, relativa al Acuerdo Marco CES-UNICE-CEEP sobre el trabajo de duración determinada.
- Posibilidad de aplicación de contratos indefinidos e indefinidos fijos discontinuos (DA 4ª RDL 32/21).
- Afectación de las bolsas de personal temporal (¿posible creación de bolsas de indefinidos- indefinidos fijos discontinuos que las sustituyan?).

- Vía de solución a la precarización del empleo público la posible integración en el ámbito de aplicación del ET, configurando una relación “especial” del personal laboral de la administración y sector públicos.

IV.2. Patología de la contratación laboral en la administración y en el sector público

- Generalización del contrato de interinidad por cobertura de vacante, que en su desarrollo reglamentario (art. 4.2 b) RD 2720/1998) no previó un límite de duración máximo, causada por la limitación de las tasas de reposición en las leyes presupuestarias. Introducción art. 70 EBEP: 3 años.
- Utilización por la administración de las distintas modalidades contractuales para hacer frente a los déficits de plantilla por ausencias generalizadas, incluidos contratos por circunstancias de la producción. Su validez se ha vinculado a la cobertura de necesidades coyunturales (STJUE Mascolo, Pérez López, Sánchez Ruiz – IMIDRA).
- Aplicación del contrato de interinidad por sustitución para la cobertura de ausencias prolongadas (ej. STJUE Diego Porras) sin indemnización. Posible corrección de apreciarse una duración contractual “inusualmente larga” (STJUE Montero Mateos). Reiteración de la necesidad de cobertura de ausencias de corta duración a través de contratación fija discontinua.

IV.3. Extinción de contratos en la administración pública y en el sector público

- La sanción de la práctica de contratación fraudulenta, la infracción de la regulación sobre contratación y el abuso de derecho es la declaración del carácter indefinido no fijo de la relación de la persona trabajadora con la administración, figura de creación jurisprudencial (STS Pleno de 20-01-1998, rec. 317/1997 y sucesivas) sustitutiva de la aplicación de la presunción de indefinición de la anterior redacción del art 15.3 ET.
- Integración del principio de estabilidad en el empleo el modelo europeo de relaciones laborales y mandato a los estados miembros contenido en la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo

de duración determinada, de adoptar medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5ª).

Impacto de la Jurisprudencia del TJUE (DA 15ª ET - jurisprudencia correctora TS):

- Declara no contrario a la Directiva que se excluya la declaración de indefinición del vínculo contractual en caso de abuso en la contratación.
 - Exigencia de la normativa nacional contemple otras medidas efectivas para evitar y sancionar dichas prácticas, tachando su inexistencia de contraria al derecho comunitario, pudiendo ser compensada con una indemnización
 - Exigencia de razones objetivas para el encadenamiento de contratos, no siendo tales las normas legales ni los objetivos presupuestarios.
- Pronunciamientos del TJUE en torno a la validez de los contratos de duración determinada en el sector público conforme a la Directiva (clausula 4ª – principio de no discriminación – clausula 5ª – evitar la utilización abusiva de la contratación de duración determinada.
 - STJUE 22-02-2020, C177/18: aprecia discriminación en la falta de indemnización por fin de contrato en caso de extinción de funcionario interino si se prevé para el personal laboral temporal (clausula 4ª).
 - SSTJUE 14-9-2016: Asunto C 16/15, y asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15: rechaza admitir la renovación de nombramientos de duración determinada para la cobertura permanente de funciones que desempeña el personal estatutario fijo (cláusula 5.ª) y se pronuncia sobre los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada estableciendo la necesidad de aplicar medidas efectivas disuasorias que garanticen la protección de los trabajadores sancionando el abuso
 - STJUE 19-03-2020, asuntos acumulados C-103/18 y 429/18 (cláusula 5ª directiva): declara que no es posible la sucesión de contratos de duración determinada, aunque exista causa, cuando no impiden su uso para cubrir necesidades de personal estables y permanentes, señalando que la valoración concreta de si las medidas nacionales son suficientemente disuasorias y cumplen con los principios de equivalencia y efectividad corresponde al

órgano judicial nacional y que la transformación de los empleados públicos en indefinidos no fijos no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5ª.

- STJUE 3-06-2021 (Asunto Imdra C-726/19) –Cláusula 5–
Declara opuesto a la directiva que se permita la renovación de sucesivos contratos de duración determinada y a la vez impida la adquisición de fijeza y el derecho a una indemnización, careciendo de medidas para sancionar la utilización abusiva.
- STJUE 11-02-2021 - C-760/18: aborda la contratación de duración determinada en el sector público en Grecia, considerando que un único contrato de duración determinada prorrogado se incluye en la cláusula quinta y reitera la obligación del estado de contar con medidas efectivas para evitar y sancionar la utilización abusiva con sucesivos contratos, sin imponer que la medida sea la conversión del contrato en indefinido.
- Criterios acuñados por el Tribunal Supremo:

Se ha abordado por la jurisprudencia la extinción de los contratos apreciándose la existencia de su licitud (art. 49.1 c) ET) o el fraude en la contratación de duración determinada (indemnización art. 56 ET) en supuestos de ilicitud de los contratos, inexistencia de causa de temporalidad que justifique acudir al empleo temporal (cobertura de necesidades estructurales – déficits de personal) o el uso abusivo de la contratación laboral por su excesiva duración.

- Extinción del contrato temporal acorde a derecho de trabajadora no reconocida como indefinida no fija: (SSTS 13-03-2019, rec. 3970/2016 –interinidad por sustitución, por reincorporación de titular– y 10-05-2019 (rec. 16/2018) –interinidad por vacante por cobertura reglamentaria de plaza–. Aplican la doctrina TJUE, Sentencias de 21.11.2018 (asunto 619/17, de Diego Porras) y de 5.6.2018 (asunto C677/16, Montero Mateos y C574/16, Grupo Norte).
- Extinción sin causa de contrato temporal suscrito en fraude a la ley (eventuales reiterados para cobertura de ausencias) STS 20-5-2022 (Rec. 3248/20) (Correos) declara la improcedencia del despido apreciando fraude a la ley, confirmando la STSJ Cataluña de 29-05-2020, que reitera, entre otras, la de 23-5-2022 (rec.742/2022), con computo de la antigüedad desde el inicio de la relación laboral.

- Contrato suscrito en fraude de ley para sustitución de ausencias de titular extinguido sin causa, resolviendo el Alto Tribunal que las sustituciones no cubren suspensiones con reserva de plaza sino ante una distribución de jornada regular, declarándose la improcedencia del despido (STS 30-10-2019, rec.1070/2017).
- Contrato con causa lícita que se declara en fraude a la ley extinguido por causa reglamentaria (cobertura de vacante) apreciándose su duración inusualmente larga, superior a 3 años. Reconoce la condición de indefinida no fija y la indemnización de 20 días por año del art. 53 ET al considerar la extinción ajustada a derecho (STS 8-6-2022, rec.3627/2020).
- Contratos temporales sucesivos en fraude de ley con declaración de fijeza en AENA al haber superado un proceso selectivo anterior sin plaza y estar en una bolsa de candidatos en reserva, declarando el despido improcedente (STS 16-11-2021, rec. 3245/2019). La STS 25-11-2021, rec. 2337/20 resolvió demanda en reconocimiento de derecho apreciando fraude de ley y declarando indefinida no fija a la trabajadora porque si bien superó un proceso de selección era para contratación temporal.

V. Notas sobre la contratación formativa

- Abandono del diseño vigente anclado en la perspectiva de la política de empleo, recuperando su vertiente formativa en garantía de formación de los trabajadores, para la inserción y reinserción laboral, integrándose en las políticas europeas de formación permanente y de fomento del empleo juvenil. Se pretende potenciar el empleo juvenil a través de la formación.
- Escaso peso de la contratación formativa en la contratación laboral (inferior al 1 %).
- Modifica el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores que regulaba el contrato en prácticas y de formación y aprendizaje e introduce dos contratos, de formación en alternancia con el trabajo y el de obtención de práctica profesional correspondiente al nivel de estudios.
- Se introducen cambios en la denominación:

V.1. Contrato de formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena (art. 11,2 ET)

- Similitudes con el anterior contrato para la formación-aprendizaje incluyendo como novedad a las personas que cursen estudios de nivel universitario y el requisito de inserción dentro de programas formativos y, en especial, sometido a la existencia de convenios entre los organismos formativos y las empresas.
- Su finalidad es potenciar el empleo juvenil a través de la formación, pero también la recualificación de trabajadores de mayor edad, por lo que se vincula su adquisición a las previsiones de la LO 3/2022, de Ordenación e Integración de la Formación Profesional (BOE 01.04.2022)
- Niveles de formación: formación universitaria y profesional y realización de trabajo remunerado, adquisición de certificados de formación con relación al Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo en los niveles básicos y de grado medio y en el ámbito universitario, sustituyendo el contrato para la formación dual universitaria.
- Requisitos:
 - Carencia de titulación profesional universitaria o práctica profesional previa, pero permite su celebración por otra titulación por la que no haya celebrado un contrato formativo anteriormente en el mismo nivel formativo o sector productivo.
 - No puede contratarse a trabajadores vinculados a la empresa por tiempo superior a 6 meses.
 - Se amplían límites de edad según el tipo de formación (30 años para la obtención de certificados de FP de grado básico y medio y programas específicos de formación en alternancia, no se fija límite en FP de grado superior y universitaria y se excepcionan las personas con discapacidad y de programas públicos de empleo (DA 9 Ley de Empleo).
 - Se exige conexión directa entre la actividad laboral desarrollada y la formación en el marco de los acuerdos suscritos entre las autoridades laborales, educativas o universitarias y las empresas
 - Exige la vinculación a planes formativos individuales elaborados los centros formativos, con participación de

las empresas y se han de nombrar dos tutores, uno por el centro de formación y otro por la empresa (en parte antes recogido en el RD 1529/2012) y solo puede celebrarse un contrato por cada ciclo formativo, salvo en distintas actividades para distintas empresas (límite de dos años).

- Se limita la duración a un mínimo de 3 meses, máximo dos años, pudiendo desarrollarse en forma discontinua para distintas empresas, siendo posible una prórroga que no supere los dos años.
- No cabe pactar período de prueba ni realizarse horas extraordinarias –salvo daños extraordinarios y urgentes– ni complementarias, trabajo nocturno o a turnos salvo que lo exija la formación.
- La jornada efectiva no puede superar el 65 % –antes 75 %– de la jornada, legal o pactada, el primer año y el 85 % el segundo año –convencional o legalmente fijada– y puede concertarse a tiempo parcial.
- Salario: fijado en convenio para el tipo de contrato y en su defecto mínimo del 60 % primer año y 75 % segundo año, no inferior al SMI en proporción a la jornada.

V.2. Contrato para la obtención de práctica profesional

- Asimilable al anterior contrato en prácticas, siendo su finalidad la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato, ampliándose los estudios que permiten concertarlo.
- Duración máxima 1 año, mínima 3 meses, con disponibilidad colectiva y prevalencia en su fijación de los convenios de ámbito estatal o autonómico sobre los sectoriales de ámbito inferior.
- Requisitos:
 - Titulación universitaria o de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado de profesionalidad o titulaciones asimiladas, obtenida en los tres años anteriores o cinco, en el caso de personas discapacitadas, reduciendo los anteriores períodos de 5 y 7 años.
 - No puede concertarse si se ha obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad, sea a través de becas o prácticas formativas, por

un tiempo superior a 3 meses, no pudiendo encadenarse con contratos de formación en alternancia de duración superior a tres meses, salvo los períodos comprendidos en el currículum exigido para la obtención de la titulación que permite la contratación.

- No puede concertarse a los vinculados a la misma empresa y puesto por tiempo superior al límite máximo de un año, aunque sea por distinta titulación, salvo posterior máster o doctorado.
- La empresa debe elaborar un plan formativo individual que especifique la práctica profesional a realizar y asignar un tutor con experiencia adecuada
- Cabe pactar un período de prueba de un máximo de 1 mes, con disponibilidad de la negociación colectiva.
- Se prohíbe realizar horas extras –salvo extraordinarias–.
- El salario es el fijado en convenio o el del grupo profesional asimilable, sin que pueda ser inferior al SMI ni a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia (60 y 75 %) en proporción a la jornada.

V.3. Normas de aplicación común

- Forma escrita que incluya el plan formativo individual, especifique el contenido de las prácticas o la formación, las tutorías y los acuerdos que permitan obtener los certificados de profesionalidad.
- Se reitera la posibilidad de que las empresas soliciten al servicio de empleo información sobre la existencia de previas contrataciones a fin de no exceder la duración máxima de estos contratos.
- Interrupción de la duración del contrato por incapacidad temporal y suspensión del contrato (filiación, riesgo durante la lactancia y el embarazo y violencia de género).
- Se permite suscribir ambos contratos a tiempo parcial (art. 12 ET).
- Imposibilidad de pactar nuevo período de prueba y cómputo del período de los contratos si se mantiene el vínculo a efectos de antigüedad.

- Presunción legal de indefinido por fraude a la ley, incumplimiento de las obligaciones de formación o superación de plazos máximos.
- Se limita la formación telemática al 50 por ciento (art. 3 Ley 10/2021).

Impacto de la normativa europea y de la jurisprudencia del TJUE en las recientes reformas laborales

EDUARDO ROJO TORRECILLA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Autónoma de Barcelona

I. Presentación

Agradezco muy sinceramente a la Asociación Catalana de Iuslaboralistas la invitación a participar como ponente en las XXXII Jornadas Catalanas de Derecho Social.

Desde las primeras Jornadas, celebradas en diciembre de 1988 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, he participado como asistente en casi todas ellas, y he tenido la oportunidad de intervenir como ponente, o bien como moderador de mesa de trabajo, en varias ocasiones.

Por ello, en el último año de mi actividad docente ordinaria en la Universidad, es un motivo de especial satisfacción que haya recibido, y gustosamente aceptado, la invitación a participar una vez más como ponente y en el marco de unas Jornadas nuevamente presenciales, después del paréntesis debido a consecuencia de la grave crisis sanitaria y social provocada por la Covid-19 y que llevó a la Junta Directiva de la ACI a realizar las Jornadas por vía virtual.

No es por casualidad que propusiera para mi intervención, y que la Junta Directiva lo aceptara, así como también la directora de las presentes Jornadas, la presidenta de la Sala Social del Tribunal Supremo, María Luisa Segoviano, la temática relativa al impacto, es decir la influencia jurídica, de la normativa comunitaria y su

interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la normativa y jurisprudencia laboral española.

Sirva como mero ejemplo, y recordatorio al mismo tiempo, del interés que el “espacio social europeo” me ha merecido desde los primeros años de incorporación a la vida académica, que con ocasión de la firma del convenio de colaboración entre la Universidad de Barcelona y la Comisión Obrera Nacional de Cataluña, en cuya suscripción tuvo un papel de primera importancia el profesor Francisco Pérez Amorós, dediqué el primer curso que impartí, en el año académico 1985-86 a la política social de la, entonces, Comunidad Económica Europea, iniciado poco después de la firma de adhesión de España el 12 de junio de 1985 y que se desarrolló durante buena parte antes de la entrada en vigor el 1 de enero de 1986.

No es ahora el momento, ya están las hemerotecas de libros y revistas especializadas, de recordar las publicaciones sobre la política social comunitaria que he ido elaborando desde entonces, a medidas que se iba consolidando, no sin muchos problemas derivados de la distinta concepción de las normas y políticas laborales por los gobiernos de los distintos Estados miembros, la política social europea.

Sí quiero añadir, no obstante, el interés que esta temática ha merecido también en mi blog desde su creación a finales de agosto de 2007, coincidiendo con mi incorporación a la unidad docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UAB. Baste ahora con citar unos pocos ejemplos recientes en los que presté especial atención a la misma, tanto en general como en su concreción normativa y jurisprudencial:

- “¿Hacia una nueva y reforzada política social europea? El Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/03/hacia-una-nueva-y-reforzada-politica.html>
- “Una visión global sobre la política social de la Unión Europea” <https://www.slideshare.net/erojotorrecilla/una-visin-global-sobre-la-politica-social-de-la-unin-europea>
- “UE. Política social europea. Interpretación de los arts. 154 y 155 TFUE. Freno al diálogo social europeo. Notas a la sentencia del TJUE de 2 de septiembre de 2021 (asunto C-928/19) y amplio recordatorio de la del Tribunal general de 24 de octubre de 2019” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/09/ue-politica-social-europea.html>
- “La preocupación por la política social y de empleo en los debates del Parlamento Europeo. Notas a la Resolución de 22 de

octubre de 2020” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/la-preocupacion-por-la-politica-social.html>

La ponencia que pongo a disposición de todas las personas participantes en las Jornadas, y por supuesto también de todas las que accedan a la página web de la ACI una vez que sea publicada en esta, no es de corte clásico, o doctrinal por utilizar una expresión técnicamente más correcta. No pretendo, reitero, realizar un estudio doctrinal sobre la importancia de la normativa y jurisprudencia europea, y, además, ya lo he dicho en anteriores ocasiones, hay muy relevantes publicaciones sobre la materia. Baste ahora citar el Manual de Derecho Social de la Unión Europea, dirigido por el profesor José Manuel Gómez Muñoz, la obra publicada en 2018 y dirigida por José María Miranda Boto, “El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones”, y por supuesto la obra “Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia”, dirigida por María Emilia Casas y Román Gil, y coordinada por Ignacio García- Perrote, Adriano Gómez y Antonio V. Sempere, cuya tercera edición aparecerá próximamente.

Aquello que he realizado es poner en relación diversos artículos de la Ley del Estatuto de los trabajadores (y algunas normas conexas), norma fundamental en el estudio de las relaciones de trabajo en España, con la normativa europea y jurisprudencia del TJUE, para conocer cuál ha sido el impacto, la influencia, que ambas han tenido sobre la reinterpretación, o adecuación, del precepto. No en vano, recuérdese, el art. 4 *bis* 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Jurisprudencia, y voy finalizando esta presentación, en la que los Juzgados de lo Social y las Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia españoles, sin dejar de lado obviamente alguna “incursión” especialmente relevante del Tribunal Supremo, han jugado un rol de primera importancia en los últimos años, y que seguirán teniendo dado que aún se encuentran pendientes ante el TJUE varias peticiones presentadas de decisiones prejudiciales, la mayor parte de ellas relativa al ajuste del ordenamiento interno en materia de contratación con la Directiva 1999/70/CE Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, como las tres presentadas por el TSJ de Madrid, de 27 de enero, 17 de febrero y 3 de marzo de 2002, y el Juzgado C-A núm. 17 de Barcelona de 17 de mayo.

La dinámica de la exposición que realizo a continuación es la siguiente:

- En primer lugar, se transcribe el artículo, o fragmento de este, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que se desea analizar.
- En segundo término, se menciona la normativa comunitaria que guarda relación con cada uno.
- A continuación, se referencian las sentencias que he considerado de mayor interés que guardan directa relación con cada precepto.
- Por último, se incluyen las citas de varias entradas del blog en el que se analizan de forma detallada muchas sentencias, y un auto, que son de relevancia para una mejor comprensión de la importancia que la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido, y sigue teniendo, sobre la normativa y la jurisprudencia española.
- Y como siempre, o casi siempre digo, al finalizar mis artículos, buena lectura.

II. Artículos

II.1. Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. Esta ley se aplicará a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.
2. A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto.

Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma.

Normativa

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 (obligada transposición a 1 de agosto de 2022).

Artículo 1.

Finalidad, objeto y ámbito de aplicación:

1. La finalidad de la presente Directiva es mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral.
2. La presente Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
3. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las obligaciones de la presente Directiva a los trabajadores que tengan una relación laboral en la que el tiempo de trabajo predeterminado y real sea igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas. El tiempo trabajado para todos los empleadores que formen parte de la misma empresa, el mismo grupo o la misma entidad, o pertenezcan a ellos, contará a efectos de la media de tres horas.

Auto del TJUE de 22 de abril de 2020 (asunto C-682/19).

La Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una persona vinculada a su presunto empleador en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios en el que se indica que es un empresario independiente sea calificada de «trabajador» en el sentido de dicha Directiva si tiene derecho a:

- recurrir a subcontratistas o a sustitutos para prestar el servicio al que se comprometió;

- aceptar o no los diferentes encargos ofrecidos por su presunto empleador o fijar unilateralmente un número máximo de tales encargos;
- prestar sus servicios a terceros, incluidos a competidores directos del presunto empleador, y a
- fijar su propio horario de “trabajo” dentro de ciertos parámetros, así como adaptar su tiempo a sus necesidades personales y no solo a los intereses del presunto empleador,
- de modo que, por un lado, la independencia de dicha persona no resulte ficticia y, por otro, no pueda afirmarse que existe una relación de subordinación entre la referida persona y su presunto empleador. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente proceder a la calificación, a efectos de la Directiva 2003/88, de la persona en cuestión, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes relativas a esta última y a la actividad que ejerce.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. 9 de diciembre de 2021.

Artículo 3.

Determinación correcta de la situación laboral:

1. Los Estados miembros dispondrán de procedimientos adecuados para verificar y garantizar la determinación correcta de la situación laboral de las personas que realizan trabajo en plataformas, con vistas a determinar la existencia de una relación laboral tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y garantizando que gozan de los derechos derivados del Derecho de la Unión aplicables a los trabajadores.
2. La determinación de la existencia de una relación laboral deberá guiarse principalmente por los hechos relacionados con la ejecución real del trabajo, teniendo en cuenta el uso de algoritmos en la organización del trabajo en plataformas, independientemente del modo en que se clasifique la relación en cualquier acuerdo contractual que puedan haber convenido las partes implicadas. Cuando la existencia de una relación laboral se establezca sobre la base de hechos, deberá identificarse claramente la parte que asume las obligaciones del empleador de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales.

Jurisprudencia

Sentencia de 31 de mayo de 1989 asunto C-344/87)

«La característica esencial de la relación laboral consiste en que una persona realiza durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Siempre que se trate del ejercicio de actividades reales y efectivas, ni la productividad más o menos alta ni la fuente de los recursos que permiten la retribución pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora.»

Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2019 (asunto C-93/18)

«El artículo 7, apartado 1, letra b), de 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, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, debe interpretarse en el sentido de que un ciudadano de la Unión menor de edad dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia aun cuando dichos recursos procedan de los ingresos obtenidos por el empleo ejercido de manera ilegal por su progenitor, nacional de un tercer Estado que no dispone de permiso de residencia y trabajo en dicho Estado miembro.»

Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto C-101/21)

«Los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a) y c), de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual una persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, en el sentido de dicha Directiva, y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva.»

Comentarios de jurisprudencia

- UE. Remunicipalización. Sobre el concepto de trabajador y de transmisión de centro de actividad. Notas a la sentencia del TJUE de 20 de julio de 2017 (asunto C-416/16).

- UE. Interpretación expansiva del mantenimiento de la condición de trabajador por cuenta propia y del derecho de residencia en un Estado miembro. Notas a la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-442/16).
- Nuevamente sobre los límites del concepto de trabajador. La exclusión de (muy) altos cargos. Una nota a la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019 (asunto C-603/17).
- Nueva, e importante, sentencia del TJUE en su supuesto de remunicipalización. Sobre el concepto de trabajador y sus derechos, y de transmisión de centro de actividad. Notas a la dictada el 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18).
- Limitación de edad para acceder a la presidencia de una organización sindical. Inclusión en la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Notas a la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2022 (asunto C-587/20).

II.2. Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial

1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial:
 - b) La del servicio del hogar familiar.
 - e) La de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

Normativa

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

Vid. Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

Vid. Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)

«El artículo 4, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.»

Comentarios de jurisprudencia

- (Des)protección por desempleo y discriminación por razón de sexo del personal al servicio del hogar familiar en (España). Notas a la importante sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20).
- Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente.
- Artistas y personal técnico y auxiliar. Y después del 4 llegó el 5, y esta vez sí es laboral. Notas al RDL 5/2022 de 22 de marzo y texto comparado con la normativa vigente.

II.3. Artículo 3. Fuentes de la relación laboral

1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:
 - a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
 - b) Por los convenios colectivos.
 - c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

Normativa

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea Constitución Española (arts. 10 y 93 a 96)

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 4 bis. 1 “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”).

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2022 (asunto C-205/20)

«El artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), en la medida en que exige que las sanciones que contempla sean proporcionadas, está dotado de efecto directo y puede por tanto ser invocado por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales frente a un Estado miembro que lo haya transpuesto incorrectamente.

El principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que impone a las autoridades nacionales la obligación de dejar inaplicada una normativa nacional que en parte contraviene la exigencia de proporcionalidad de las sanciones establecida en el artículo 20 de la Directiva 2014/67 únicamente en cuanto sea necesario para permitir la imposición de sanciones proporcionadas.»

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2022 (RCUD 3379/2021)

«[...] La más reciente STJUE de 17 de marzo de 2021 (C-585/19) (texto rectificado mediante auto de 15 de abril de 2021) reitera esta doctrina: «según reiterada jurisprudencia, la interpretación que el Tribunal de Justicia efectúa, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18, apartado 60 y jurisprudencia citada).

[...] Por otra parte, además de la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que impone el art. 4. bis, 1 LOPJ, ha de ponerse de relieve que las autoridades judiciales nacionales no son en modo alguno ajenas a ese deber que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, lo que supone para los órganos jurisdiccionales la adopción de una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, la obligación de incorporar esa finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del art. 3.1º del Código Civil.»

Comentario de jurisprudencia

UE. Sobre la primacía del Derecho de la Unión y el efecto directo de las normas. Notas a la sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2022 (asunto C-205/20).

II.4. Artículo 4. Derechos Laborales

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Normativa

Directiva 2000/78/CE del Consejo, 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de

oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Vid. Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.

1. Se reconoce 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. Nadie podrá ser discriminado 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.
3. La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública.

Vid. Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de esta ley, se entiende por:

- a) Discriminación directa: situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
- b) Discriminación indirecta: los supuestos en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros puede ocasionar una desventaja particular a personas por razón de su orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

- c) Discriminación múltiple e interseccional: se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada, cumulativamente, por su orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales, y por otra causa o causas de discriminación, tales como la edad, el sexo, el origen racial o étnico, la nacionalidad, la religión, la discapacidad, la enfermedad, el estado serológico, la lengua, la clase social, la migración, la situación administrativa o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Cuando las causas descritas en este apartado concluyen no solo cumulativa, sino simultáneamente, se genera la discriminación interseccional, como forma específica de discriminación.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15)

«La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.
- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.
- Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.»

Sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021 (asunto C-30/19)

«Los artículos 7 y 15 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, en relación

con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que impide a un órgano jurisdiccional que conozca de un recurso de indemnización basado en una alegación de discriminación prohibida por dicha Directiva examinar la pretensión de que se declare la existencia de tal discriminación, cuando el demandado acepta abonar la indemnización reclamada sin reconocer no obstante la existencia de esa discriminación. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio entre particulares, garantizar en el marco de sus competencias la protección jurídica que para los justiciables se deriva del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dejando inaplicada, de ser necesario, cualquier disposición contraria de la normativa nacional.»

Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 (C-624/19)

«El artículo 157 TFUE debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo en litigios entre particulares en los que se invoca la vulneración del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un «trabajo de igual valor», al que se refiere ese artículo.»

Sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20)

«El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad» a efectos de dicha disposición implica que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario.»

Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16)

«El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar.»

Sentencia del TJUE de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20)

«El artículo 4, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.»

Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2022 (asunto C-587/20)

«El artículo 3, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que un límite de edad establecido en los estatutos de una organización de trabajadores para poder optar al cargo de presidente de esa organización está incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.»

Comentarios de jurisprudencia

- ¿Es, o puede ser, la obesidad, una discapacidad que provoque discriminación en el trabajo? Sí en determinadas condiciones. Notas a la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014 (Asunto C-354/13).
- Discriminación directa por razón de sexo. Juezas con derecho a solicitar permiso por nacimiento de hijo y jueces que lo tienen limitado por la situación profesional de su esposa (en Grecia). Vulneración de la normativa comunitaria. Una nota a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015 (Asunto C-222/14).
- Nuevamente sobre posible discriminación por discapacidad. Accidente laboral e incapacidad temporal “de duración incierta”. Notas a la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15).
- Funcionaria interina y acceso a la condición de diputada autonómica. Principio de no discriminación en las condiciones de trabajo con respecto a los funcionarios de carrera. Notas a la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-158/16).

- UE. Acceso al empleo. Prohibición de discriminación por razón de orientación sexual y límites a la libertad de expresión. Notas a la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2020 (asunto C-507/18)
- Permiso adicional, y posterior, al legalmente previsto por parto, regulado en convenio colectivo. ¿Es conforme a la normativa comunitaria que se atribuya sólo a las mujeres, por “las particulares relaciones que mantiene con su hijo/a durante el período posterior al parto”? Notas a la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2020 (asunto C-463/19).
- Discriminación por origen racial o étnico. El pago de una indemnización no es suficiente para reparar el perjuicio causado. Notas a la sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021 (asunto C-30/19).
- Igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo. Efecto directo del art. 157 del TFUE en litigios entre particulares. Una nota a la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 (C-624/19).
- UE. Nuevamente sobre la protección de la libertad religiosa y los límites a su restricción por parte empresarial. Notas a la sentencia del TJUE de 15 de julio de 2021 (asuntos C- 804/18 y C-341/19).
- El TJUE refuerza la importancia de los ajustes razonables para el empleo de las personas con discapacidad, aunque no se trate del mismo puesto de trabajo. Notas a la sentencia de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20), y datos sobre el empleo de las personas con discapacidad en España.
- Sobre discapacidad, enfermedad y absentismo. El juez nacional, sólo ante el peligro (perdón, ante el caso). A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16)
- El TJUE permite el reconocimiento del derecho a percibir dos pensiones por incapacidad permanente total en el mismo régimen legal de Seguridad Social si se aprecia discriminación indirecta. Notas a la sentencia de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20), y un breve apunte a la dictada en C-192/21.
- Profesorado universitario a tiempo parcial. Bélgica. Posible discriminación en el acceso a la estabilidad laboral. Notas a la sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto C- 265/20).
- UE. Prestaciones familiares. Discriminación en caso de ajuste según el nivel de precios del Estado de residencia de los hijos. Notas a la sentencia del TJUE de 16 de junio de 2022 (asunto

C-328/20).

- Libre circulación de trabajadores. Ámbito sanitario de Castilla y León. Notas a la sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022 (asunto C-86/21).
- *Vid.* Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral.
- *Vid.* La normativa laboral y de protección social en el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Una nota descriptiva.

II.5. Artículo 8. Forma del contrato

El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.

Normativa

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.

Artículo 4

Obligación de proporcionar información

1. Los Estados miembros velarán por que se exija a los empleadores informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral.
 - a) La información a que se hace referencia en el apartado 1 incluirá, al menos, los siguientes elementos:
 - b) la identidad de las partes de la relación laboral;
 - c) el lugar de trabajo; a falta de lugar de trabajo fijo o principal, el principio de que el trabajador está empleado en diferentes lugares o puede determinar libremente su lugar de trabajo, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empleador;
 - d) cualquiera de los siguientes:

- i) el cargo, el grado y la naturaleza o categoría del trabajo para el que se ha empleado al trabajador, o
- ii) una breve caracterización o descripción del trabajo;
- e) la fecha de comienzo de la relación laboral;
- f) en caso de que se trate de una relación laboral de duración determinada: la fecha de finalización o la duración prevista de dicha relación laboral;
- g) en el caso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, la identidad de las empresas usuarias, si se conoce y tan pronto como se conozca;
- h) en su caso, la duración y las condiciones del período de prueba;
- i) de haberlo, el derecho a formación proporcionada por el empleador;
- j) la cantidad de vacaciones remuneradas a las que el trabajador tenga derecho o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y de determinación de dichas vacaciones;
- k) 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;
- l) la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador;
- m) si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible, la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno;
- n) si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre:
 - i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas,
 - ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje,

- iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3;
 - o) todo convenio colectivo que regule las condiciones laborales del trabajador o, si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por instituciones u órganos paritarios especiales, el nombre de la institución o el órgano paritario competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios;
 - p) cuando sea responsabilidad del empleador, la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador.
2. La información contemplada en el apartado 2, letras g) a l) y o), podrá ofrecerse, en su caso, en forma de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen dichas materias.

Directiva del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (derogada a partir del 1 de agosto de 2022).

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 1997 (asunto 253/96).

«La comunicación a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, en tanto que informa al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral y, en particular, sobre los elementos contemplados en la letra c) del apartado 2 del artículo 2, lleva aparejada una presunción de veracidad comparable a la que, en el ordenamiento jurídico interno, se atribuiría a un documento de este tipo emitido por el empresario y comunicado al trabajador. No obstante, deberá permitirse al empresario que aporte cualquier prueba en contrario y que demuestre, bien que los datos contenidos en la comunicación son falsos en sí mismos, bien que han resultado desmentidos por los hechos.»

Comentarios de jurisprudencia

Remisión al artículo 1.

II.6. Artículo 12. Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo

1. El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

Normativa

Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

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.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15)

«El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978... debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa.»

Comentario de jurisprudencia

- Mayor protección por desempleo para quienes trabajan a tiempo parcial. Discriminación (por razón de sexo) de los trabajadores *part-time* vertical. Notas a la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15).

II.7. Artículo 15. Duración del contrato de trabajo

1. El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista.

4. Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas.

También adquirirán la condición de fijas las personas trabajadoras temporales que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba.

Vid. VI Convenio colectivo General del sector de la construcción. Incorporación del contrato indefinido adscrito a obra.

Normativa

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2014 (Asunto C- 190/13).

«La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, concluido el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite a las universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sin límite alguno en lo que atañe a la duración máxima y al número de prórrogas de dichos contratos, desde el momento en que tales contratos están justificados por una razón objetiva, en el sentido del apartado 1, letra a), de dicha cláusula, extremo que incumbe comprobar al Juzgado remitente. No obstante, incumbe también a dicho Juzgado comprobar concretamente que, en el litigio principal, la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada

en cuestión trataba realmente de atender necesidades provisionales, y que una normativa como la controvertida en el litigio principal no se haya utilizado, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente.»

Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15).

- «1) La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que:
- la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considera justificada por «razones objetivas», en el sentido de dicha cláusula, debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables;
 - no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.
- 2) La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior, siempre que esta norma no menoscabe el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, lo que incumbe comprobar al juzgado remitente.
- 3) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es manifiestamente incompetente para responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n.º 4 de Madrid».

Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y C-197/15)

«La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo

a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.»

Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14)

«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.»

Sentencias del TJUE de 5 de junio de 2018 (asuntos C-677/16 y 574/16)

«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede.»

Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17)

«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición.

En el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida, como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el que se celebraron, constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de

la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.»

Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18)

«La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros o los interlocutores sociales no pueden excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de dicha disposición, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo.

La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales en virtud de las cuales la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada se considera justificada por «razones objetivas», con arreglo al apartado 1, letra a), de dicha cláusula, por el mero motivo de que tal renovación responde a las causas de nombramiento previstas en esa normativa, es decir, razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, en la medida en que dicha normativa y jurisprudencia nacionales no impiden al empleador de

que se trate dar respuesta, en la práctica, mediante esas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal.

La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en «indefinidos no fijos» y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición.

Las cláusulas 2, 3, apartado 1, y 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, deben interpretarse en el sentido de que, en caso de utilización abusiva por parte de un empleador público de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, el hecho de que el empleado público de que se trate haya consentido el establecimiento o la renovación de dichas relaciones no priva, desde ese punto de vista, de carácter abusivo al comportamiento del empleador de modo que dicho Acuerdo Marco no sea aplicable a la situación de ese empleado público.

El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no obliga a un tribunal nacional que conoce de un litigio entre un empleado público y su empleador a abstenerse de aplicar una normativa nacional que no es conforme con la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70.»

Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19)

«La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En

efecto, esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada.

La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.»

Sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19).

«La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, de conformidad con el conjunto de normas del Derecho nacional aplicables, si la limitación a tres años consecutivos, salvo que concurren determinadas condiciones, del empleo de los trabajadores de duración determinada ocupados con contratos «fijos de obra» por una misma empresa en distintos centros de trabajo dentro de la misma provincia y la concesión a estos trabajadores de una indemnización por cese –en el caso de que dicho órgano jurisdiccional constate que efectivamente se adoptan estas medidas con respecto a dichos trabajadores– constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada o «medidas legales equivalentes», en el sentido de la referida cláusula 5, apartado 1. En cualquier caso, tal normativa nacional no puede ser aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trata de un modo tal que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» se considere justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables.

El artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa

nacional conforme a la cual, cuando se produce una subrogación de personal en el marco de contratos públicos, los derechos y obligaciones del trabajador subrogado que la empresa entrante está obligada a respetar se limitan exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por ese trabajador con la empresa saliente, siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocarlo en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.»

Sentencia del TJUE de 8 de abril de 2022 (asunto C-658/18)

«El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, y la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que no establece para el juez de paz el derecho a disfrutar ni de treinta días de vacaciones anuales retribuidas ni de un régimen de prestaciones sociales y pensiones dependientes de la relación laboral como el establecido para los jueces de carrera, siempre que el juez de paz esté comprendido en el concepto de «trabajador a tiempo parcial» en el sentido del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial o de «trabajador de duración determinada» en el sentido del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada y se encuentre en una situación comparable a la de un juez de carrera.

La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional conforme a la cual una relación laboral de duración determinada puede ser objeto de un máximo de tres renovaciones sucesivas, de cuatro años cada una, por un período total que no exceda de dieciséis años, sin que se establezca la posibilidad de sancionar de manera efectiva y disuasoria la renovación abusiva de relaciones laborales.»

Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-232/20)

«El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «de manera temporal», recogida en dicha disposición, no se opone a la cesión de un trabajador que tenga un contrato de trabajo

o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria para cubrir un puesto que tenga carácter permanente y que no sea ocupado para realizar una sustitución.

Los artículos 1, apartado 1, y 5, apartado 5, de la Directiva 2008/104 deben interpretarse en el sentido de que constituye un uso abusivo de la posibilidad de llevar a cabo cesiones sucesivas de un trabajador de una empresa de trabajo temporal la renovación de tales cesiones para un mismo puesto en una empresa usuaria durante 55 meses, en el supuesto de que las sucesivas misiones del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria den lugar a un período de actividad en esta empresa más largo que el que cabe calificar razonablemente de «temporal», a la vista de todas las circunstancias pertinentes, que incluyen, entre otras, las particularidades del sector, y en el contexto del marco normativo nacional, sin que se facilite ninguna explicación objetiva sobre el hecho de que la empresa usuaria de que se trate recurra a una serie de contratos de trabajo sucesivos a través de una empresa de trabajo temporal, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

La Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que fija un período máximo de puesta a disposición del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria cuando dicha normativa excluya, mediante una disposición transitoria, a efectos del cálculo de ese período, el cómputo de los períodos anteriores a la entrada en vigor de esa normativa, privando al órgano jurisdiccional nacional de la posibilidad de tener en cuenta la duración real de la puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a efectos de determinar si dicha puesta a disposición tuvo carácter «temporal», en el sentido de la citada Directiva, extremo que corresponde determinar a dicho órgano jurisdiccional. Un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio exclusivamente entre particulares no está obligado, basándose únicamente en el Derecho de la Unión, a abstenerse de aplicar tal disposición transitoria contraria al Derecho de la Unión.

El artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que, a falta de una disposición de Derecho nacional que sancione el incumplimiento de esa Directiva por las empresas de trabajo temporal o por las empresas usuarias, el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal no puede deducir del Derecho de la Unión un derecho subjetivo al establecimiento de una relación laboral con la empresa usuaria.

La Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a los interlocutores sociales establecer excepciones, al nivel del sector de las empresas usuarias, al período máximo de puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal fijado por dicha normativa.»

Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022 (asunto C-426/20)

»El artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual la compensación a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, en caso de extinción de su relación laboral con una empresa usuaria, en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente, es inferior a la compensación a la que esos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo concepto, si hubiesen sido contratados directamente por esa empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo.»

Comentarios de jurisprudencia

- Régimen contractual de un profesor asociado en la Universidad. Sobre la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2014 (asunto C- 190/13).
- Nombramiento de personal estatutario temporal eventual en el ámbito sanitario público. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15).
- ¿Nombramientos indefinidos no fijos? Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y C-197/15)
- Sentencias Lucía Montero Mateos y Grupo Norte Facility. ¿Punto final a la doctrina Ana de Diego Porras, o segunda parte (como en las series) con nuevos capítulos? A propósito de las sentencias de 5 de junio de 2018 (asuntos C-677/16 y 574/16).
- Interinos y demás temporales. Nunca segundas partes (=sentencias) fueron buenas ¿o quizás sí en algunos casos? Notas a la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17) y amplio recordatorio de la cuestión prejudicial planteada por el auto del TS de 25 de octubre de 2017.
- Inexistencia de derecho del funcionario interino a percibir indemnización cuando se extinga la relación de servicio. Notas a la sentencia del TJUE de 22 de enero de 2020 (asunto C- 177/18)
- El TJUE refuerza los derechos del personal interino, pero deja a juzgados y tribunales, como proceder a su concreción. Estudio de la sentencia de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18), y amplio recordatorio de las conclusiones del abogado general.

- Sobre la extinción de un contrato de interinidad en el sector público. El TJUE mantiene la línea crítica hacia la normativa española en caso de su uso abusivo. (Examen de la sentencia de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, caso IMIDRA, y recordatorio del litigio que dio lugar al auto del TSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2019).
- UE. Límites a la utilización del contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19).
- Los jueces de paz (en Italia) ¿son trabajadores? Y si lo son, ¿cómo debe aplicarse la Directiva sobre contratación determinada para garantizar su efecto útil? Notas a la sentencia de 7 de abril de 2022 (asunto C-236), y amplio recordatorio de la de 16 de julio de 2020 (asunto C-658/18).
- Sobre los límites a la utilización de la contratación temporal vía ETT y los derechos de las personas trabajadoras. Notas a la sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-232-20), y recordatorio de la de 14 de octubre de 2020 (asunto C-680/18).
- Igualdad de condiciones de trabajo (periodo vacacional y paga extra) de los trabajadores de ETTs y de los de la empresa usuaria. Notas a la sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2022 (asunto C-426/20).
- *Vid.* La incorporación del contrato indefinido adscrito a obra al VI Convenio Colectivo General del sector de la construcción. Texto comparado con el art. 2 del RDL 32/2021.

II.8. Artículo 16. Contrato fijo-discontinuo

1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de 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.

6. Las personas trabajadoras fijas-discontinuas no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos.

Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

Normativa

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Jurisprudencia

Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos C-439/18 y C-472/18)

«La cláusula 4, puntos 1 y 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, y el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa y a una práctica empresarial nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose por tanto los períodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta normativa y esta práctica no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo.»

Comentario de jurisprudencia

Cómputo de la antigüedad y aplicación de la normativa comunitaria. Discriminación sufrida por el personal laboral temporal de la Generalitat de Cataluña. Notas a la importante sentencia del TS de 28 de enero de 2020.

II.9. Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales

Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Normativa, jurisprudencia y comentarios de jurisprudencia

Remisión al artículo 4.

II.10. Artículo 19. Seguridad y salud en el trabajo

1. El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.
2. El trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo.

Normativa

Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18)

«Los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales

de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.»

Sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16)

«El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.»

Comentario de jurisprudencia

Sobre la protección de la trabajadora embarazada en caso de un despido colectivo. Aplicación de dos Directivas. Las dudas que deja abiertas la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16).

II.11. Artículo 26. Del salario

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

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2, el salario en especie podrá superar el treinta por ciento de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.

Artículo 27. Salario mínimo interprofesional

1. El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:
 - a) El índice de precios de consumo.
 - b) La productividad media nacional alcanzada.
 - c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.
 - d) La coyuntura económica general.

Artículo 28. Igualdad de remuneración por razón de sexo

1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de esta, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

Normativa

Tratado de funcionamiento de la UE.

Artículo 157

1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.
2. Se entiende por retribución:

El salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador debido a la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. 28 de octubre de 2020.

Artículo 5. Adecuación

1. Los Estados miembros con salarios mínimos legales adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la fijación y actualización de los salarios mínimos legales se guíen por criterios establecidos para promover la adecuación con el objetivo de lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas, la cohesión social y la convergencia al alza. Los Estados Miembros deberán definir dichos criterios de conformidad con las prácticas nacionales, ya sea en la legislación nacional pertinente, en las decisiones de los organismos competentes o en acuerdos tripartitos. Los criterios se definirán de forma estable y clara.
2. Los criterios nacionales contemplados en el apartado 1 incluirán al menos los siguientes elementos:
 - a) el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida y la contribución de los impuestos y las prestaciones sociales;
 - b) la cuantía general de los salarios brutos y su distribución;
 - c) la tasa de crecimiento de los salarios brutos;
3. la evolución de la productividad laboral.
4. Los Estados miembros utilizarán valores de referencia indicativos como los habitualmente utilizados a nivel internacional para orientar su evaluación de la adecuación de los salarios mínimos legales en relación con el nivel general de los salarios brutos.
5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la actualización periódica y oportuna de los salarios mínimos legales a fin de preservar su adecuación.
6. Los Estados miembros crearán órganos consultivos para asesorar a las autoridades competentes sobre cuestiones relacionadas con el salario mínimo legal.

Vid Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2022, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

Artículo 1 Objeto

1. Con el fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo en la Unión, en particular la adecuación de los salarios mínimos para los trabajadores al objeto de contribuir a una convergencia social al alza y reducir la desigualdad salarial, la presente Directiva establece un marco para:
 - a) adecuar los salarios mínimos legales con el objetivo de lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas;
 - b) fomentar la negociación colectiva sobre la fijación de salarios;
 - c) mejorar el acceso efectivo de los trabajadores a los derechos a la protección del salario mínimo, cuando así lo establezcan el Derecho nacional o los convenios colectivos.
2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del pleno respeto a la autonomía de los interlocutores sociales, así como a su derecho a negociar y celebrar convenios colectivos.
3. De conformidad con el artículo 153, apartado 5, del TFUE, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros en la fijación del nivel de los salarios mínimos, así como de la decisión de los Estados miembros de establecer salarios mínimos legales, de fomentar el acceso a la protección del salario mínimo establecida en los convenios colectivos, o de ambas cosas.
4. La aplicación de la presente Directiva respetará plenamente el derecho a la negociación colectiva. Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de que imponga a cualquier Estado miembro:
 - a) la obligación de introducir un salario mínimo legal, cuando la formación de los salarios esté garantizada exclusivamente a través de convenios colectivos, o la obligación de declarar que algún convenio colectivo es universalmente aplicable.
5. No estarán sujetos al capítulo II de la presente Directiva los actos por los que un Estado miembro aplica las medidas relativas a los salarios mínimos de la gente de mar, establecidos periódicamente por la Comisión Paritaria Marítima u otro organismo autorizado por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del

Trabajo. Dichos actos se entenderán sin perjuicio del derecho de negociación colectiva y de la posibilidad de adoptar cuantías salariales mínimas más elevadas. (la negrita en el texto de la Resolución).

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 (C-624/19).

Remisión al artículo 4.

Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (C-262/20).

«Los artículos 8 y 12, letra a), de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no exigen la adopción de una normativa nacional que establezca que la duración normal del trabajo nocturno para trabajadores del sector público como los policías y los bomberos sea inferior a la duración normal del trabajo diurno prevista para estos. En cualquier caso, tales trabajadores deben disfrutar de otras medidas de protección en materia de duración del trabajo, de salario, de retribución específica o de beneficios similares, que permitan compensar la especial penosidad que implica el trabajo nocturno que realizan.

Los artículos 20 y 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que la duración normal del trabajo nocturno fijado en siete horas por la normativa de un Estado miembro para los trabajadores del sector privado no se aplique a los trabajadores del sector público, incluidos los policías y los bomberos, siempre que tal diferencia de trato se base en un criterio objetivo y razonable, es decir, que guarde relación con un fin legalmente admisible perseguido por dicha normativa y sea proporcionada a ese fin.»

Sentencia de 10 de febrero de 2022 (asunto C-219/20)

«El artículo 5 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la luz del principio general del Derecho de la Unión relativo al derecho a una buena administración, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece un plazo de prescripción de cinco años respecto al incumplimiento de las obligaciones relativas a la retribución de los trabajadores desplazados.»

Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2015 (asunto C-115/14)

«El artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de

suministro y de servicios, en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 1251/2011 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2011, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa.

El artículo 26 de la Directiva 2004/18, en su versión modificada por el Reglamento n.º 1251/2011, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que prevé la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los licitadores y a sus subcontratistas que se nieguen a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa.»

Comentarios de jurisprudencia

- Igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo. Efecto directo del art. 157 del TFUE en litigios entre particulares. Una nota a la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 (C-624/19).
- Es obligada la compensación por trabajo nocturno, pudiendo ser de diversas maneras y no solo económica. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C- 262/20).
- UE. Trabajadores desplazados e incumplimiento de las obligaciones salariales. El plazo de prescripción de la sanción de cinco años es considerado conforme a la normativa comunitaria. Notas a la sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (asunto C-219/20).
- La aceptación por el TJUE de la obligación de respetar el salario mínimo fijado por una norma legal para poder participar en licitaciones de contratos públicos. Nota a la sentencia de 17 de noviembre de 2015 (asunto C-115/14).

–

II.12. Artículo 34. Jornada

1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Normativa

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012

Vid Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

Jurisprudencia

Vid artículo 19.

Sentencia de 10 de septiembre de 2015 (asunto C-266/14)

«El artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las controvertidas en el litigio

principal, en las que los trabajadores carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente que les asigna su empresario constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición”.

Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2021 (asunto C-585/19)

«El artículo 2, punto 1, y el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que, cuando un trabajador ha celebrado con un mismo empresario varios contratos de trabajo, el período mínimo de descanso diario, establecido en dicho artículo 3, se aplica a tales contratos considerados en su conjunto y no a cada uno de ellos por separado.»

Sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2021 (asunto C-107/19).

«El artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que constituyen «tiempo de trabajo», en el sentido de esta disposición, las pausas concedidas a un trabajador durante su tiempo de trabajo diario, durante las cuales debe estar en condiciones de salir para efectuar una intervención en un lapso de dos minutos en caso de necesidad, ya que de una apreciación global del conjunto de las circunstancias pertinentes se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador en esas pausas son tales que afectan objetivamente y de manera considerable a la capacidad de este para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses.

El principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, que debe pronunciarse a raíz de la anulación de su resolución por un órgano jurisdiccional superior, esté vinculado, de conformidad con el Derecho procesal nacional, por las apreciaciones jurídicas efectuadas por ese órgano jurisdiccional superior, cuando dichas apreciaciones no sean compatibles con el Derecho de la Unión.»

Comentarios de jurisprudencia

- Centro de trabajo, trabajadores itinerantes y cómputo del tiempo de trabajo (que no es tiempo de descanso). Notas a la sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2015 (Asunto C-266/14).
- Registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo a tiempo completo. 12, 13 y 14 de mayo de 2019: Tres días que cambiarán la vida laboral de muchas empresas en España. Atención especial a la sentencia del TJUE de 14 de mayo (asunto C-55/18).

- A vueltas con los conceptos de “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”, y las puertas abiertas que deja el TJUE a los tribunales nacionales. Notas a las sentencias de 9 de marzo de 2021 (asuntos C-580/19 y C- 344/19).
- Jornada máxima diaria por trabajador, y no por los contratos que pueda haber celebrado con el mismo sujeto empleador. Notas a la sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2021 (asunto C-585/19)
- Las pausas durante el trabajo, pero con necesidad de estar rápidamente disponible (2 minutos) son “tiempo de trabajo” (remunerado). Notas a la sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2021 (asunto C-107/19).
- Sobre el concepto, cada vez más amplio, de tiempo de trabajo según la jurisprudencia comunitaria (inclusión de la formación). Notas a la sentencia del TJUE de 28 de octubre de 2021 (asunto C-909/19)
- Vid Tras el RDL 32/2021, siguen aprobándose normas laborales... y hay que saber buscarlas en aquellas de contenido no específicamente laboral. A propósito de los RDL 1, 2 y 3 de 2022 y la Ley 4/2022.

II.13. Artículo 34.8

Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días.

Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Normativa

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. Transposición el 2 de agosto de 2022.

Artículo 5. Permiso parental

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos. Los Estados miembros o los interlocutores sociales determinarán dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho a un permiso parental de manera efectiva y en condiciones equitativas.

Artículo 6. Permiso para cuidadores

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador. Los Estados miembros podrán fijar los detalles

adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso para cuidadores y a sus condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales. El ejercicio de este derecho podrá estar supeditado a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2016 (asunto C-351/14).

“43. Es preciso observar que el Derecho de la Unión realiza una distinción entre el concepto de «permiso de maternidad», tal como se regula, en particular, en la Directiva 92/85, y el de «permiso parental», tal como se emplea en el Acuerdo marco revisado, y que el apartado 15 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo precisa además expresamente que éste enuncia requisitos mínimos y disposiciones sobre el permiso parental, «distinto del permiso de maternidad».

44. En efecto, como ya ha señalado el Tribunal de Justicia en relación con el apartado 9 de las consideraciones generales del Acuerdo marco sobre el permiso parental anexo a la Directiva 96/34, redactado en términos análogos a los del apartado 15 de las consideraciones generales del Acuerdo marco revisado, el permiso parental se concede a los padres para que puedan ocuparse de su hijo y puede accederse a él hasta una edad determinada del hijo, que puede ser de hasta ocho años. El permiso de maternidad, por su parte, persigue un objetivo diferente. Su finalidad consiste en asegurar la protección de la condición biológica de la mujer y las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones (véase la sentencia de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-519/03, EU:C:2005:234, apartado 32).»

Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2017 (asunto C-174/16)

“La cláusula 5, apartados 1 y 2, del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental que figura en el anexo 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, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que somete la promoción definitiva a un puesto directivo en la función pública al requisito de que el candidato seleccionado supere con éxito un período de prácticas previo de dos años en ese puesto y en virtud de la cual, en una situación en la que dicho candidato ha estado durante la mayor parte de ese período en permiso parental, y sigue estándolo, este período de prácticas finaliza legalmente tras el período de dos años, sin que sea posible prorrogarlo, de modo que, en consecuencia, al final de su permiso parental, el

interesado se reincorpora al puesto, de nivel inferior tanto estatutaria como retributivamente, que ocupaba con anterioridad a ser admitido para realizar dicho período de prácticas. El objetivo perseguido por ese período de prácticas, que consiste en permitir evaluar la aptitud para ocupar el puesto directivo que ha de cubrirse, no puede justificar las infracciones de dicha cláusula.

Incumbe al tribunal remitente, inaplicando la norma nacional controvertida en el litigio principal si resulta necesario, comprobar, como exige la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, que figura en el anexo de la Directiva 2010/18, si, en circunstancias como las del litigio principal, el *Land* de que se trata se encontraba, en su condición de empleador, en la imposibilidad objetiva de permitir a la interesada ocupar su puesto de trabajo al final de su permiso parental y, en caso afirmativo, velar por que se le adjudique un puesto equivalente o similar y conforme con su nombramiento o relación de servicio, sin que esta adjudicación de puesto pueda estar sujeta a la celebración previa de un nuevo proceso selectivo. También incumbe a dicho tribunal velar por que, al final de ese permiso parental, la interesada pueda realizar, en el puesto al que se ha reincorporado o en uno nuevamente adjudicado, un período de prácticas en condiciones que respeten los requisitos derivados de la cláusula 5, apartado 2, del mencionado Acuerdo Marco revisado.»

Comentarios de jurisprudencia

- Distinción en el derecho comunitario entre permiso por maternidad y permiso parental. Nota a la sentencia del TJUE de 16 de junio de 2016 (asunto C-351/14). Inadmite cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona.
- Protección de la promoción profesional de la persona trabajadora que disfruta del permiso parental. Sobre la aplicación del acuerdo marco (revisado) incorporado a la Directiva 2010/18/UE. Notas a la sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2017 (asunto C-174/2016)

II.14. Artículo 36. Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo

1. A los efectos de lo dispuesto en esta ley, se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana. El empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral.

La jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días. Dichos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará trabajador nocturno a aquel que realice normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual.

Resultará de aplicación a lo establecido en el párrafo segundo lo dispuesto en el artículo 34.7. Igualmente, el Gobierno podrá establecer limitaciones y garantías adicionales a las previstas en el presente artículo para la realización de trabajo nocturno en ciertas actividades o por determinada categoría de trabajadores, en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad.

2. El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos.

Normativa

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 7 de julio de 2022 (asuntos acumulados C-257/21 y 258/21)

«Una cláusula de un convenio colectivo que prevé un incremento de la retribución para el trabajo nocturno efectuado de manera ocasional superior al fijado para el trabajo nocturno efectuado de manera regular no

aplica la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»

Remisión a los arts. 26 a 28.

Comentarios de jurisprudencia

- UE La retribución del trabajo nocturno no está comprendida en la Directiva 2003/88. Inaplicación de la CDFUE. Notas a la sentencia del TJUE de 7 de julio de 2022 (asuntos acumulados C-257/21 y 258/21 (y un breve apunte de la C-377/21),
- Remisión a los arts. 26 a 28.

II.15. Artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos

1. Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

Resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el artículo 34.7 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.

Normativa

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Jurisprudencia

Sentencia de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-306/16).

«El artículo 5 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, modificada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, y el artículo 5, párrafo primero, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no exigen que

el período mínimo de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas al que tiene derecho todo trabajador sea concedido a más tardar el día siguiente a un período de seis días de trabajo consecutivos, pero sí imponen que sea concedido dentro de cada período de siete días.»

Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2020 (asunto C-588/18)

«Los artículos 5 y 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos que contempla esta normativa en días en los que estos trabajadores deben trabajar cuando las necesidades y obligaciones para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los períodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas contemplados en estos artículos.»

Comentarios de jurisprudencia

Pues sí, se puede trabajar doce días seguidos (según la normativa europea) y once días (según la normativa española). Notas a la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-306/16).

Sobre las fechas de disfrute de permisos cuando el derecho nace durante el descanso semanal o anual. Estudio de la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2020 (asunto C- 588/18).

II.16. Artículo 38. Vacaciones anuales

1. El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.
3. Cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

Normativa

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 30 de junio de 2016 (asunto C-178/15)

«El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o a una práctica nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que un trabajador que goza de un período de descanso por convalecencia, concedido con arreglo al Derecho nacional, durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones del centro en el que está empleado, pueda ver denegado, al término de su período de descanso por convalecencia, el derecho a disfrutar sus vacaciones anuales retribuidas en un momento posterior, a condición de que la finalidad del período de descanso por convalecencia difiera de la correspondiente al derecho a vacaciones anuales, extremo éste que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional nacional.»

Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2017 (asunto C-214/16)

«El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que, en caso de controversia entre un trabajador y su empresario a la hora de determinar si el trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas con arreglo al primero de dichos artículos, se oponen a que el trabajador tenga que disfrutar de sus vacaciones antes de saber si tiene derecho a que éstas se le retribuyan.

El artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o a prácticas nacionales según las cuales un trabajador no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento

de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios periodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones.»

Sentencia del TJUE de 25 de noviembre de 2021 (asunto C-233/20)

«El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en relación con el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho nacional en virtud de la cual no se adeuda compensación económica alguna por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas correspondientes al último año de empleo en curso cuando el trabajador pone fin a la relación laboral anticipada y unilateralmente sin causa justa.

No es necesario que el juez nacional compruebe si el trabajador no pudo disfrutar de los días de vacaciones a los que tenía derecho.»

Sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2022 (Asunto C-518/20)

«El art. 7 de la Directiva 2003/88/CE.... y el art. 31.2 de la CDFUE... deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual el derecho de un trabajador a vacaciones anuales retribuidas adquirido respecto de un periodo de referencia durante el cual ese trabajador ha trabajado efectivamente antes de encontrarse en una situación de incapacidad laboral absoluta o de incapacidad laboral por enfermedad y que persiste desde entonces puede extinguirse, al término de un periodo de aplazamiento autorizado por el Derecho nacional o en un momento posterior, aunque el empresario no haya ofrecido al trabajador, en el momento oportuno, la posibilidad de ejercer ese derecho.»

Comentarios de jurisprudencia

- Llegan las vacaciones, llegan las sentencias del Tribunal Supremo (con votos particulares concurrentes en el fondo y discrepantes en cómo se ha llegado al mismo).
- ...y nuevamente del TJUE. A propósito de dos sentencias del TS de 8 de junio y de la sentencia del TJUE de 30 de junio (asunto C-178/15).
- Sobre el derecho a disfrute de vacaciones, o a compensación económica adecuada, y la interpretación del art. 7.2 de la Directiva 2003/88/CE. Nota breve a la sentencia del TJUE de 20 de julio de 2016 (asunto C-341/15).
- Acumulación de las vacaciones (no disfrutadas) y derecho a su remuneración sin fijación de límite temporal alguno. Notas a la importante sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2017

(asunto C-214/16). Su posible impacto sobre las relaciones laborales “ocultas”.

- UE. Nuevamente sobre el derecho a vacaciones. Los límites al efecto directo horizontal del art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales. Notas a la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2019 (asuntos C-609/17 y C-610/17).
- Derecho a compensación económica en caso de no disfrute de vacaciones por dimisión. Notas a la sentencia del TJUE de 25 de noviembre de 2021 (asunto C-233/20).
- UE. Sigue la saga “Derecho a vacaciones y su protección jurídica reforzada”. Notas a la sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2022 (asuntos C-518/20 y C-727/20).

II.17. Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo

1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.
 ... En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Normativa

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

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14).

«El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un

contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores «habitualmente» empleados, en el sentido de este precepto, en el centro de trabajo de que se trate.

Para acreditar la existencia de un «despido colectivo», en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, que determina la aplicación de dicha Directiva, la condición establecida en el párrafo segundo de ese precepto según la cual es preciso que «los despidos sean al menos 5» debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto.

La Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva.»

Sentencia del TJUE de 21 de septiembre de 2017 (asunto C-429/16)

«El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como «despido», a efectos de ese precepto, y el artículo 2 de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas en dicho artículo cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral de las condiciones de retribución, siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 1 de dicha Directiva, lo cual debe comprobar el tribunal remitente.»

Comentarios de jurisprudencia

- Cómputo de las extinciones no inherentes a la persona del trabajador. La relación entre los arts. 40,41, 50 y 51 de la Ley del Estatuto de los trabajadores. Nota a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14).
- Modificaciones (sustanciales y no sustanciales) de trabajo que pueden acabar en la extinción de contratos. Su impacto sobre el cómputo de trabajadores a efectos de un despido colectivo y sobre la obligación de celebrar el período de consultas. Notas a dos importantes sentencias del TJUE de 21 de septiembre de 2017 (asuntos C-429/16 y C- 149/16).

II.18. Artículo 44. La sucesión de empresa

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”.

Normativa

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18)

«La Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y en particular su artículo 2, apartado 1, letra d), debe interpretarse en el sentido de que una persona que ha celebrado con el cedente un contrato para desempeñar un puesto de confianza, a efectos de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, puede ser considerada «trabajador» y disfrutar así de la protección que concede esta Directiva, siempre que esté protegida como trabajador por dicha normativa y cuente con un contrato de trabajo en la fecha de la transmisión, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

La Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.»

Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C- 664/17).

«La Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros

relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, concretamente su artículo 1, apartado 1, letras a) y b), debe interpretarse en el sentido de que se aplica a la transmisión de una unidad de producción cuando, por un lado, el cedente, el cesionario o ambos conjuntamente actúan con vistas a que el cesionario continúe con la actividad económica ejercida por el cedente, pero también a la posterior desaparición del propio cesionario, en el marco de una liquidación, y, por otro lado, la unidad de que se trata, que no tiene capacidad para alcanzar su objeto económico sin recurrir a factores de producción procedentes de terceros, no es totalmente autónoma, siempre que, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, por una parte, se respete el principio general del Derecho de la Unión que impone al cedente y al cesionario no pretender beneficiarse de forma fraudulenta y abusiva de las ventajas que podrían obtener de la Directiva 2001/23 y, por otra parte, que la unidad de producción de que se trata disponga de garantías suficientes que le permitan el acceso a los factores de producción de un tercero para no depender de las decisiones económicas efectuadas por este de forma unilateral.»

Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto 509-14)

«El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.»

Sentencia del TJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-680/15)

«El artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisión] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en relación con el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, en caso de transmisión del centro de actividad, el mantenimiento de los derechos y obligaciones que para el cedente se derivan de un contrato de trabajo se extiende a la cláusula, pactada por el cedente y el trabajador en virtud del principio de autonomía

de la voluntad, con arreglo a la cual su relación laboral está regulada no sólo por el convenio colectivo en vigor en la fecha de la transmisión, sino también por convenios posteriores a dicha transmisión que lo completan, modifican o sustituyen, cuando el Derecho nacional prevé, en favor del cesionario, posibilidades de adaptación tanto de común acuerdo como unilaterales.»

Sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022 (asunto C-327/20)

«El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo «abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente», se cumple cuando la transmisión de una empresa o de una parte de esta se prepara, antes de la apertura de un procedimiento de quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente y durante el cual se realiza dicha transmisión, en el marco de un procedimiento de *pre-pack* cuyo objetivo principal consiste en posibilitar que en el procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo, siempre que dicho procedimiento de *pre-pack* se rijan por disposiciones legales o reglamentarias.

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad cuando el procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo de que es objeto el cedente «est[é] bajo la supervisión de una autoridad pública competente», se cumple cuando la transmisión de la empresa o de una parte de esta se prepara, en el marco de un procedimiento de *pre-pack* previo a la declaración de quiebra, por un «síndico predesignado», bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado», y el contrato sobre esa transmisión se celebra y ejecuta una vez que se haya declarado la quiebra, que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente, siempre que dicho procedimiento de *pre-pack* se rijan por disposiciones legales o reglamentarias.»

Comentarios de jurisprudencia

- UE. Nueva, e importante, sentencia del TJUE en su supuesto de remunicipalización. Sobre el concepto de trabajador y sus derechos, y de transmisión de centro de actividad. Notas a la

dictada el 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18).UE. Directiva 2001/23. Un traspaso de parte de empresa sin intención de continuación de la actividad vulneraría los derechos de los trabajadores. Notas a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C- 664/17).

- Actividad que se basa esencialmente en equipamiento. Empresa titular de un servicio público. Nota a la sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015 asunto C-509/14).
- Transmisión de centro de actividad y derechos de los trabajadores. Aplicación “estáticas o “dinámica” de convenio colectivo aplicable en virtud de lo dispuesto en el contrato de trabajo. ¿Cambio de criterio del TJUE? Notas a la sentencia de 27 de abril (asuntos C- 680-15 y 681/15), y recordatorio de las conclusiones de abogado general.
- Transmisión de empresa. Limitación de los derechos de las personas trabajadoras por aplicación del art. 5 de la Directiva 2001/23/CE. Notas a la sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022 (asunto C-237/20) y recordatorio de la jurisprudencia anterior. Caso pre- pack previo a la declaración de quiebra y cambio (parcial e importante) de dicha jurisprudencia.

II.19. Artículo 49. Extinción del contrato

1. El contrato de trabajo se extinguirá
 - i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción
 - k) Por despido del trabajador.
 - l) Por causas objetivas legalmente procedentes.

Artículo 51. Despido colectivo

1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:
 - a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Normativa

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

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C- 80/14).

«El concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse del mismo modo que el concepto que figura en la letra a), inciso i), de ese mismo párrafo.

El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una obligación de información y consulta de los trabajadores cuando se despide, en un período de 90 días, a al menos 20 trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa, y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo período, alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores.»

Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13)

«El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva.

El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un «despido colectivo» en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta

las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada.

El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para considerar que se han producido despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, no es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea.»

Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-2011/15)

«La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente podrá efectuar dicho despido si la autoridad pública nacional competente a la que debe notificarse el proyecto no adopta, dentro del plazo previsto por dicha normativa y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional, una resolución motivada por la que se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados. Sin embargo, no sucede lo mismo si resulta que, atendiendo a los tres criterios de evaluación indicados en la mencionada normativa y al modo concreto en que los aplica esa autoridad pública bajo el control de los tribunales competentes, tal normativa tiene como consecuencia privar de efecto útil a lo dispuesto en dicha Directiva, extremo que, en su caso, corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, se opone a una normativa nacional como la referida en la primera frase del primer párrafo del presente punto.

La posible existencia, en un Estado miembro, de un contexto caracterizado por una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada no afecta a las respuestas que figuran en el punto 1 del presente fallo.

Vid. también Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2022 (asunto C-534/20).

El artículo 38, apartado 3, segunda frase, 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), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que un responsable o un encargado del tratamiento solo puede despedir a un delegado de protección de datos que forme parte de su plantilla por causa grave, aun cuando el despido no esté relacionado con el ejercicio de las funciones de dicho delegado, siempre que esa normativa no ponga en peligro la consecución de los objetivos de ese Reglamento.»

Comentarios de jurisprudencia

- Concepto de centro de trabajo y método de cálculo del número de trabajadores despedidos. Notas a la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C- 80/14).
- Dos nuevas sentencias del TJUE sobre el concepto de centro de trabajo y el método de cálculo del número de trabajadores despedidos. Notas a las sentencias de 13 de mayo de 2015, con especial atención al asunto C-392/13 y su posible impacto sobre la legislación y jurisprudencia española.
- Concepto de trabajador. Inclusión de altos cargos y de quienes realizan prácticas formativas. Nota a la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2015 (asunto C- 229/14).
- El TJUE ¿héroe o villano? A propósito de la autorización administrativa para proceder a un despido colectivo (en Grecia) como una limitación a la libertad de empresa. Notas a la sentencia del 21 de diciembre de 2016 (C-2011/15) y amplio recordatorio (muy crítico) de las conclusiones del abogado general.
- *Vid.* también Delegado de protección de datos y extinción del contrato por causas no vinculadas a su actividad. Aceptación por el TJUE. Notas a la sentencia de 22 de junio de 2022 (asunto C-534/20).

Impacto de la legislación y la doctrina judiciales recientes

MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Magistrada del Tribunal Constitucional

I. Introducción

Se va a examinar una serie de sentencias dictadas por el TJUE y, en ocasiones por el TS, en materia de Seguridad Social, que han procedido a interpretar la normativa de la UE, con los subsiguientes efectos en nuestra regulación interna

II. Pensión IPA: *Prorrata temporis*. IPA. Periodos ficticios de cotización

STS 13/07/2021 CUD 3219/2018

Hechos

- A la actora se la reconoce IPA el 12/05/2016, derivada de EC, por un importe del 100 % de la BR de 1154 E, con cargo a España el 26,16 %.
- Ha cotizado en España 1.523 días y en Reino Unido 4.214 días.
- La actora interesa que se le computen, a efectos de la fijación de la *prorrata temporis*, los días de cotización ficticia que se establecen en el artículo 197.1 b) LGSS.

Fundamentos de derecho

La sentencia estima el recurso formulado por la actora, con el siguiente razonamiento:

«El artículo 52 del Reglamento 883/2004 dispone que para el cálculo de la pensión prorata la institución competente aplicará al importe teórico la proporción entre la duración de los períodos de seguro cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que aplique, y la duración total de los períodos cumplidos de acuerdo con las legislaciones de todos los estados miembros, entendiendo el artículo 1, t) del Reglamento, que se entienden por períodos de seguro los de cotización... y los asimilados, en la medida en que sean reconocidos como equivalentes a períodos de seguro. Los días ficticios de cotización, que reconoce el artículo 197.1 b) de la LGSS para el cálculo de la base reguladora, son días que han de ser computados ya que son reconocidos como asimilados para el cálculo de la base reguladora.

En consecuencia, dicho periodo asimilado de días cotizados ha de adicionarse a los días efectivamente cotizados en España obteniendo así la *prorrata temporis*.

Es cierto que en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala se aplica el artículo 52 del Reglamento 883/2004, en tanto en los supuestos examinados en las SSTs consignadas se aplicaba el artículo 46, apartado 2, del Reglamento 1408/71, pero la redacción de los preceptos aplicables es similar por lo que es aplicable la jurisprudencia citada.»

III. Pensión IPA. Lagunas de cotización. Trabajo a tiempo parcial

STJUE 14/04/2015, C-527/13

Hechos

- La actora cotizó a la Seguridad Social de 15/09/1971 a 25/04/2010. Trabajó a tiempo completo, excepto unos meses en que trabajó a tiempo parcial.
- No abonó ninguna cotización desde el 23/01/2002 al 30/11/2005.
- Se le concede IPT.
- La BR se calcula fijando las bases mínimas en el periodo en que no cotizó.
- La actora interesa que para el cálculo de la BR de su pensión de IPT se han de tomar las bases mínimas durante el periodo

comprendido entre marzo de 2002 y noviembre de 2005, pero no en su cuantía reducida, sino en su cuantía íntegra.

Fundamentos de derecho

La sentencia desestima la petición formulada por el actor, concluyendo:

«El artículo 4, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción.

El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que no entra dentro de su ámbito de aplicación una normativa de un Estado miembro que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo no se aplica tal reducción.»

IV. Pensión de IPT. Suspensión del complemento del 20 %

STJUE 15/03/2028 C-431/16

Hechos

- El actor tiene reconocida IPT derivada d EC, con incremento del 20 % por ser mayor de 55 años.
- A los 65 años se le reconoce pensión de jubilación de la Seguridad Social suiza, teniendo en cuenta las cotizaciones abonadas en Suiza, con efectos del 01/0.3/2008.

- El 21/02/2015, el INSS le suprime el complemento del 20 %.
- El actor reclama su derecho al percibo de dicho complemento.

Fundamentos de derecho

La sentencia le reconoce lo solicitado, razonando que el complemento del 20 % tiene la misma naturaleza que la pensión de IPT y que no se ha procedido a totalizar los periodos de cotización. Concluye:

«Una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el complemento de pensión de invalidez permanente total queda suspendido durante el período en el que el beneficiario de la pensión percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro o en Suiza, constituye una cláusula de reducción en el sentido del artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) n.º 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008.

El artículo 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «legislación del primer Estado miembro» que figura en dicha disposición incluye la interpretación que un órgano jurisdiccional supremo ha realizado de una disposición legislativa nacional.

Debe considerarse que un complemento de pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza, en el sentido del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008.

El artículo 46 *ter*, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008, debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, no es de aplicación a una prestación calculada con arreglo al artículo 46, apartado 1, letra a), inciso i), de este Reglamento si esta prestación no está incluida en el anexo IV, parte D), del mismo Reglamento.»

V. IPT: Reducción de jornada por cuidado de hijo

STJUE 16/07/2009 C-537/07

Hechos

- La actora ha venido prestando servicios para ALCAMPO desde 17/12/1986, como auxiliar administrativo, con jornada completa.
- A partir del 06/12/2001 pactó con la empresa reducción de jornada por cuidado de menor de seis años, reducción de 1/3 jornada.
- Se le reconoce IPT derivada de EC.
- Se calcula la BR atendiendo a las cotizaciones realmente abonadas los últimos ocho años.
- La actora interesa que se calcule atendiendo a la cotización correspondiente a la jornada completa.

Fundamentos de derecho

La sentencia deniega lo solicitado arguyendo que la normativa referente a la adquisición de los derechos a las prestaciones de seguridad social en los periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos sigue siendo competencia de los Estados miembros.

La sentencia concluye:

«La cláusula 2, apartado 6, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995, que figura en anexo a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, puede ser invocada por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La cláusula 2, apartados 6 y 8, del Acuerdo marco sobre el permiso parental no se opone a que se tenga en cuenta, a la hora de calcular la pensión de incapacidad permanente de un trabajador, la circunstancia de que ha disfrutado de un período de permiso parental a tiempo parcial durante el que ha cotizado y ha adquirido derechos a pensión en proporción al salario percibido.

La cláusula 2, apartado 8, del Acuerdo marco sobre el permiso parental no impone a los Estados miembros más obligación que la de examinar y determinar los asuntos de seguridad social vinculados con dicho Acuerdo de conformidad con la legislación nacional. En particular, no les impone la obligación de prever la continuidad en la percepción de prestaciones de

seguridad social durante el permiso parental. Los particulares no pueden invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales la mencionada cláusula 2, apartado 8, frente a las autoridades.

El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en particular, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social en el sentido de 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, no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo.»

VI. Pensión de jubilación. Convenio Hispano Suizo

STS 14/01/2022 CUD 1424/2018

Hechos

- El actor cotizó en España de 01/09/1962 a 10/08/1976: 1643 días
- Trabajó en Suiza desde 01/12/1973 a 30/11/2023: 14.395 días.
- INSS le reconoce pensión de jubilación y se discute si se aplican los Convenios bilaterales o el Reglamento.

Fundamentos de derecho

La sentencia desestima el recurso de la parte actora con el siguiente razonamiento;

«Aquí añadimos y reiteramos que, según el anterior Acuerdo de 1999, los de naturaleza bilateral suscritos quedaban en suspenso tras su entrada en vigor en tanto que la materia en cuestión viniera también regulada en él, lo que nos lleva a lo dispuesto en su Anexo II que, a su vez, remite al Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Y como ya hemos dicho, tampoco podría acudirse a las reglas que pretende la parte actora recurrente, si tomamos en consideración el propio Acuerdo de 1999 como el Reglamento 883/2004 porque en ninguno de ellos se acude a las bases medias para el cálculo de la base reguladora.

Finalmente, debemos indicar que la STJUE de 21 de febrero de 2013, dictada en el asunto C-282/11, se refiere a un asunto al que le era aplicable el Reglamento 1971.»

VII. Pensión de jubilación. Convenio Hispano belga

STS 14/02/2018 CUD 2530/2015

Hechos

- El actor cotizó en el Régimen Especial del Mar en España.
- Con posterioridad prestó servicios en Bélgica donde también acredita periodos de cotización.
- El ISM le reconoce desde 01/04/2006 pensión de jubilación, aplicando la *prorrata temporis* únicamente le reconoce a cargo de España un porcentaje del 5,41 %.
- Se plantea como ha de calcularse la BR de la pensión, si aplicando las “bases ficticias” o las “bases medias”, o las “bases reales” o “bases remotas” por las que cotizó en España antes de desvincularse el 31 de diciembre de 1965 de su sistema de seguridad social.

Fundamentos de derecho

La sentencia dispone que no procede aplicar el artículo 14.4 del Convenio con Bélgica. Entiende que se han de aplicar las bases de cotización durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización en España, debidamente actualizadas.

«La razón para compartir la expresada premisa se encuentra en el contenido del artículo 19 del Convenio bilateral con Bélgica que, bajo la rúbrica “Disposición común a los seguros de enfermedad, maternidad, invalidez y vejez (muerte)”, prescribe que: «Si de acuerdo con la legislación de uno de los dos países contratantes, para la liquidación de las prestaciones, se tiene en cuenta el salario medio de todo el período de seguro o de una parte de dicho período, el salario medio tomado en consideración para calcular las prestaciones a cargo de tal país se determinará según los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país». Así sucede en nuestro país, en el que con arreglo a la legislación aplicable por razones cronológicas –artículo 162.1 LGSS– la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula a partir de las bases de cotización correspondientes a los 180 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produce el hecho causante, que están determinadas por los salarios reales. Así pues, existiendo una regla específica al respecto en el Convenio bilateral objeto de análisis, a ella hemos de estar careciendo de fundamento la pretensión de acudir a otros preceptos del mismo Convenio...

Corolario de cuanto se deja razonado es que el Convenio de Seguridad Social con Bélgica no dispensa al asegurado un trato más favorable que el

derivado de la normativa comunitaria en lo que respecta a la determinación de la base reguladora que por consiguiente se ha de calcular computando las bases de cotización durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización en España, debidamente actualizadas, tal como se establece en el Reglamento 1408/1971, sin que proceda pronunciarse sobre el método de revalorización aplicable, al que se hace referencia en el escrito de impugnación del recurso al margen de la contradicción.»

VIII. Pensión de jubilación. Convenio especial

STJUE 28/06/2018 C-2/17 y STS 29/04/2021, CUD 3931/2018

Hechos

- El actor trabajó en España desde agosto de 1965 a julio de 1980.
- Cotizó por bases superiores a la mínima
- Trabajó en Suiza desde 01/05/1984 a 10/11/2007, cotizando al régimen suizo.
- El 01/12/2007 suscribió convenio especial con la Seguridad Social española hasta el 01/01/2014. Cotizó por bases mínimas.
- El 26/09/2014 se le reconoce pensión de jubilación en España.
- Para calcular la pensión el INSS tuvo en cuenta lo cotizado los últimos 192 meses. Respecto a lo cotizado en Suiza tomó como base la base de cotización mínima en España en 2007.
- Hay que permitir que se coticen por bases superiores a la mínima.

Fundamentos de derecho

El TJUE concluye que hay que tomar en consideración las bases superiores por las que se cotizó.

«El Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, rubricado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la analizada en el litigio principal, que obliga al trabajador migrante que suscribe un convenio especial con la seguridad social de ese Estado miembro a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización, de forma que, al calcular el importe teórico de su pensión de jubilación, la institución competente de dicho Estado miembro equipara el período cubierto por este convenio a un período realizado en ese mismo Estado miembro y solo toma en consideración, a efectos de ese cálculo, las

cuotas abonadas en el marco de dicho convenio, incluso cuando, antes de ejercer su derecho a la libre circulación, dicho trabajador hubiera cotizado en el Estado miembro en cuestión con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización y cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio dispone de la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima de cotización.»

IX. Pensión de jubilación de trabajadora a tiempo parcial

STJUE 22/11/2012 C.385/11

Hechos

- La actora ha prestado servicios a la Comunidad de Propietarios durante 18 años, a jornada parcial, 4 horas a la semana, es decir el 10 % de la jornada legal.
- Solicita pensión de jubilación. Se le deniega por no tener cotizados 15 años.
- Le reconocen 1.362 días de cotización.

Fundamentos de derecho

La sentencia entiende que la forma de cómputo de las cotizaciones de los trabajadores a tiempo parcial, regulada por la normativa de seguridad social española, perjudica a los trabajadores a tiempo parcial, especialmente a las mujeres, por estar estadísticamente comprobado que dicha normativa afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, por cuanto en España al menos el 80 % de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

La sentencia concluye:

«El artículo 4 de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.»

X. Desempleo. Contrato parcial vertical

STJUE 09/11/2017 C98/15

Hechos

- La actora ha sido trabajadora a tiempo parcial desde 23/12/1999 hasta 29/07/2013.
- Se le extingue el contrato y solicita prestación de desempleo. Se le conceden 420 días y reclama 720 días.

Fundamentos de derecho

«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, no es aplicable a una prestación contributiva por desempleo como la controvertida en el litigio principal.

El artículo 4, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa.»

XI. Pensión de jubilación anticipada

STJUE 05/12/2019 C-398/18 Yc-428/18

Hechos

- El actor solicitó pensión de jubilación anticipada al INSS, había cotizado en España y Alemania.
- En Alemania le corresponde pensión de 507,35 E, en España 536,15 E.
- INSS le deniega la pensión porque el importe de la pensión que corresponde a España no alcanza la pensión mínima que tendría derecho al cumplir la edad de jubilación.

Fundamentos de derecho

La sentencia entiende que el concepto “pensión a percibir” no se refiere únicamente a la pensión a cargo de España con exclusión de aquella a la que tengan derecho en Alemania.

La sentencia concluye:

«El artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que impone, como requisito para que un trabajador acceda a una pensión de jubilación anticipada, que el importe de la pensión a percibir sea superior al importe de la pensión mínima que ese trabajador tendría derecho a percibir al cumplir la edad legal de jubilación en virtud de dicha normativa, entendiéndose el concepto de «pensión a percibir» como la pensión a cargo únicamente de ese Estado miembro, con exclusión de la pensión que el citado trabajador podría percibir en concepto de prestaciones equivalentes a cargo de otro u otros Estados miembros.»

XII. Pensión de jubilación. Cambio de sexo

STJUE 27/04/2006 C-423/04

Hechos

- La señora Richards nació en 1942. En su partida de nacimiento figura como de sexo masculino.
- Al habersele diagnosticado una disforia de sexo se sometió en 2001 a una operación de cambio de sexo.
- Solicitó en 2000 pensión de jubilación a los 60 años ya que con esa edad en el derecho nacional las mujeres tienen derecho a pensión de jubilación.
- Se le deniega porque no tiene 65 años que es la edad de jubilación de los hombres

Fundamentos de derecho

La sentencia entendió que tenía derecho a la pensión de jubilación porque ha existido una desigualdad de trato que tiene su origen en el cambio de sexo, lo que es una discriminación prohibida por el artículo 4, apartado 1 de la Directiva 79/7.

La sentencia concluye:

«El artículo 4, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer.

No procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia.»

XIII. Pensión de supervivencia. Parejas de hecho

STJUE 01/04/2008 C-267/06

Hechos

- El señor Maruko se inscribió como pareja estable con un diseñador de vestuario de teatro.
- El diseñador estaba afiliado a un régimen profesional de seguridad social desde el 01/09/ 1959.
- El 12/01/2005 falleció el diseñador de vestuario.
- El señor Maruko solicitó pensión de viudedad y se le denegó porque la regulación del seguro no la tenía prevista para las parejas de hecho.

Fundamentos de derecho

El Tribunal entiende que hay discriminación por razón de orientación sexual. El Tribunal concluye:

“Una prestación de supervivencia otorgada en el marco de un régimen de previsión profesional como el gestionado por el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite,

cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por el *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*”.

XIV. Compatibilidad de pensiones

STJUE 30/06/2022 C-625/20

Hechos

- La actora fue declarada en IPA el 02/03/1999 para su profesión habitual de auxiliar administrativa, RGSS.
- El 20/03/2028 es declarada en IPT para su profesión de subalterna de casal.
- INSS resuelve que las dos pensiones son incompatibles.

Fundamentos de derecho

El Tribunal considera que son compatibles. Concluye:

«El artículo 4, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.»

XV. Desempleo. Trabajadora al servicio del hogar familiar

STJUE 24/02/2022 C-389/20

Hechos

- La trabajadora desde 2011 está de alta en el Régimen Especial de Empleados del Hogar, prestando sus servicios para una persona física.
- El 08/11/2019 solicitó a la TGSS cotizar por contingencia de desempleo, acompañando consentimiento escrito de la empleadora.
- El 13/11/2019 la TGSS denegó la solicitud.
- El 02/03/2020 interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado n.º 2 de Vigo.
- El Juzgado planteó cuestión prejudicial.

Fundamentos de derecho

El Tribunal considera discriminatoria la exclusión de los empleados del hogar de la cotización por desempleo.

La sentencia concluye:

«El artículo 4, apartado 1, de 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.»

XVI. Complemento de maternidad

STJUE 12/12/2019 C-450/18

Hechos

- El INSS concede al actor una pensión del 100 % de la BR en IPA.
- Solicita complemento de maternidad por ser padre de dos hijas, al amparo del artículo 60 LGSS.

- Alega aportación demográfica a la Seguridad Social que es el motivo del complemento de maternidad.

Fundamentos de derecho

La sentencia reconoce el derecho a los padres al percibo de este complemento entendiendo que es una discriminación directa por razón de sexo.

La sentencia concluye:

“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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento”.

XVII. Conclusión

A.-Las sentencias del TJUE han abordado temas de actualidad, como pueden ser en el ámbito de las pensiones de incapacidad permanente, la existencia de lagunas de cotización, la supresión del complemento del 20 % en la IPT y el impacto en el cálculo de la BR de la pensión de IPT de la reducción de jornada por cuidado de hijo.

En el ámbito de las pensiones de jubilación aparece la aplicación del Convenio Hispano-Suizo, el Convenio bilateral con Bélgica, la suscripción de Convenio especial, la jubilación anticipada, la jubilación en supuestos de cambio de sexo y las particularidades de los trabajadores a tiempo parcial. En el ámbito del desempleo el Tribunal ha examinado el contrato a tiempo parcial vertical y su incidencia en el desempleo, así como el derecho a cotizar por desempleo de los empleados al servicio del hogar familiar. En el ámbito de las prestaciones de supervivencia se ha planteado el derecho a pensión en los supuestos de parejas de hecho. Finalmente, el Tribunal ha examinado la compatibilidad de pensiones y el complemento de maternidad para el padre.

B.-En todos estos supuestos el TJUE ha analizado pormenorizadamente la normativa de la UE.

Así ha examinado la Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 y si el concreto precepto aplicable se opone a la normativa nacional vigente respecto a la forma de colmar las lagunas de cotización en las prestaciones de IPT.

Ha fijado la interpretación del Reglamento 118/97, modificado por el 592/200, en relación con la supresión del complemento del 20 % en supuestos de IPT.

Ha entendido que el Acuerdo Marco sobre el permiso parental, anexo a la Directiva 96/34/CE, no se opone a una regulación que tiene en cuenta, a la hora de calcular la pensión de IPT, la circunstancia de que ha disfrutado de un permiso parental.

El acuerdo sobre la libre circulación de personas rubricado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 se opone a una normativa de un Estado miembro que obliga al trabajador migrante, que suscribe un convenio especial con la Seguridad Social a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización.

La Directiva 79/7 CE 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva.

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados.

El artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, se opone a la normativa de un Estado miembro que impone, como requisito para que un trabajador acceda a una pensión de jubilación anticipada, que el importe de la pensión a percibir sea superior al importe de la pensión mínima que ese trabajador tendría derecho a percibir al cumplir la edad legal de jubilación, entendiéndose el concepto de «pensión a percibir» como la pensión a cargo únicamente de ese Estado miembro, sin tener en cuenta la pensión que pueda percibir de otro Estado miembro.

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación anticipada a los 60 años, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer.

El artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia.

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, en tanto permite tal percepción simultánea de pensiones cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social.

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento.

C.-En los supuestos que la norma de la UE se oponga a o regulado en la normativa interna, no procede la aplicación de lo dispuesto en la normativa interna.

El Tratado de la Unión Europea establece en su artículo 19.3

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados: a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas; b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; c) en los demás casos previstos por los Tratados».

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece en el Artículo 267 (antiguo artículo 234 TCE):

«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.»

Los procesos de estabilización en el sector público: de la reducción de la temporalidad al trabajo decente

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Pompeu Fabra

I. Introducción: sostenibilidad como estabilidad en el empleo

El concepto de sostenibilidad ha puesto otra vez sobre la mesa la recuperación del trabajo decente⁸⁴. Ello ha arrinconado la hegemonía de las políticas de austeridad de la Unión Europea, dejando paso a una nueva dimensión de los derechos humanos que abre nuevos horizontes a los de índole laboral. En el ámbito del empleo público, las políticas de austeridad han supuesto una explosión de diferentes y muy variadas situaciones jurídicas, cuyo resultado ha sido una mayor inestabilidad y precariedad de su personal, con consecuencias sensiblemente peores en sectores feminizados como sanidad y educación. Siguiendo el “modelo de segmentación de estatus” procedente del empleo privado, se observa una dualización (incluso atomización) del empleo público que perjudica de manera intensa a las mujeres⁸⁵.

⁸⁴ Ponencia de les XXXII Jornades Catalanes de Dret Social (2022). El presente trabajo está realizado en el marco del proyecto de investigación “Condiciones de trabajo decentes en el marco de la Estrategia de Transición Justa” de referencia PID2019-108628GB-100/AEI/10.13039/501100011033 financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI).

⁸⁵ CHACARTEGUI, C. (2015). Segmentation of public employment in the frame of the austerity policies: precariousness as consequence. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 36(2), guest editor López, J., 203-218.

Las políticas de austeridad no únicamente fracasaron desde una perspectiva económica, además han venido castigando a los grupos más vulnerables de la sociedad, provocado situaciones no solo de discriminación, sino también de exclusión social. Por ello, querría comenzar este trabajo aludiendo a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. Estamos delante de una Resolución crucial que marca una hoja de ruta a través de una serie de objetivos (diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible) que tienen una repercusión indudable para las personas trabajadoras a nivel mundial⁸⁶. Así pues, en la que podríamos denominar “era de la sostenibilidad” en la que estamos inmersos, la elevada tasa de temporalidad de la que viene adoleciendo España ni es sostenible ni eficiente para unas relaciones laborales del siglo XXI. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hacía eco de esta realidad a través de la ilustrativa expresión de “mal endémico” para designar los insoportables índices de temporalidad que se dan respecto al personal estatutario temporal de los servicios de salud⁸⁷.

El marco normativo derivado de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante, Ley 20/2021) y 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, son dos normas que han evidenciado la necesidad imperiosa de adoptar medidas adicionales para cumplir con los mandatos constitucionales del art. 23.2 y 103.3 CE y recuperar el principio de estabilidad en el empleo que informó nuestro ordenamiento laboral desde la misma promulgación del Estatuto de los Trabajadores en su redacción original de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, cuyo artículo 15.1 ET ya establecía que “el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido”, dicción que se ha recuperado, en su esencia, tras la reforma laboral operada por el Real Decreto Ley 32/2021.

La modernización de la Administración Pública no puede hacerse a espaldas de las personas trabajadoras a las que emplea ni del concepto de trabajo decente de la Organización Internacional del Trabajo, tal como prevé la Recomendación núm. 205 (2017), sobre el empleo y

⁸⁶ Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, Septuagésimo período de sesiones, A/RES/70/1 (21 de octubre de 2015). Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (25 a 27 de septiembre de 2015). En particular, los objetivos y metas 1.3.1, 1.5, 3, 8.8, 11.5, 11.b, 13.1 y 16.1.

⁸⁷ STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto María Elena Pérez López vs. Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid, C-16/15 (ECLI:EU:C:2016:679).

el trabajo decente para la paz y la resiliencia. Ello no queda cubierto con una mera previsión en la relación de puestos de trabajo, pues ello sigue sin suponer un dique de contención efectivo a la proliferación de la temporalidad⁸⁸. Para la OIT, la manera óptima de conseguir un desarrollo nacional sostenible es promover la buena gobernanza y la transparencia a través de condiciones de trabajo decentes para las personas que trabajan en el sector público, lo que incluye proporcionar estabilidad laboral, garantías de seguridad y salud en el trabajo y protección social⁸⁹. No es posible hacer frente a los desafíos actuales sin atender a las necesidades estructurales de los servicios públicos. La mejor gestión de la Administración depende de una correlativa gestión eficiente del empleo al servicio de las diferentes administraciones. Y esa mejor gestión pasa por la estabilidad de las personas trabajadoras, pues ello va a contribuir no sólo a garantizar las condiciones de trabajo decente de su personal, sino también a la mejora de la gestión del servicio público al que dan debido cumplimiento⁹⁰.

II. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: crónica de una promulgación anunciada

La norma de urgencia predecesora de la Ley 20/2021 –esto es, el Real Decreto Ley 14/2021 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público– ya reconocía en su Preámbulo la escandalosa cifra de temporalidad de la Administración Pública española: casi un 30 % de los empleados públicos tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública. En la actualidad, la Ley 20/2021, tiene por objeto situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 % en el conjunto de las Administraciones Públicas, actuando en tres dimensiones: 1) adopción de medidas urgentes a implementar inmediatamente para reducir la tasa de temporalidad; 2) articulación de medidas eficaces

⁸⁸ MIÑARRO YANINI, M. (2015). “Empleo público y contratos de “interinos”: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal”, Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), n.º 384/2015, p. 86.

⁸⁹ Véase, a modo de ejemplo, Organización Internacional del Trabajo. (2019). “Directrices sobre el trabajo decente en los servicios públicos de urgencia”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

⁹⁰ LORENZO DE MEMBIELA, J.B. (2009). El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi, p. 55.

para prevenir y sancionar el abuso y fraude de ley en la temporalidad; y 3) intensificación de herramientas de planificación de recursos humanos para el futuro. Existen varios factores que hay que tener presentes a la hora de analizar en qué consiste exactamente el objetivo de estabilización perseguido por parte de la Ley 20/2021. Ello obliga a una aproximación multinivel desde la Carta Social Europea, así como desde el derecho originario y derivado de la Unión Europea.

En relación a las prescripciones de la Carta Social Europea (revisada)⁹¹, la estabilidad en el empleo es uno de los pilares que conforman el derecho al trabajo. Así, el artículo 1 establece que las partes se comprometen al reconocimiento, “como uno de sus principales objetivos y responsabilidades, la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo”. En este sentido, España debe seguir manteniéndose en la senda de progreso de implementación de lo que constituye “la Constitución Social de Europa”, para mantener su posición como uno de los países que más efectividad le ha dado mediante el control de convencionalidad⁹².

La Ley 20/2021 se nutre, asimismo, de los mecanismos de control antiabusivos de la temporalidad fijados por la Unión Europea. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con fuerza vinculante de tratado⁹³, establece en el art. 31 (condiciones de trabajo justas y equitativas) que “todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”. Por su parte, el derecho derivado se diseñó en su momento por los agentes sociales europeos en los años 90, en el que la normativa europea ha tenido un papel protagonista. En la Resolución del Consejo de 9 de febrero de 1999 relativa a las directrices para el empleo de 1999, ya se invitaba a los interlocutores sociales, de todos los niveles apropiados, a negociar acuerdos para modernizar la organización del trabajo, con el fin de aumentar la productividad y la competitividad de las empresas y de alcanzar el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad. Pues bien, las organizaciones interprofesionales de carácter general, a saber, la Unión de confederaciones de la industria de la Europea (UNICE), el Centro Europeo de la empresa Pública (CEEP)

⁹¹ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021.

⁹² SALCEDO BELTRÁN, C. (2022). “Rumbo a la Carta Social Europea: navegando en aguas procelosas hacia el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías”, Documentación Laboral, nº 125, 2022, págs. 33-55.

⁹³ La Carta se convirtió en parte del Derecho originario de la UE (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea– TUE) gracias a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009).

y la Confederación europea de Sindicatos (CES), celebraron el 18 de marzo de 1999 un Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y transmitieron a la Comisión su petición conjunta de aplicar el mencionado Acuerdo marco mediante una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión, de conformidad con el apartado 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la política social. La Directiva 1999/70/CE incluye literalmente este acuerdo en su propio articulado. En definitiva, con la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada⁹⁴, su protección cobra carta de naturaleza en una norma de derecho derivado.

Con relación al tema analizado, y por lo que aquí interesa, hay que destacar, en primer lugar, que las partes de este Acuerdo reconocen que “los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores”. En segundo lugar, que el objeto del presente Acuerdo marco se configura a través de dos pilares fundamentales: a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusula primera del Acuerdo marco).

Otra de las normas europeas relevantes en lo que respecta al tema analizado es el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Esta norma va a marcar el programa de actuación del Gobierno español en la medida que las reformas e inversiones que se operen deben conducir a la creación de puestos de trabajo estables y de calidad⁹⁵.

Desde la perspectiva constitucional, los pilares que fundamentan el acceso a los puestos de trabajo de carácter público vienen dados

⁹⁴ Según el artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben [adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva (STJUE de 19 de marzo de 2020, Asunto Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219 y STJUE de 3 de junio de 2021, de 3 de junio de 2021 EU:C:2021:439).

⁹⁵ En el punto 14 se establece que “Las reformas e inversiones en cohesión social y territorial también deben contribuir a la lucha contra la pobreza y el desempleo a fin de que las economías de los Estados miembros repunten sin dejar a nadie atrás. Dichas reformas e inversiones deben conducir a la *creación de puestos de trabajo estables y de calidad*, a la inclusión e integración de los grupos desfavorecidos, y permitir el refuerzo del diálogo social, las infraestructuras y los servicios, así como de los sistemas de protección social y bienestar”.

por los artículos 23.2 y 103.3 CE, que obligan a que el acceso a las funciones públicas se efectúe en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. El artículo 103 CE exige que el desempeño de la actividad se realice con garantía de objetividad e imparcialidad, así como con el sometimiento al principio de eficacia.

La doctrina judicial ha contribuido notablemente a definir el empleo público desde la perspectiva del principio de estabilidad en el empleo. En el ámbito europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04 (Adeneler), declara que el Acuerdo marco plasmado en la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, impide aplicar una normativa nacional que, únicamente en el sector público, prohíba absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión abusiva de contratos de duración determinada que han tenido por objeto cubrir “necesidades permanentes y duraderas” del empleador. Las dos sentencias de 7 de septiembre de 2006, en los asuntos C-53/04 y C-180/04, casos Marrosu y Sardino y Vassallo, subrayan que, cuando se ha producido un uso abusivo por la utilización de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que suponga ofrecer las debidas garantías efectivas y equivalentes de protección a las personas trabajadoras, con la finalidad de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la vulneración del Derecho de la Unión.

Como ya se ha destacado anteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hacía eco del “mal endémico” que supone la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante innumerables y sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal (STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto María Elena Pérez López vs. Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid, C-16/15)⁹⁶. Aunque, a posteriori, también el TJUE haya arrojado alguna sombra en la doctrina contenida en la STJUE 5-6-2018 (Asunto Montero Mateos contra Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Madrid) y STJUE 5-6-2018 (Asunto Grupo Norte Facility).

Por su parte, la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto IMIDRA, C-726/19), ha censurado vivamente la conducta de determinadas administraciones públicas españolas, donde el empleo público pueda prolongarse, indefinidamente y sin un límite cierto, para el desempeño

⁹⁶ ECLI:EU:C:2016:679.

de un puesto de trabajo de manera interina tan sólo por el hecho de que todavía no se haya cubierto con arreglo a los principios de mérito y capacidad. Dicha sentencia recuerda la necesidad de medidas que sancionen la concatenación abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pues “cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de las personas trabajadoras efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión”. La sentencia del caso IMIDRA vuelve a hacerse eco de la figura *sui generis* de indefinido no fijo para, de alguna manera, darle carta de naturaleza temporal al reconocer que queda bajo los parámetros normativos de la Directiva 1999/70/CE, de contratos de duración determinada.

En la STJUE de 13 de enero de 2022, asunto C-282/19, remarca que para que una normativa nacional pueda considerarse conforme con el Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. Refuerza esta interpretación la doctrina contenida en la STJUE de 7 de abril de 2022, asunto C-236/20, en la cual el Tribunal insiste que “para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal, que solo en el sector público prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”⁹⁷. En este sentido, la mera convocatoria de las plazas ocupadas por personal temporal o indefinido no fijo, no es una medida que dé cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE⁹⁸.

Así pues, del acervo jurisprudencial comunitario queda claro, pues, que el origen de la figura de indefinido no fijo se encuentra en un uso

⁹⁷ STJUE de 7 de marzo de 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, apartado 34 y jurisprudencia citada.

⁹⁸ ROQUETA BUJ, R. (2023). Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 4(1), 112-129, pág. 129.

abusivo de la contratación temporal en la Administración Pública⁹⁹ y así lo certifica también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para quien: a) corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias; b) el abono de una indemnización no resulta adecuado, por sí solo, para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, c) el abono de una indemnización no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria si ello no va acompañado de otras medidas adicionales.

Como se verá más adelante, ello posee su reflejo normativo en el punto 4 (para el personal funcionario interino) y 5 (para el personal laboral temporal) de la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 20/2021, que establece una indemnización equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades.

En el ámbito nacional, la STS 67/2022, de 26 de enero¹⁰⁰ reafirma la doctrina según la cual la prolongación del contrato de interinidad por vacante más allá del plazo de tres años obliga a calificar la relación laboral como indefinido no fijo, y al consiguiente reconocimiento del derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicios a su extinción, tras la cobertura reglamentaria de la plaza (asimilable a la que el legislador considera como circunstancias objetivas)¹⁰¹. Así, dicha resolución nos está aportando criterios interpretativos que abundan en la integración de la Directiva 1999/70/CE en nuestro ordenamiento interno que refuerzan, una vez más, la doctrina jurisprudencial de la consideración de indefinidos no fijos para aquellos contratos temporales celebrados en fraude de ley. Por un lado, la sentencia recuerda que diferentes normas presupuestarias paralizaron las convocatorias públicas de empleo (en aquel momento al servicio de la conocida “austeridad”, en la línea de fomentar estabilidad presupuestaria y el

⁹⁹ DESDENTADO BONETE A., (2018). «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada», Información Laboral, 10/2018; LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F. (2020). El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, Tirant lo Blanch, Valencia; ARUFE VARELA, A. (2015). «Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: Una anomalía jurisprudencial y legal», RGDTSS, n. 40/2015.

¹⁰⁰ ECLI:ES:TS:2022:67.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2018). “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla”, Trabajo y Derecho, n.º 47/2018, p. 88.

control del gasto público). Sin embargo, es interesante cómo el Tribunal Supremo resalta que este argumento escondía una falacia, pues el gasto no se incrementaba porque las dotaciones de efectivos ya existieran, dado que no se trataban de plazas de nueva creación, sino de plazas que ya estaban cubiertas interinamente y que provocaban el mismo gasto que si hubieran estado cubiertas de forma definitiva (fundamento jurídico tercero). A ello hay que añadir que, haciéndose eco de la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo remarca que consideraciones puramente económicas y relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden obstaculizar la existencia de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

Ahora bien, la declaración de indefinido no fijo no es la consecuencia aplicable a todo supuesto de hecho. Además, la figura se desnaturaliza en el momento en que las Administraciones Públicas no proveen en un tiempo razonable las plazas¹⁰². Por ejemplo, es importante recordar que, en casos de subrogación por transmisión de empresa, derivada de una municipalización de servicios, el contrato de trabajo que tuviese la condición de fijo debe mantener dicha condición, pues, de lo contrario, se desconocerían las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE¹⁰³. La fijeza se predica del desarrollo de las funciones a las que permanezca adscrita la persona trabajadora, y siempre relacionada con la unidad productiva que se transmitió.

III. El Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. ¿Un cambio de paradigma en favor de la estabilidad?

El 5 de julio de 2021 se firmó el Acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos CCOO, UGT y CSI-F. Dicho acuerdo se acabó reflejando normativamente en el Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio¹⁰⁴, que se aprobó con un voto de diferencia (170 votos a favor, 169 en contra y

¹⁰² ROQUETA BUJ, R. (2023). Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas. Op. Cit., pág. 128.

¹⁰³ STS 1-2-2022 (ECLI:ES:TS:2022:428), STS 28-1-2022 (ECLI:ES:TS:2022:445), STS 28-1-2022 (ECLI:ES:TS:2022:270).

¹⁰⁴ Vox presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, basado esencialmente en la puesta en entredicho de la urgente necesidad de dicha norma.

8 abstenciones) y acordando su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia con 346 votos a favor, uno en contra y una abstención. Ello cristalizó en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, tras conseguir su aprobación en el Congreso de los Diputados por 170 votos a favor, 5 en contra y 156 abstenciones.

Un primer interrogante que se suscita es si la Ley 20/2021 supone un cambio de paradigma en el control de la temporalidad abusiva en la Administración Pública. La doctrina aboga por una “reforma transversal y ordenada”¹⁰⁵ que dé respuesta al principio de estabilidad en el empleo. Efectivamente, cuesta ver cambios sustanciales cuando, paralelamente, se van abriendo otras formas de temporalidad como la prevista en la Orden TES/1152/2021, de 24 de octubre, que regula, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia¹⁰⁶. En mi opinión, más bien lo que pretende la Ley 20/2021 es consolidar la estabilidad de aquellas plazas ocupadas por trabajadores que, en su mayoría, vienen concatenando numerosos contratos temporales en fraude de ley y prolongado en el tiempo. Así, el objetivo de la norma es que “la tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales” (artículo 2.3 de la Ley 20/2021), aunque la Exposición de Motivos incurre en un curioso lapsus al señalar que lo que se pretende es “situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas”, como si un porcentaje de temporalidad en España tuviera que sufrir un inevitable destino “estructural”, cuando por su propia naturaleza ha de ser coyuntural.

Para lograr sus objetivos, la Ley 20/2021 actúa desde tres dimensiones:

a) adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente; b) articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro y c) potenciación de la adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos.

¹⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2022). “El empleo público laboral a la luz de las reformas de 2021”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 3 (2022): 11-42; SANGUINETTI RAYMOND, W. (2007). “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 39, 2007, p. 23.

¹⁰⁶ La Orden TES/1152/2021 crea el “Programa de primera experiencia profesional en las administraciones públicas”. De este programa podrán ser beneficiarias de la subvención aquellas entidades que contraten a personas jóvenes trabajadoras desempleadas, mayores de 16 y menores de 30 años. Será de aplicación a estos contratos la regulación prevista sobre el contrato de trabajo en prácticas, en el artículo 11.1 ET.

En relación a la primera dimensión (medidas inmediatas para remediar la temporalidad existente), es importante partir de la premisa de que la estabilización se va a llevar a cabo, aunque las plazas estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas (art. 2 de la Ley 20/2021). De ahí que la norma haya diseñado su ámbito objetivo en función del tiempo que las plazas hayan estado ocupadas ininterrumpidamente con carácter temporal. El primero sería para las contempladas en el art. 2 (ocupadas por un colectivo que podríamos denominar “en presunto fraude de ley ordinario”) y el segundo para las incluidas en las Disposiciones Adicionales 6ª y 8ª (ocupadas por un colectivo en una suerte de “presunto fraude de ley cualificado”). Así, el artículo 2.1 de la Ley 20/2021 (bajo la rúbrica de “Procesos de estabilización de empleo temporal”), autoriza “una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que (...) hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020”. Por su parte, la Disposición Adicional 6ª, prevé una convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal fosilizado, según el cual “las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016”.



Como hemos visto, la consideración de que las plazas hayan estado ocupadas temporal e “ininterrumpidamente” es una exigencia de la norma en el artículo 2 (al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020) y en la Disposición Adicional Sexta (con anterioridad a 1 de enero de 2016). Algunos criterios de aclaración de este concepto se contienen en la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública de 1 de abril de 2022, sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Así, por ejemplo, en el punto 1.3 de la citada Resolución se considera que no supone una interrupción (a los efectos exclusivamente de la estabilización) “los períodos de tiempo en los que la plaza haya estado vacante como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo los trámites administrativos correspondientes derivados del nombramiento o contratación de nuevo personal interino o laboral tras el cese del anterior”. Y se aporta el criterio temporal de los tres meses para este supuesto, en el que podrá considerarse que no ha habido interrupción, siempre que la plaza vuelva a ocuparse efectivamente en dicho plazo. Sin embargo, no cabe entender que estos tres meses se erijan como “barrera universal”¹⁰⁷, sino que en la unidad del vínculo han de ponderarse todas las circunstancias, tal como ha ido delimitando la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por ello, junto al criterio de la Secretaría de Estado de Función Pública, ha de traerse aquí a colación otros criterios interpretativos jurisprudenciales útiles en este contexto. En este sentido, puede añadirse que determinadas interrupciones pueden resultar asimismo irrelevantes, en la línea marcada por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al definir el concepto de “unidad esencial del vínculo laboral”. Así, por ejemplo, lo ha señalado la STS de 8 de febrero de 2023 al señalar que un encadenamiento de contratos sin causa legal (aunque sólo lo sea alguno de ellos) no impide que el vínculo se convierta en indefinido, aunque entre contratos haya transcurrido un período superior a los 20 días correspondiente al plazo de caducidad de la acción de despido¹⁰⁸. Lo que deberá tenerse en cuenta a

¹⁰⁷ Utilizando la terminología de la STS 21-9-2017. ECLI:ES:TS:2017:3583.

¹⁰⁸ Para la STS 8-2-2023, ECLI:ES:TS:2023:477 “ante un encadenamiento de contratos, que, cuando uno de ellos carezca de causa legal que ampare su temporalidad o resulte inválido por contravenir disposiciones de la propia normativa, la relación deviene en indefinida sin posible subsanación por suscribir, con posterioridad, algún contrato temporal ajustado a derecho, aunque entre el contrato fraudulento y el posterior válido, o entre cualquiera de los contratos de la cadena haya transcurrido un período superior a veinte días de caducidad, por el hecho de que el propio encadenamiento en sí mismo revelaría

efectos de antigüedad del personal laboral (devengo de trienios y complementos salariales)¹⁰⁹.

Especialmente significativa es, asimismo, la STS de 2 de diciembre de 2020¹¹⁰, que establece que han de computarse todos los años de servicio prestados en los sucesivos contratos administrativos, celebrados en fraude de ley, que fueron interrumpidos unilateralmente por la empresa, para efectuar nueva contratación de obra fraudulenta. Para la sentencia, el hecho de que se produzca una “interrupción de 6 meses y seis días entre el último contrato administrativo y el contrato laboral no constituye una interrupción suficientemente significativa, capacitada para romper la unidad del vínculo, puesto que, si la actividad de la demandante ha sido siempre la misma y en las mismas condiciones, tratándose de una actividad normal y permanente”. En definitiva, el hecho de que la entidad intente una “interrupción significativa” para quebrar la unidad esencial del vínculo laboral, no rompe automáticamente el vínculo de una contratación que ha sido fraudulenta¹¹¹.

La segunda dimensión es la constituida por la articulación de aquellas medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro. Tal como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 20/2021, “si bien una tasa de temporalidad es necesaria e inherente a cualquier organización, no lo es cuando deviene en estructural y supone en algunos sectores de la Administración tasas cercanas al cincuenta por ciento de su personal”. En este punto, la norma opta por diversas medidas. En primer lugar, por el recurso a la indemnización. Así, la Disposición Adicional Decimoséptima establece, en el punto 4 (para el personal funcionario interino) y en el punto 5 (para el personal laboral temporal), una indemnización equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de

la existencia de una unidad esencial del vínculo, en definitiva, de un único contrato, tal como se desprende de una adecuada interpretación y aplicación del Acuerdo Marco sobre trabajos de duración determinada incorporado a la Directiva 99/70/CE (STJUE de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04)”.

¹⁰⁹ No así para el personal funcionario interino, pues según la STS 22-12-2022, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2022:4826), la finalización de la relación de servicio se produce en las respectivas fechas de los ceses del personal funcionario interino “no otorga derecho alguno al funcionario interino en esta situación para percibir retribuciones por el periodo de tiempo transcurrido entre el cese anterior y el inicio de una nueva relación de servicio”.

¹¹⁰ ECLI:ES:TS:2020:4178.

¹¹¹ STS 21-9-20217. ECLI:ES:TS:2017:3583.

doce mensualidades. La concesión de esta indemnización es fruto de la adaptación al ordenamiento español de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El *Decret llei 12/2022, de 27 de setembre, de mesures urgents per a la reducció de la temporalitat, de foment de la promoció interna i d'agilització de la cobertura de llocs de treball amb persones funcionàries de carrera*, prevé una serie de fórmulas propias adaptadas a la realidad de la Administración Pública catalana¹¹². Una de ellas se centra en la conciliación de la estabilización con los procesos de promoción interna con los procesos de estabilización del empleo temporal. La Ley 20/2021 no obliga a ofertar previamente a concurso de traslados las plazas que se oferten a nuevo ingreso, pero la Generalitat de Catalunya ha optado por disponerlo así. Por ello, el art. 1 se configura para dar cumplimiento efectivo al derecho a la carrera profesional vertical de las personas funcionarias de carrera a través de la regulación de turnos especiales de promoción interna para quienes no han tenido acceso a convocatorias periódicas y sistemáticas de promoción interna (y que, por tanto, han visto limitadas sus opciones de carrera profesional). La norma, en la Exposición de motivos, intenta llevar en paralelo ambos procedimientos: garantizar la promoción interna sin reducir las expectativas de estabilidad de las personas que ocupan un empleo temporal durante años cubriendo plazas estructurales en sectores como educación o sanidad. Se ha establecido que el número de plazas a convocar por el turno de promoción interna debe corresponderse con el 45 % del total de plazas de cada uno de los cuerpos, escalas o especialidades incluidos en la oferta de empleo público de estabilización de ocupación temporal de la Generalitat que dispongan de cuerpos, escalas o especialidades del grupo o subgrupo de titulación inmediatamente inferior de la misma área o especialidad (art. 1.2 del *Decret llei 12/2022*). Una vez superados los procesos de promoción interna se permite la reclasificación, con conservación del mismo nivel de destino, mediante la modificación de la relación de puestos de trabajo (art. 1.6). La norma también aprovecha para atribuir el cómputo de trienios y derechos pasivos a las personas funcionarias en servicios especiales (art. 2.2).

Por tanto, quizás avanzándose a la posible problemática en sectores como sanidad o educación, la normativa catalana se avanza en el tratamiento conjunto de los procesos de promoción interna y de

¹¹² "Acord GOV/105/2022, de 24 de maig, pel qual s'aprova l'oferta d'ocupació pública d'estabilització d'ocupació temporal" de la Generalitat de Catalunya.

estabilización en el ámbito de la Generalitat de Catalunya¹¹³, de manera que: a) el número de plazas a convocar por el turno de promoción interna se corresponde con el 45 % del total de plazas de cada cuerpo, escala o especialidad incluidos en la oferta de empleo público de estabilización de la Generalitat; b) los procesos selectivos de promoción interna se han de convocar mediante el sistema de concurso-oposición en los mismos términos que los procesos selectivos de concurso-oposición de estabilización a que hace referencia el artículo 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público; c) pueden participar en los procesos selectivos de promoción interna, las personas funcionarias de carrera en servicio activo que ocupen un puesto de trabajo del cuerpo, escala o especialidad desde el cual promocionan (o bien se encuentren en situación administrativa con reserva de puesto de trabajo) que hayan accedido como personas funcionarias de carrera dos años antes y que cumplan los requisitos legales de titulación y el resto de requisitos de la convocatoria. La norma incluye también una disposición que podríamos llamar *ad futurum*, ya que añade una disposición adicional trigésima por la que las convocatorias de pruebas selectivas pueden incluir, además de las plazas autorizadas en las ofertas de ocupación públicas, un número de plazas adicionales para cubrir futuras vacantes a cargo de las ofertas de empleo público de los dos años siguientes.

En relación a la jurisdicción competente para conocer de las demandas relativas al personal laboral, en un principio la disposición final vigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, había atribuido la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa de aquellos actos administrativos dictados en las fases preparatorias previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, introduciendo un nuevo apartado f) del art. 3 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social. Sin embargo, en el momento de cierre de este trabajo, dicho apartado ha sido declarado inconstitucional por la STC 145/2022, de 15 de noviembre¹¹⁴, básicamente amparándose en un tema formal, puesto que “la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los «actos administrativos

¹¹³ Según la Exposición de Motivos del *Decret llei 12/2022, de 27 de setembre, de mesures urgents per a la reducció de la temporalitat, de foment de la promoció interna i d'agilització de la cobertura de llocs de treball amb persones funcionàries de carrera* “cal impulsar accions urgents per fomentar l'accés a la promoció interna del personal funcionari de carrera, en paral·lel a les oportunitats de què disposa el personal temporal derivades dels processos d'estabilització de l'ocupació temporal”.

¹¹⁴ STC 145/2022, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TC:2022:145).

dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre» no tiene relación directa con el contenido propio de las leyes presupuestarias, ni es complemento indispensable de las mismas”. Tras la sentencia expuesta, y a pesar de la tradicional tendencia del Tribunal Supremo a ubicar estas cuestiones en el orden contencioso-administrativo (al resolver sobre la cuestión principal relativa al resultado del concurso)¹¹⁵, entiendo que las previsiones contenidas en los arts. 2.n) y 3.a) LRJS reubican la impugnación de los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral, sindical y de seguridad social dentro de la competencia del orden social de la jurisdicción, lo que, a partir de la declaración de inconstitucionalidad de disposición final vigésima de la Ley 22/2021 llevaría aparejada la consecuencia que el orden social ejerza su función de *vis attractiva* sobre las cuestiones relativas al proceso de selección del personal laboral de las Administraciones Públicas.

IV. Estabilidad en el empleo y principios de igualdad, mérito y capacidad: criterios jurisprudenciales para un binomio compatible

Hacer compatibles los principios de estabilidad en el empleo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas (arts. 23.2 y 103.3 CE) no sólo contribuye a garantizar los servicios públicos, sino que también refuerza la dotación de personal al servicio de las Administraciones Públicas que cubran las necesidades estructurales del servicio y eviten la judicialización.

¹¹⁵ Respecto al personal laboral, por todas, STS 29-5-2007 (ECLI:ES:TS:2007:3905). Según dicha resolución, “si el concurso para la provisión de plazas ha de ser resuelto por la autoridad administrativa, será en ese proceso de selección, o en la impugnación de sus resultados, donde haya de resolverse sobre la naturaleza de aquellas relaciones, como cuestión prejudicial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Así como también para el personal estatutario de la Seguridad Social: a partir de la entrada en vigor de la Ley 55/2003 (SS 29-5-2007, ECLI:ES:TS:2007:3962). Por el contrario, el Tribunal Supremo sí ha venido aceptando que corresponderá al orden social de la jurisdicción las cuestiones relacionadas con los concursos de traslado o ascenso (STS 29-5-2007, ECLI:ES:TS:2007:4694), pues “la condición de acto administrativo que formalmente revistió esa decisión empresarial, produce determinadas consecuencias jurídicas, que pueden llegar incluso al pronunciamiento anulatorio dispuesto por la sentencia recurrida, pero no modifica la naturaleza esencial de la relación jurídica controvertida, ni modifica la competencia del Orden Social de la Jurisdicción referida”.

A situaciones excepcionales, la norma responde con previsiones excepcionales. No en vano la cláusula 5 dedica su articulado a evitar el uso abusivo de la temporalidad. En este sentido, la constitucionalidad de la Ley 20/2021 es una cuestión no controvertida, al menos a nivel judicial (de hecho, no se ha presentado recurso de inconstitucional alguno contra la misma)¹¹⁶. Por otro lado, no podemos confundir la constitucionalidad de la norma con cómo se estaría ejecutando concretamente por cada Administración. Dicho de otra manera, el hecho de que las bases de los concursos puedan llegar a contener cláusulas de ilicitud, no convierte a la norma en inconstitucional. No obstante, existen criterios consolidados por parte de la jurisprudencia que hace que la lectura de la norma deba de ser realizada a la luz de dichos principios que se analizarán a continuación.

IV.1. Prohibición de convocatorias restringidas: una exigencia derivada de los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y transparencia

Por imperativo del art. 23.2 CE y 103.3 CE, los procesos han de ser previstos de tal manera que no sean restrictivos. Como exigencia derivada directamente de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad (y, como corolario de éste, el de transparencia en las convocatorias), en ningún caso puede aprobarse un proceso selectivo que restrinja la participación en el mismo únicamente a aquellos aspirantes que estuvieran o hubieran estado ocupando previamente esas plazas o que merme la posibilidad de que otras personas puedan acceder. Esta exigencia proviene de una consolidada y temprana doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas, pues tales referencias son incompatibles con la igualdad¹¹⁷ y además pueden ser discriminatorias por no

¹¹⁶ A diferencia de lo que sí ocurrió con el Real Decreto Ley 14/2021 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. El recurso se basaba fundamentalmente en la discusión sobre el carácter de urgente necesidad de la norma, no tanto en su inconstitucionalidad de fondo por las medidas adoptadas.

¹¹⁷ STC 42/1981, de 22 de diciembre ECLI:ES:TC:1981:42 y STC 50/1986, de 23 de abril (ECLI:ES:TC:1986:50). Así, según la STC 148/1986, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TC:1986:148). “delimitado el círculo de aspirantes por una norma no disconforme con el art. 23.2 de la C.E., la resolución del procedimiento de selección habrá de guiarse sólo por aquellos criterios de mérito y capacidad” (FJ 8).

respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procesos selectivos¹¹⁸.

En este sentido, para la STC 93/1995, de 19 de junio¹¹⁹, vulnera los arts. 14 y 23.2 C.E. que los puntos obtenidos en la fase de concurso (incluyendo los que se corresponden con los servicios prestados en régimen de interinidad en la Administración) puedan computarse también en la fase de oposición. También la STC 67/1989, de 18 de abril¹²⁰ señala que no pueden establecerse bases en términos tan singulares y concretos que acaben provocando que sólo tengan posibilidades de acceso un colectivo predeterminado de personas. En la sentencia referenciada, se pone en entredicho el denominado coloquialmente como “sistema de mochila” por la Junta de Extremadura, según el cual los puntos obtenidos en la fase de concurso podían computarse también en la fase de oposición, por lo que el colectivo de aspirantes externos debía obtener una puntuación que doblaba la mínima exigible al colectivo de interinos que concursaban para consolidar su propia plaza. Ello supone un trato desigual de privilegios a los aspirantes interinos que no posee una justificación ni objetiva, ni razonable ni proporcional, por lo que resulta arbitraria y discriminatoria para el Tribunal Constitucional.

Como consecuencia de dicha doctrina, el Tribunal Supremo ha venido reiterando que no puede establecerse como mérito la experiencia o prestación de servicios exclusivamente en la administración que convoca las plazas a concurso, pues ello podría suponer *de facto* una convocatoria restringida a un grupo de personas y, por consiguiente, discriminatoria. De manera que, por ejemplo, constituye una diferencia

¹¹⁸ Según la STC 193/1987, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TC:1987:193) se “vulneró el derecho del ahora solicitante de amparo a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, consagrado en el 23.2 de la Constitución, en la medida en que permitió a la Corporación Local -como así ocurrió- alterar, a su voluntad, el criterio establecido objetivamente de acuerdo con el baremo de méritos fijado con carácter previo y general” (FJ 5).

¹¹⁹ STC 93/1995, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:1995:93), “esta desigualdad de trato que se prevé en el apartado 3º de la base tercera de la convocatoria, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia o no de un período previo de servicios administrativos, ha de ser estimada como incompatible con los principios de mérito y capacidad” (FJ 7).

¹²⁰ Así, la STC 67/1989, de 18 de abril (ECLI:ES:TC:1989:67). señala que “a los aspirantes funcionarios con una breve antigüedad sólo se les exige en realidad para superar cada ejercicio de la fase de oposición una puntuación de 2,50 puntos, mientras que los aspirantes no funcionarios, para no ser eliminados en dichos ejercicios necesitan obtener una puntuación mínima de cinco, lo que supone una desigualdad de trato contraria al art. 23.2 de la Constitución” (FJ 5). En este sentido, vid. la STC 107/2003, de 2 de junio (ECLI:ES:TC:2003:107).

no justificada establecer un baremo en el que se computan 0,05 puntos por mes en un determinado ayuntamiento, pero no en otro. Para el Tribunal Supremo, por el contrario, se debe reconocer el derecho de las personas aspirantes a que les sean valorados todos los servicios que tenga prestados en cualquier Administración Pública, no sólo para la Administración convocante¹²¹.

IV.2. La valoración de méritos no puede ser irracional o arbitraria, ni sobrepasar “el límite de lo tolerable”

Como se ha visto en el punto anterior, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, ya que el tiempo de prestación de servicios refleja la aptitud para desarrollar una función pública o prestar servicios en el empleo público. Sin embargo, aunque los méritos deban de ser valorados, ello no puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el “límite de lo tolerable” (STC 111/2014, de 26 de junio). La cuestión resulta muy clara para dicha resolución, según la cual “la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública”¹²².

En función de lo establecido en el artículo 2.4 de la Ley 20/2021 (con relación al sistema de concurso-oposición para la articulación de los procesos selectivos ordinarios) y en el punto 3.4.1 de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública de abril de 2022 se establecen los siguientes criterios:

¹²¹ STS 18-5-2011 (ECLI:ES:TS:2011:3197). Se establecía, por servicios prestados, hasta el día de la publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial del País Vasco, en la Administración General, Foral y Local de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el Cuerpo Administrativo o equivalente o en puestos abiertos al mismo en la correspondiente relación de puestos de trabajo: 0,05 puntos por mes completo de servicios, con un máximo de seis (6) puntos.

¹²² Concluye la STC 111/2014 (ECLI:ES:TC:2014:111) que “en definitiva, no puede considerarse que el trato de favor que, como consecuencia de la valoración como mérito de la experiencia previa, otorga la convocatoria a quienes hubieren prestado servicios como funcionarios interinos o contratados temporales en puestos del grupo D en la Administración de la Seguridad Social vulnere el derecho que garantiza el art. 23.2 CE”.

- a. La fase de oposición se valorará con un 60 % de la puntuación total, pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la misma, en el marco de la negociación colectiva prevista por el art. 37.1.c) EBEP.

La jurisprudencia ordinaria ha señalado que no resulta acorde a los principios de igualdad, mérito y capacidad concentrar la fase de oposición en una sola entrevista personal sobre aspectos del currículum del candidato valorable con un máximo de 50 puntos del total de los 100 que se pueden alcanzar en todo el proceso selectivo, pues instaurar tal entrevista en sustitución de las pruebas escritas conlleva excesiva discrecionalidad técnica y falta de transparencia por parte del tribunal calificador del proceso selectivo, resultando además desproporcionada e injustificada la puntuación máxima prevista para la entrevista en relación al resto de las pruebas selectivas¹²³.

- b. La fase de concurso, que, si se celebra en primer lugar, tampoco puede tener carácter eliminatorio, tendrá una valoración de un 40 % de la puntuación, en la que se tendrá en cuenta la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate. Los puntos obtenidos en la fase de concurso no se pueden utilizar doblemente para superar la fase de oposición, dando así cumplimiento a la doctrina constitucional¹²⁴. Si la fase de concurso se celebra en primer lugar, tampoco podrá tener carácter eliminatorio. La Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública establece, con carácter orientativo, la valoración de méritos siguiente:

b.1. *Méritos profesionales*, que supondrán un máximo de un 90 % de la puntuación. Aunque la doctrina constitucional avala sin fisuras el sistema de valoración de méritos basado en la experiencia profesional, sí que hay que destacar que el porcentaje establecido por la Ley 20/2021 queda lejos del 45 % que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional venía estableciendo¹²⁵. En este punto, los criterios empleados por la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública son los siguientes: i) servicios prestados como

¹²³ STS 14-10-2020 (ECLI:ES:TS:2020:3183).

¹²⁴ STC 93/1995, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:1995:93).

¹²⁵ La STC 27/2012, de 1 de marzo (ECLI:ES:TC:2012:27), haciéndose eco, entre otras, de la STC 67/1989, de 18 de abril, 185/1994, de 20 de junio, la STC 11/1996, de 29 de enero y la STC 83/2000, recordaba la imposibilidad de superar un 45 % de la puntuación como el límite máximo a otorgar a la experiencia profesional.

personal funcionario interino en el cuerpo o escala o como personal laboral temporal en la categoría profesional de la Administración a la que se desea acceder; ii) servicios prestados como personal funcionario interino en otros cuerpos o escalas o como personal laboral temporal en la categoría profesional adscritos a la Administración convocante; iii) servicios prestados como personal funcionario interino en cuerpos y escalas o personal laboral temporal en la categoría profesional de otras Administraciones Públicas; iv) servicios prestados en el resto del Sector Público.

Según el Tribunal Supremo, la valoración de los servicios prestados como funcionario de carrera, personal fijo, y como funcionario interino o personal de duración determinada, no pueden ser objeto de valoración diferente, pues solución contraria a la expuesta supondría incurrir en un trato discriminatorio que proscribiera la Directiva 1999/70/CE¹²⁶. Estos criterios son coherentes con aquellos establecidos por la jurisprudencia ordinaria, que admite, de manera mayoritaria, la equivalencia de méritos de los servicios prestados en otras administraciones públicas (incluso aunque no se trate de la misma categoría profesional que la exigida en las bases de la convocatoria)¹²⁷, pues no existe justificación para argumentar que la experiencia obtenida en una determinada administración pueda valorarse con más puntuación que otra¹²⁸. En cambio, la jurisprudencia constitucional sí que ha admitido la posibilidad de atribuir un mérito específico concurrente tan sólo en un grupo de candidatos (que hayan prestado sus servicios en una administración provincial o local),

¹²⁶ La STS 21-7-2022, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2022:3176).

¹²⁷ Sobre ello, vid. el caso de una técnica de veterinaria que reclamó el cómputo de sus servicios para una plaza de Inspector Técnico de Calidad y Consumo en ejecución del proceso extraordinario de consolidación del empleo temporal de personal funcionario del Ayuntamiento de Madrid, aunque no se tratara de la misma categoría profesional que la exigida en las bases de la convocatoria (STS 20-5-2020, ES:TS:2020:1242).

¹²⁸ STSJ Aragón de 30-10-2015 (ECLI:ES:TSJAR:2015:1711), según la cual “no existe justificación alguna que permita considerar que la experiencia obtenida en una administración comarcal pueda valorarse en el doble que la adquirida en otra administración o el cuádruple que la propia de la empresa privada, porque no es objetivamente aceptable ni se da explicación alguna de que por las tareas a desarrollar en la Comarca; por las responsabilidades que pueda haber en ella para los puestos de que se trata o por las específicas competencias en la Comarca”.

puesto que las Administraciones Públicas tienen margen de autoorganización que se refleja en su actuación para consolidar, modificar o completar sus estructuras y concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio. Ello se refleja, por ejemplo, en el número de personas transferidas, la falta de homogeneidad de sus regímenes, las variaciones sufridas en la normativa general sobre la materia o el alcance general del programa, entre otras circunstancias¹²⁹. No son pocas las administraciones que están optando por computar de manera diferente los servicios prestados. A modo de ejemplo, en Cataluña, el artículo 7.2.1 de la Resolución PRE/1821/2022, de 9 de junio, de convocatoria de los procesos de estabilización, mediante el sistema selectivo excepcional de concurso de méritos, en relación con las categorías profesionales de personal laboral de la Administración de la Generalitat competencia de la Dirección General de Función Pública (núm. de registro de la convocatoria 400)¹³⁰ ha optado por computar con una mayor puntuación los servicios prestados en la Administración de la Generalitat respecto de la cual se solicita la participación respecto a otras administraciones públicas en categorías profesionales laborales asimiladas¹³¹.

El Tribunal Constitucional ha determinado, asimismo, que resulta plenamente coherente con la lógica del sistema de acceso basado en los principios de mérito y capacidad que el legislador haya atribuido a los entes locales interesados la fijación de un determinado porcentaje de los méritos que pueden hacerse valer en los concursos, pues ello ostenta el inequívoco respaldo de la autonomía local (arts. 137 y 140 CE). Dichos méritos “en todo caso, habrán de responder

¹²⁹ Es el caso analizado en la STC 57/1990, de 29 de marzo. Lo que contrastaba con las circunstancias que concurrieron en el proceso de transferencia de 1982, que afectó a muchas menos personas, con un régimen funcional más uniforme, y donde se trataba de una mera equiparación económica.

¹³⁰ DOGC núm. 8687 de 13.6.2022.

¹³¹ Por ejemplo, Hasta el año 2006: 0,166 puntos por mes completo; del 1/1/2007 al 31/12/2015: 0,333 por mes completo; del 1/1/2016 a la fecha de la convocatoria: 0,666 por mes completo. En cambio, cuando se trata de servicios prestados con la misma vinculación, con carácter temporal, en otras administraciones públicas en categorías profesionales laborales asimiladas a la de la Administración de la Generalitat de Catalunya respecto de la que se solicita la participación, la puntuación se realiza de acuerdo con la siguiente distribución: hasta el año 2006: 0,055 puntos por mes completo; del 1/1/2007 al 31/12/2015: 0,111 por mes completo; del 1/1/2016 a la fecha de la convocatoria: 0,222 por mes completo.

(conforme a las exigencias del principio de adecuación o de proporcionalidad) a las concretas características, de ahí su especificidad, del puesto de que se trate”, por lo que la remisión a la potestad reglamentaria de los entes locales en la fijación de un determinado porcentaje (en este caso, del 25 %, en atención a la necesaria adecuación a las características del puesto de que se trate), no conculca las exigencias de la reserva de Ley¹³².

- b.2. *Méritos académicos u otros méritos*, que supondrán como mínimo un 10 % de la valoración de la fase de concurso. En este punto, los criterios empleados por la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública son los siguientes:
- i) la posesión de titulaciones académicas o profesionales oficiales de nivel igual o superior distintas a la requerida para el acceso al cuerpo, escala o categoría correspondiente¹³³;
 - ii) los cursos de formación recibidos o impartidos, en el marco del Acuerdo de Formación para el empleo o de los Planes para la Formación Continua del Personal de las Administraciones Públicas orientados al desempeño de funciones en el cuerpo o escala o en la categoría profesional a la que se desea acceder. Sobre este particular, la jurisprudencia ordinaria ha señalado como contrario a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no establecer una puntuación a cada uno de los méritos o criterios de puntuación¹³⁴;
 - iii) haber superado alguno de los ejercicios para el acceso a dicho cuerpo, escala o categoría a la que se desea acceder.

No obstante, teniendo en cuenta la doctrina constitucional expuesta con anterioridad, la posibilidad contemplada en la Disposición Adicional Sexta y Octava (esto es, el acceso exclusivamente a través del sistema de concurso) se vislumbra como la parte más controvertida de la

¹³² STC 5-10-2000 (ECLI: ES:TC:2000:235).

¹³³ En relación a la lengua, se admite que la valoración del Euskera represente un porcentaje que no podrá ser inferior en ningún caso al cinco por ciento ni superior al veinte por ciento de la puntuación máxima alcanzable en el resto del proceso selectivo. Vid. la STSJ del País Vasco de 6-7-2001.

¹³⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 21-9-2007 (ECLI:ES:TSJCV:2007:4891). Según la sentencia, “En este caso al fijarse los méritos que se valorarían no se asignó un porcentaje o cuota a cada uno de ellos, no se distinguió por ejemplo entre la experiencia docente en el tercer ciclo ni la ordinaria si fueran clases teóricas o si fuesen clases prácticas. Tampoco se fijó un criterio de referencia uniforme respecto a las publicaciones como primer o como segundo autor ni tampoco en cuanto a la puntuación que debería atribuirse según el nivel de reputación, de difusión o de impacto de las distintas publicaciones”

norma, que, en la práctica, pudiera dar lugar a una mayor casuística ante los tribunales. Sin embargo, es una vía que, aunque excepcional, figura prevista por el propio EBEP, tanto para las personas funcionarias como para el personal laboral. Así, para el primer colectivo, la excepcionalidad es tajante, al establecer el art. 61.6 EBEP que “los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación”, y que “sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos”. El art. 61.7 EBEP también lo prevé para el personal laboral, si bien parece que, de una manera más abierta, a través de una enumeración disyuntiva, al establecer que “los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos”.

Según dispone el punto 3.4.2 de la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública de abril de 2022, sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, para los procesos derivados de la disposición adicional sexta y octava, de acuerdo con los artículos 61.6 y 61.7 EBEP, el sistema de concurso de valoración de méritos se distribuirá de tal manera que los méritos profesionales no supongan más de un 60 % del total de la puntuación máxima ni los méritos académicos menos de un 40 %. En todo caso, y en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, se prohíbe que los procesos sean restringidos, lo que implica la prohibición (no sólo formal, sino también material) de que quienes ocupan las plazas puedan impedir acceder a terceros en función de los principios de mérito y capacidad. De ahí que haya voces que hayan cuestionado que el carácter no restringido de las convocatorias es más que cuestionable respecto a la Disposición Adicional Sexta y Octava (acceso exclusivamente a través del sistema de concurso)¹³⁵. Por otra parte, según la Resolución, es factible que este sistema selectivo incluya el cumplimiento de otros requisitos específicos, como pruebas psicotécnicas o físicas, que guarden relación directa y objetiva con las funciones y tareas a desempeñar.

¹³⁵ BOLTAINA BOSCH, X. (2022). Función pública. Reflexión crítica a las orientaciones de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre aplicación de los procesos de estabilización de la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad: Las convocatorias de selección. La Administración Práctica núm. 8/2022.

IV.3. Perspectiva de género en el acceso al empleo público

La perspectiva de género en el acceso al empleo público se conforma como una obligación derivada de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que se manifiesta fundamentalmente en la composición equilibrada de los tribunales de acceso o en la modulación de los méritos desde dicha perspectiva. Ello se concreta, en primer lugar, a través del establecimiento de criterios como los recogidos en el artículo 53 de la Ley Orgánica 3/2007 y en el artículo 60.1 EBEP, para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en el tribunal calificador, entendida mediante la relación de 60 %-40 % (mínimo y máximo, respectivamente). En Cataluña, la *Llei 17/2015, del 21 de juliol, d'igualtat efectiva de dones i homes*¹³⁶, es la norma de referencia que también refiere la representación paritaria como la situación que garantiza una presencia de mujeres y hombres según la cual ningún sexo supera el 60 % del conjunto de personas a las que se refiere ni es inferior al 40 %, y que debe tender a alcanzar el 50 % de personas de cada sexo (artículo 2.i y artículo 16 en lo que refiere al acceso al empleo público).

El Tribunal Constitucional ya señaló en su STC 19 de enero de 2009 que esta medida no está comprometiendo el acceso o la promoción en la función pública y que, en consecuencia, está garantizada la concurrencia de las condiciones de mérito y capacidad. Por tanto, aboga a favor de su constitucionalidad. De hecho, este es un mandato cuyo incumplimiento puede determinar la nulidad del proceso selectivo o de alguno de sus trámites, atendiendo a las particulares circunstancias de cada caso. Ahora bien, sobre este particular, el Tribunal Supremo ha determinado que una mayor presencia sobrevenida de mujeres –por ejemplo, por el paso de la composición del tribunal calificador, en vez de 2 hombres y 3 mujeres, en la de 4 mujeres y 1 hombre para el segundo ejercicio– no comportará la nulidad, pues la aplicación de un criterio pensado para evitar su discriminación no puede provocar la nulidad de la actuación administrativa¹³⁷.

En relación con los requisitos de acceso, el Tribunal Supremo viene señalando que se considera contrario a las Directivas europeas de igualdad entre hombres y mujeres el establecimiento de un requisito de estatura mínima que perjudique mucho más a las mujeres que a los

¹³⁶ DOGC núm. 6919, de 23.7.2015.

¹³⁷ STS 8-10-2020 (ECLI:ES:TS:2020:3185).

hombres¹³⁸. En este sentido, se sigue la doctrina marcada por la STJUE de 18-10-2017¹³⁹, según la cual, al disponer que las personas que midan menos de 1,70 m. no pueden ser admitidas al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía, dichas bases afectan a las condiciones de contratación de las mujeres que se presentan, “pues un número mucho mayor de mujeres que de hombres tiene una estatura inferior a 1,70 m., de modo que, conforme a esa normativa, aquéllas sufrirían claramente un perjuicio frente a éstos en lo que se refiere a la admisión al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la Policía”. En definitiva, el requisito de estatura mínima establecido no obedece a ninguna necesidad objetiva derivada de las funciones asignadas al cuerpo de Policía, debiendo tenerse en cuenta que en el proceso selectivo existen pruebas físicas y médicas que garantizan por sí solas la idoneidad física y médica para el desarrollo de dichas funciones.

Respondiendo al mandato del artículo 14 CE, en relación con el 9.2, de la CE y del artículo 51.a) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se han venido estableciendo medidas de acción positiva en cuanto a la promoción de las profesoras en el ámbito de la universidad. En este sentido, el Tribunal Supremo ha aceptado la inclusión de un criterio relativo a la “estructura de la plantilla”, tendente a equilibrar la menor presencia de catedráticas en determinados departamentos, criterio que, a juicio del citado tribunal, se encuadra plenamente dentro de la autonomía universitaria y que supone una medida de acción positiva que atiende a la mayor o menor presencia de catedráticas en los diferentes departamentos, mediante la comparación del número de catedráticas y de catedráticos en los mismos, asignando una puntuación en función de dicha proporción. Ello conduce a que el proceso tienda a “remover los obstáculos que han conducido a un resultado de desigualdad en el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres o al menos a garantizar que el proceso no ahondará en las diferencias ya existentes”¹⁴⁰.

La doctrina del Tribunal Supremo ha evolucionado para proteger los derechos de las mujeres y permitirles conciliar la vida laboral y familiar sin que ello suponga un perjuicio para su carrera profesional, tal como prescriben los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2006/54/CE, de 5

¹³⁸ STS 14-7-2022 (ECLI:ES:TS:2022:2944).

¹³⁹ STJUE de 18-10-2017 (Asunto Ypourgos Esoterikon y Maria-Eleni Kalliri (ECLI:EU:C:2017:767).

¹⁴⁰ STS 16-10-2019 (ECLI:ES:TS:2019:3203).

de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En particular, el Tribunal Supremo vela por su derecho a reincorporarse al mismo puesto o a un puesto equivalente, a que sus condiciones laborales no se deterioren como resultado de dicho permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia. En base a ello, la posibilidad de computar el tiempo de excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo en los procesos selectivos de ingreso al empleo público (y no exclusivamente en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo) ha sido una cuestión que viene admitiendo la jurisprudencia, tanto para el personal funcionario como el laboral, conforme a los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo¹⁴¹.

Se trata de que la carrera profesional de las personas que hayan optado por hacer uso de uno de los permisos de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral a que se refiere el art. 56 de la LO 3/2007, no se vea afectada negativamente por el ejercicio de tal derecho. En este sentido, tal como subraya la STS de 19 de enero de 2023, “los mencionados preceptos de la Ley Orgánica 3/2007 han de aplicarse a todos los empleados públicos, incluidos los contratados laborales y proyectarse en lo relativo a la valoración de la experiencia previa no sólo a los procedimientos de provisión en sentido técnico sino también a los de selección. Así debe ser porque su contenido sustantivo, en tanto concreción del principio constitucional de igualdad entre mujeres y hombres, goza del alcance general que le dan el artículo 2 y su propia naturaleza”. Esa misma razón hace que no deban quedar circunscritas sus exigencias a la Administración General del Estado, pues carecería de sentido que en unas Administraciones Públicas se observaran y en otras no. De esta manera, se establece la ficción de que el tiempo en situación de excedencia por cuidado de hijos ha sido real y efectivamente trabajado a efectos de su consideración como experiencia profesional.

Dada la marcada infrarrepresentación femenina en los puestos de mayor responsabilidad en el ámbito de la judicatura, la jurisprudencia

¹⁴¹ STS 19-1-2023 (ECLI:ES:TS:2023:185); STS 19-9-2022 (ECLI:ES:TS:2022:3306), STS 22-12-2022 (ECLI:ES:TS:2022:4842), STS 10-2-2021 (ECLI:ES:TS:2021:460); STS 17-12-2020 (ECLI:ES:TS:2020:4180); STS 5-6-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1532) y STS 14-1-2020 (ECLI:ES:TS:2020:91). Así pues, la valoración del tiempo pasado en la situación administrativa de excedencia por cuidado de hijos ha de ser idéntica a la de la situación administrativa de servicio activo, con independencia de que así se haya previsto en las bases de la convocatoria del correspondiente proceso selectivo o de provisión.

del Tribunal Supremo también se ha pronunciado a favor de que la perspectiva de género se tenga en cuenta, asimismo, en la ponderación de conjunto de los méritos para el nombramiento de las presidencias de las distintas salas de los tribunales de justicia. En dichos ámbitos nos encontramos, generalmente, con dos candidaturas cuya capacidad y excelencia para ocupar la presidencia está acreditada, por lo que las consideraciones derivadas de la Ley Orgánica 3/2007 podrán ser determinantes de la selección de una candidata en caso de que la ponderación de los méritos determine una igualdad sustancial entre dos o más personas que opten a la misma plaza¹⁴², si bien no pueden conducir a que necesariamente deba haber más candidatas que las que se incluyan en la propuesta de provisión¹⁴³.

V. Compensación económica a la finalización del proceso selectivo y posible recolocación en bolsas de trabajo para quienes no lo superen

Una vez finalizado el procedimiento y formalizados los nombramientos del personal funcionario de carrera o de los contratos del personal fijo, procederá la toma de posesión de la plaza, lo que puede suponer el cese de la persona que viniera ocupando dicha plaza de forma temporal o interina si no hubiese superado dicho concurso. Ante ello, la Ley 20/2021 prevé dos consecuencias jurídicas: la primera de carácter indemnizatorio y la segunda asociada a la posible recolocación de las personas que no hubiesen accedido a una plaza.

Respondiendo al cumplimiento de la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto IMIDRA) el legislador incluye el artículo 2.6 de la Ley 20/2021, según el cual corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario

¹⁴² STS 30-5-2022 (ECLI:ES:TS:2022:2219). Para la STS 25-4-2022 (ECLI:ES:TS:2022:1574) “nos recuerda al Comisión de Igualdad del CGPJ en su informe que sigue existiendo en la actualidad una marcada infrarrepresentación femenina en las Presidencias de las Audiencias Provinciales, el nombramiento de una mujer para la plaza sometida a informe generaría un impacto de género claramente positivo”.

¹⁴³ STS 16-12-2022 (ECLI:ES:TS:2022:4753). Se señala en ella que “la Comisión tuvo en cuenta la referida exigencia legal y explicó que se había mantenido la misma proporción entre los propuestos que entre los firmantes de la convocatoria. Y no es posible equiparar este supuesto a otros precedentes en los que concurrían circunstancias específicas distintas”.

interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación de los procesos selectivos de estabilización contenidos en la Ley. En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso. No podría ser de otra manera si se pretende que el principio de interpretación conforme tenga la finalidad perseguida, esto es, que “los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta”¹⁴⁴. La dicción legal dada al art. 2.6 de la Ley 20/2021 era necesaria para separar claramente los supuestos indemnizados de los que la jurisprudencia ha negado la compensación por finalización del contrato¹⁴⁵. En cambio, sobre la cuantía de la indemnización, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de reconocer la posibilidad de aumentarla a treinta y tres días por año de servicio en el caso de sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal, a pesar de que haya existido abuso en la contratación en los términos de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE¹⁴⁶.

Para las personas que no superen los procesos selectivos, la disposición adicional cuarta establece “su inclusión en bolsas de

¹⁴⁴ Fundamento Jurídico núm. 85 de la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto IMIDRA), ECLI:EU:C:2021:439.

¹⁴⁵ Por todas, la STS 15-11-2021 (ECLI:ES:TS:2021:4098), según la cual “la reciente sentencia de 27 de octubre de 2021 (recurso de casación: 3598/2018) recuerda las anteriores de 28 de mayo y 21 de julio de 2020 (recursos de casación: 5801/2017 y 102/2018) señalando que la doctrina jurisprudencial que ha fijado esta Sala y Sección es la de que “el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional”.

¹⁴⁶ STS 22-2-2023, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2023:499). Para la sentencia, “quien se ha hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva tiene derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 EBEP”. Vid., asimismo, la STS 24-1-2023 (ECLI:ES:TS:2023:172).

personal funcionario interino o de personal laboral temporal específicas o su integración en bolsas ya existentes. En dichas bolsas se integrarán aquellos candidatos que, habiendo participado en el proceso selectivo correspondiente, y no habiendo superado éste, sí hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente”. No obstante, dicha medida, ha de quedar claro que, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE, dicha medida no constituye una medida útil para prevenir y sancionar los abusos según la normativa comunitaria, por lo que no puede sustituir otras medidas eficaces destinadas a dicho objetivo¹⁴⁷.

VI. Reflexión final: de la inestabilidad al trabajo decente

Para la Organización Internacional del Trabajo, una Administración Pública eficiente, transparente y de calidad resulta imprescindible para que exista un desarrollo social y económico sostenible, y es de interés común para gobiernos, personas trabajadoras y empleadoras. El principio de estabilidad en el empleo y las condiciones de trabajo decentes deben constituir componentes esenciales de las políticas de empleo destinadas a contratar, formar y retener a personas cualificadas y experimentadas. En el ámbito público, ello resulta esencial porque tiene un indudable impacto sobre la calidad de los servicios públicos que, quienes trabajan en el sector público, están llamados a prestar.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y muy particularmente la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19, IMIDRA), ha subrayado que la determinación del abuso en la temporalidad corresponde a los jueces nacionales y que la aplicación de las soluciones efectivas y disuasorias depende de los ordenamientos nacionales, instando a las autoridades nacionales a adoptar medidas efectivas y adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar un eventual uso abusivo de la temporalidad. En el seno de un escenario de abusividad en la contratación temporal de la Administración Pública española, el Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio (primero) y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre (después) intentan tapar las vergüenzas que ha puesto de relieve la jurisprudencia comunitaria y, especialmente,

¹⁴⁷ STS 19-9-2022, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2022:3369), STS 13-5-2022, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2022:1915), STS 12-5-2022, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2022:1821), STS 12-5-2022, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2022:1822), STS 12-5-2022, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2022:1826), STS 12-5-2022, contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2022:1913).

que permitan no comprometer los fondos europeos asignados al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Más allá de la construcción de los indefinidos no fijos, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre –y sus homólogas, como es el caso del *Decret Llei* 12/2022, de 27 de septiembre en Cataluña–, han querido situar la estabilización del empleo público como un objetivo vinculado a la modernización y mejora de la Administración Pública. Ello se ha de realizar sin renunciar a los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal como establecen los artículos 23.2 y 103.3 del texto constitucional. Los procesos de estabilización puestos en marcha en base a la Ley 20/2021 suponen una necesaria regularización de una realidad insostenible, pero siguen siendo necesarias las reformas normativas que abunden en la estabilidad en el empleo del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El complejo rompecabezas normativo de la Ley 20/2021 y sus piezas relativas a las vías de acceso, indemnizaciones, bolsas de trabajo, exclusiones, prohibiciones y reglas transitorias han de dar paso necesariamente a un sistema que garantice la estabilidad laboral del personal al servicio del sector público. La perspectiva de género en el acceso al empleo público se conforma como una obligación derivada de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que se manifiesta fundamentalmente en la composición equilibrada de los tribunales de acceso o en la modulación de los méritos desde dicha perspectiva. Todo ello en la línea de identificar los cambios con las necesarias condiciones de trabajo decente que deben ser predicables (también y por supuesto) en el ámbito del empleo público.

VII. Bibliografía

- ARUFE VARELA, A. (2015). «Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: Una anomalía jurisprudencial y legal», RGDTSS, n. 40/2015.
- BOLTAINA BOSCH, X. (2022). Función pública. Reflexión crítica a las orientaciones de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre aplicación de los procesos de estabilización de la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad: Las convocatorias de selección. *La Administración Práctica*, nº. 8/2022.
- CHACARTEGUI, C. (2015). Segmentation of public employment in the frame of the austerity policies: precariousness as

- consequence. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 36(2), guest editor: López, J., 203-218.
- DESDENTADO BONETE, A., (2018). «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada», *Información Laboral*, 10/2018.
 - LORENZO DE MEMBIELA, J.B. (2009). *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, 2ª edición, Pamplona, Aranzadi.
 - LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F. (2020). *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
 - MIÑARRO YANINI, M. (2015). “Empleo público y contratos de “interinos”: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, n.º 384/2015.
 - MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2022). “El empleo público laboral a la luz de las reformas de 2021”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 3 (2022): 11-42.
 - ROQUETA BUJ, R. (2023). *Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las administraciones públicas*. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 4(1), 112-129.
 - ROQUETA BUJ, R. (2022). *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.
 - RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2018). “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla”, *Trabajo y Derecho*, n.º 47/2018.
 - SALCEDO BELTRÁN, C. (2022). “Rumbo a la Carta Social Europea: navegando en aguas procelosas hacia el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías”, *Documentación Laboral*, n.º 125, 2022, 33-55.
 - TERRADILLOS ORMAECHEA, M. E. (2022). *Estudio de las medidas sancionadoras y reparadoras del abuso en la contratación temporal en el empleo público contempladas en la Ley 20/2021 y en el Real Decreto-Ley 32/2021, con especial referencia a la figura del personal indefinido no fijo*. *Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, (47).

La indemnización adecuada: Qué es, cuándo puede pedirse y cómo debe computarse

La indemnización adecuada es un concepto jurídico que nace del convenio de la OIT n.º 158, de fecha 22 de junio de 1982 y ratificada por el Estado Español en fecha 26 de abril de 1985; concretamente, en sus artículos 8, 9 y 10, especialmente este último donde aparece el concepto “indemnización adecuada”:

“Sección C. Recurso Contra la Terminación

Artículo 8

1. El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.
2. Si una autoridad competente ha autorizado la terminación, la aplicación del párrafo 1 del presente artículo podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.
3. Podrá considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación.

Artículo 9

1. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.
2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas:
 - a. Incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio;
 - b. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales.

3. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio.

Artículo 10

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.»

Este concepto viene recogido, posteriormente y casi de forma idéntica, por la Carta Social Europea, en su artículo 24. Si bien la Carta Social data del año 1961, la revisada es del año 1996, y no fue ratificada por España hasta junio de 2021. Su texto es el siguiente:

«Artículo 24

Derecho a protección en caso de despido Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

- a. El derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;

b. El derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.»

El hecho de que el concepto de indemnización adecuada provenga de la Carta Social Europea y de que ésta no haya sido ratificada hasta hace relativamente poco es por lo que dicha indemnización no ha sido alegada ni otorgada hasta la fecha.

No obstante, previamente a la ratificación por el Estado Español de la CSE, y en base al principio de convencionalidad, esto es, la posibilidad de que los órganos judiciales de cualquier rango puedan aplicar norma recogida en tratados internacionales (Ley 24/2014 de 27 de noviembre de 2014), dos juzgados aplicaron el artículo 10 del convenio 158 de la OIT y, por ello, aplicaron por vez primera el concepto de indemnización adecuada.

Así, el primer juzgado en aplicar el mencionado precepto fue el Juzgado Social n.º 34 de Madrid, n.º 71/2020 de 21 de febrero de 2020. En esta sentencia, el Juzgador (en una extensísima sentencia) cuestionaba la Ley 3/2012, acerca de si el nuevo cálculo de indemnización por despido improcedente calculada en el artículo 56 ET contravenía el concepto de indemnización adecuada postulado en el art. 10 del convenio 158 de la OIT. Esta sentencia, no obstante, cuestionaba más la norma en sí misma –la mencionada Ley 3/2012, la famosa “reforma laboral”– que el supuesto de hecho concreto.

Con posterioridad, el Juzgado Social n.º 26 de Barcelona, n.º 170/2020, de 31 de julio de 2020, aplica de nuevo el concepto de indemnización adecuada, igualmente basada en el art 10 del convenio 158 OIT –España no había ratificado entonces la Carta Social Europea de 1996–, pero en esta ocasión, a diferencia del Juzgado Social n.º 34 de Madrid, aplica tal concepto al supuesto.

Éste, concretamente, se basaba en un trabajador que había dejado su país, Argentina, para aceptar una oferta de trabajo muy atractiva en Barcelona. A los siete meses, en plena pandemia por la Covid-19, la empresa despide al trabajador con carta claramente improcedente. La parte actora plantea la improcedencia del despido y la nulidad.

El Juzgador entiende que la improcedencia debe prosperar, de igual forma que la nulidad no puede, puesto que no hay fundamento para el mismo puesto que no se vulnera derecho fundamental alguno ni nos encontramos ante ningún supuesto legalmente tasado como nulo.

Sin embargo, el Juzgador entiende que las circunstancias que rodean el despido y la indemnización a la que tiene derecho el trabajador (33 días por año, que en este caso al llevar tan solo siete meses en la empresa no alcanzaba ni un mes de salario), sumado a la circunstancias personales (el cambio de país), sumado al contexto laboral (el trabajador no tenía derecho al paro), sumado al contexto social (pandemia Covid e imposibilidad de encontrar nuevo empleo), entendía por ello que la indemnización no era suficiente para compensar el daño sufrido. Aplicó por ello el art. 10 del conv. 158 OIT y aumentó la indemnización 12 veces su importe.

Esta sentencia fue recurrida en suplicación. La sentencia que conoció del recurso, n.º de Recurso 5233/2020, n.º de Resolución 2273/2021, cuya lectura es casi obligada, estimó el recurso presentado por la empresa por entender que, al no haber sido solicitada tal indemnización en la demanda, creaba indefensión. Sin embargo, la propia sentencia, a pesar de estimar el recurso –por motivos claramente procesales–, entró en el fondo y se mostró claramente a favor del concepto de indemnización adecuada, en los supuestos de despidos antijurídicos o que incurran en fraude de ley o abuso de derecho; así se manifestaba la Sala Social del TSJC:

«Sin duda que, *legiferendariamente*, sería aconsejable que el legislador efectuara una profunda revisión de nuestro modelo de despido y de extinción de contratos en tanto que el actual marco legal crea obvias disfunciones. Entre éstas resulta destacable que, con excepción de los despidos colectivos, nuestro ordenamiento no contempla en la actualidad ninguna singularidad en la calificación y/o los efectos de los despidos antijurídicos, por tanto, aquellos que sean contrarios a legalidad o incurran en fraude de ley o abuso de derecho. Superada por la doctrina jurisprudencial desde hace ya lustros la figura de la nulidad en estos casos emerge la evidente paradoja de la absoluta equiparación de efectos entre un despido que no supere el juicio de formalidad (por ejemplo, la omisión de la fecha de efectos o la insuficiencia de la misiva extintiva) con aquellos otros en los que la decisión empresarial de poner fin al contrato persigue un fin ilícito o contrario a legalidad [...]

[...] Ocurre que en determinados supuestos excepcionales la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar “adecuada” y, por tanto, contraria al citado artículo 10 Convenio 158 OIT. En estas situaciones puntuales no resulta descartable a nuestro juicio que se superen los límites legales. Para que ello ocurra **será necesaria la concurrencia de dos requisitos coincidentes: por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato.**»

Cuestión distinta que se plantea es cómo debe computarse tal indemnización. Partiendo de la premisa de que no hay cómputo alguno tasado, la propia sentencia ofrece algunos parámetros o ideas; una de ellas es la aplicación del artículo 281.2 b) de la LRJS, que si bien se refiere a la mejora indemnizatoria en los supuestos de incidentes de ejecución por despido, los + 15 días de indemnización, entiende la Sala que es aplicable a los supuestos de indemnización adecuada, si bien como referencia:

«Pues bien, cabe indicar que nuestra legislación positiva regula un concreto supuesto de disponibilidad sobre las indemnizaciones tasadas;

en concreto, el artículo 281.2 b) permite el incremento de los límites del artículo 56 ET en hasta quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades. Ciertamente la medida está diseñada para la ejecución de sentencias firmes en materia de despido; sin embargo, a nuestro juicio es este un precepto aplicable por analogía en los singulares supuestos analizados, al poner en evidencia la voluntad legislativa de permitir superar los umbrales ordinarios, imponiendo otro límite superior, por lo que mutatis mutandis dicho precepto podría resultar de aplicación en estos casos.»

Para otros supuestos de cálculo ya nos iríamos a otros conceptos, como la indemnización objetiva tasada, para ello es buena alternativa recurrir a la LISOS; o bien acudir a criterios más subjetivos, en cuyo caso nos encontraríamos ante un concepto de indemnización civilista, incardinable en el art 1101 y ss del código civil.

En suma, nos encontramos ante una auténtica tercera vía a la hora de reclamar por despido, que, si bien hasta ahora la pretensión se limitaba a la improcedencia y a la nulidad, si bien esta última se podía incluir una mayor indemnización por daños causados, ahora se abre una tercera vía, la de la indemnización adecuada, para los supuestos de despido que, como dice el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, se produzcan de forma antijurídica, abuso de derecho o fraude de ley.

Discriminación algorítmica en el marco de las relaciones laborales: interpretación jurisprudencial

NYRA BARRETO GUTIÉRREZ

Letrada

Resumen

En esta comunicación se pone en relación la ponencia de la profesora y abogada Pepa Burriel “*El poder de la tecnología sobre el mundo del trabajo: aspectos jurídicos y prácticos*” toda vez que se analiza el impacto de la cuarta revolución industrial, especialmente, la forma en la que la inteligencia artificial afecta a nuestros derechos como personas trabajadoras y cómo ello crea y obedece inevitablemente a escenarios de discriminación.

Palabras clave: inteligencia artificial, algoritmos, discriminación y derechos fundamentales.

I. Introducción

Que formamos parte de la era digital es algo evidente, así como que las nuevas tecnologías están tan presentes en nuestras vidas que cualquier cavilación sobre lo que nos condicionan está integrada en un imaginario de consenso colectivo construido desde donde se erige el poder. La acérrima relación con la tecnología y la digitalización ha reforzado la sociedad de la información y, además, ha impulsado la irrupción de una sociedad cada vez más digital: un modelo de sociedad que se

caracteriza por desarrollarse, en su mayor parte, en el espacio virtual o digital. En este sentido, podríamos decir que la Inteligencia Artificial es el eje central del proceso de digitalización y ésta se define como un conjunto de métodos científicos, teorías y técnicas científicas, cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos.

El repentino tratamiento masivo de datos mediante la Inteligencia Artificial y el Big Data tienen innegables beneficios para la productividad. Sin embargo, la sobreinteracción con las nuevas tecnologías han provocado, no sólo lo que ya conocemos como “huella digital”, sino también fruto del acceso ilimitado y el tratamiento de macrodatos, la construcción de una auténtica sociedad de control, fuente de discriminación y de vulneración de derechos fundamentales.

La transición digital ha transformado los hábitos de consumo y las formas de relacionarnos los unos con los otros evidenciando, por una parte, la transformación de los procesos productivos que, a pasos agigantados, ha sustituido los factores de producción, la fuerza de trabajo de las personas trabajadoras, por otros que permiten una mayor producción, las máquinas. Por otra parte, podemos, sin mucho esfuerzo, vislumbrar el deslustre del mercado de trabajo que se irá acentuando a medida que se vayan sofisticando las máquinas.

Esta comunicación pretende analizar algunas de las incidencias menos evidentes que surgen por el proceso de digitalización, pertenecientes a la esfera más social del trabajo que atañe directamente a las personas trabajadoras como contrapunto al ímpetu digital, para advertir de los riesgos de un uso incontrolado de la tecnología en ciertos ámbitos, como puede ser, el del trabajo asalariado. Este análisis se hace abordando un conjunto de aspectos diversos que rodean esos cambios y que actualmente forman parte de una embrionaria, aunque creciente, preocupación colectiva, que se incardina directamente a esta nueva insoslayable realidad que vocifera la incorporación de los principios éticos a la introducción de las nuevas tecnologías en las relaciones de trabajo.

El Ministerio de Ciencia e Innovación (MICINN) ha trabajado en una Estrategia Española de I+D+i en Inteligencia Artificial que establece una serie de prioridades en este sentido, y ello se enmarca como una condición en el desarrollo de las tecnologías y aplicaciones de la Inteligencia Artificial vinculada a dicha estrategia, entre las que se encuentra precisamente el evitar el sesgo negativo y los prejuicios de los que adolece nuestra sociedad, como el de género, raza u otras formas de discriminación, surgidas como consecuencia de las nuevas

realidades digitales. Este nuevo marco social conlleva la necesidad de resignificar los riesgos de discriminación para tener los mecanismos necesarios que permitan su detección y prevención.

La incipiente integración de las nuevas tecnologías ha prescindido de un análisis de impacto, en este caso, sobre las personas trabajadoras y, por consiguiente, sobre sus derechos. Si bien es cierto que la Agencia Europea de los Derechos fundamentales ha elaborado propuestas para su protección frente al desarrollo de los algoritmos de entre las que destaco la exigencia firme de transparencia sobre el proceso de elaboración de los algoritmos que permitirá detectar y, por tanto, corregir cualquier aplicación indebida. Asimismo, la realización de evaluaciones de impacto sobre los derechos fundamentales, que incluye una medición del “potencial de discriminación”, nos permitirá también identificar posibles sesgos en su aplicación y, por lo tanto, en los resultados obtenidos de ellos¹⁴⁸.

Los escenarios de discriminación, como resultado de estos nuevos riesgos emergentes son precisamente el objeto de la comunicación poniendo en valor condicionantes que requieren de la protección de políticas públicas destinadas a mitigar el daño que se agrava en según qué colectivos. En esta breve investigación de la transición digital pongo el foco en las discriminaciones que surgen doblemente agravadas por razón de sexo, raza y edad.

Al parecer no es tan evidente que el progreso digital debe tener un soporte jurídico basado en valores ético-sociales, en tanto que, las decisiones automatizadas y la utilidad que pueda tener para las organizaciones tienen el potencial de afectar de forma significativa a los derechos y libertades de las personas. El progreso tecnológico no puede ir en detrimento de los derechos de las personas trabajadoras, todo lo contrario, debería contribuir en pro de la garantía y protección de los derechos fundamentales frente a la toma de decisiones automatizadas con virtualidad para lesionarlos.

¹⁴⁸ *The European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) #BigData: Discrimination in data-supported decision making, 2018.*

II. Discriminación algorítmica

II.1. Discriminación algorítmica en el ámbito laboral

Las plataformas digitales han protagonizado probablemente la transformación más radical de la propia disciplina del Derecho del Trabajo, abriendo paso a la resignificación de las relaciones laborales con sus contingencias y exigencias. En este sentido, hay quienes defienden que lo que cambia es el trabajo (tipo de trabajo, lugar de trabajo, exigencias, etcétera), pero no la noción de la persona trabajadora. En concreto, el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca, el Sr. Manuel Carlos Palomeque López, en el marco del Simposio Iberoamericano OIT “El futuro del trabajo. Un escenario de cambios tecnológicos y transformaciones productivas” en el año 2018 con su ponencia titulada “La diversidad de la población trabajadora: las transformaciones de la noción de trabajador”¹⁴⁹, explica que la noción del trabajador no ha experimentado ninguna variación, y ello por cuanto si la noción de persona trabajadora es un concepto formal, institucional y juridificado que se pone en relación al ordenamiento jurídico, la recepción formal de la noción de persona trabajadora (noción central como sujeto) sigue comportándose en los códigos y en las normas que lo regulan de forma uniforme a cómo lo venía haciendo. Sin embargo, lo que ha experimentado una profunda transformación es el trabajo, el empleo, la prestación que se exige a quien trabaja, la localización, etcétera.

La Inteligencia Artificial está, por lo tanto, transformando, a una velocidad abismal, las relaciones laborales. Este escenario tiene un claro impacto sobre los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y supone abordar los retos que se nos presentan. Nos centraremos precisamente en la problemática desde la perspectiva de la prohibición de discriminación, desde el derecho a la igualdad en las relaciones de trabajo, cuyo estudio y actualización es fundamental para la identificación de los rasgos que definan la discriminación algorítmica, como categoría jurídica, y frente, a la cual, la tutela antidiscriminatoria ha de amurallarse en la normativa laboral como quien resguarda el cofre desde el que se protegen los derechos laborales.

El escenario que nace como fruto del uso generalizado de algoritmos y que se edifica como una mano imparcial e invisible, que determina los

¹⁴⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. “La noción de trabajador y el ámbito de la norma laboral”. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, ISSN 2386-8090, págs. 10-14 N.º. 53, 2019.

procesos de contratación, selección de personal, de la propia oferta de empleo o de los mecanismos de promoción profesional, sitúa en un marco de extrema incertidumbre a quienes planteen que dichas decisiones responden a una serie de datos previamente introducidos que no son neutros. La complejidad radica en el hecho de que esta mano no es “humana”, sino “digital”, lo que en sí dificulta sobremanera, la propia reclamación contra la decisión asistida por un algoritmo. El punto central reside en que se ha constatado que, si bien el diseño del algoritmo no está conscientemente sesgado, en tanto que tiene una apariencia, a priori, neutral, la introducción de los datos de los que se nutre sí lo están, por cuanto, el conjunto de datos utilizado se corresponde con el comportamiento humano que está imitando. A fin de cuentas, la Inteligencia Artificial no deja de ser la simulación de los procesos humanos por parte de las máquinas, así lo recoge la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial de 4 de diciembre de 2018, como el “conjunto de métodos, teorías y técnicas cognitivas cuya finalidad es reproducir, mediante una máquina las habilidades cognitivas de los seres humanos”.

Por ello, no puede sino concluirse que la automatización de decisiones no sólo se instalará perpetuando estereotipos y acentuando aún más la segregación laboral, sino que, además, generará tensiones e inseguridad jurídica a la hora de abordar las acciones previstas para la impugnación de estas decisiones que parten del escenario de que sí se puede responsabilizar a quien pretenda usarla prescindiendo de cualquier tipo de ética.

Hilvanado con lo anterior, jurisprudencialmente se está dando “respuesta” a todo este joven, y del todo inconcluso, escenario de la digitalización de los procesos de gestión de las relaciones laborales en ámbitos privados y públicos con sentencias como la STS de 8 de febrero de 2021, núm. 163/2021¹⁵⁰, que sucumbe a las tendencias del sector del reparto de comida a domicilio admitiendo la geolocalización de trabajadores bajo la condición de “proporcionar tal herramienta de trabajo de su titularidad a los trabajadores de la misma”.

¹⁵⁰ STS 163/2021, 8 de febrero de 2021. Se confirma la nulidad del proyecto establecido por una compañía de comida rápida que obligaba a sus repartidores a aportar su teléfono móvil para proceder a su geolocalización. Se considera que dicha obligación supone una vulneración al derecho de privacidad de los trabajadores, además de haber incurrido la empresa en abuso de derecho al no informar debidamente de lo que ello implicaba. Se desestima recurso de casación.

Por otra parte, en relación a los sistemas de control de la actividad, la STC 160/021 de 4 de octubre¹⁵¹, se obvia por completo la condición pactada con la representación del personal de la empresa, consistente en excluir el uso de la monitorización de las conversaciones telefónicas de las personas trabajadoras de fines disciplinarios para primar el control empresarial de la actividad personal. Dicha condición constaba como hecho probado y su tenor literal era el siguiente:

«(ii) la empresa firmó el 18 de noviembre de 2003, con la representación de los trabajadores, un documento de desarrollo de compromisos en que, en relación con la monitorización de las llamadas de los asesores, “la dirección de la empresa manifiesta que la finalidad del proyecto es la identificación de carencias formativas para la prestación de los servicios de atención y ventas, que permita la elaboración de planes individuales de formación y mejora de competencias capaces de superar las referidas carencias [...], asumiendo la empresa el compromiso de que la monitorización no tendrá, en ningún caso, como objetivo su utilización como un mecanismo disciplinario”.»

Resulta interesante citar aquí la sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia de 17 de noviembre de 2020¹⁵², por entender la transversalidad de los derechos que pueden ser lesionados por el algoritmo “Frank”. En este caso, se analiza la legalidad del mencionado algoritmo, utilizado por la conocida plataforma Deliveroo para la asignación de franjas horarias, en base a dos índices: fiabilidad y disponibilidad. El índice de fiabilidad tiene en cuenta el número de ocasiones en que el *rider* no cumple con una sesión de trabajo previamente reservada. En lo que respecta a la disponibilidad, hace alusión al número de horas que la persona trabajadora ha estado conectada en horas de mayor demanda (de 20:00 a 22:00 horas de la noche de viernes a domingo). Resuelve el Tribunal que el algoritmo empleado por la plataforma es indirectamente discriminatorio, por cuanto, la variable penaliza a aquellas personas que se ausentan temporalmente de la plataforma en esa franja. Es lógico vislumbrar el dantesco impacto de género que tiene esa penalización, ya que, esa franja está ocupada estadísticamente por más hombres que mujeres, lo que es evidente que, a pesar de los esfuerzos de las feministas, a día de hoy aún es ardua la tarea de la equiparación entre

¹⁵¹ Sala Segunda TC Sentencia 160/2021, de 4 de octubre de 2021. Recurso de amparo 3884-2017. Procedimiento por despido. Utilización de la grabación de conversaciones telefónicas mantenidas con los clientes como medio de acreditación del incumplimiento grave de las obligaciones laborales.

¹⁵² *Tribunale Ordinario di Bologna* de 27 de noviembre de 2020, causa 2949/2019. La sentencia resuelve una demanda presentada por varios sindicatos contra Deliveroo Italia SRL, una de las principales plataformas de envío de comida a domicilio, por discriminación en las condiciones de acceso al trabajo por parte de los *riders*.

hombres y mujeres en las tareas de correlación de responsabilidad para el cuidado de los y las menores. Ello nos lleva a evidenciar que el colectivo más perjudicado, por ese algoritmo, corresponde, precisamente, a las mujeres trabajadoras.

En definitiva, la tendencia a la mercantilización de las relaciones laborales, la intromisión de las nuevas tecnologías bajo quienes, en nombre del progreso, saquean y vacían el Derecho Social, poniendo en jaque los derechos de las personas trabajadoras, hace que las acciones para identificar estas conductas discriminatorias sean cada vez más complejas. Estas dinámicas dinamitan las redes entre las personas trabajadoras, atentando directamente contra la comunicación y organización entre éstos, provocando la despolitización del trabajo que aísla y divide. Es la dignidad humana, el fundamento de los derechos humanos y ello implica necesariamente que nuestro ordenamiento jurídico responda a estas exigencias por medio de un sistema jurídico que ponga en valía lo ético.

II.2. Sesgo de género en el ámbito de las plataformas digitales

A pesar de los avances y logros alcanzados en la lucha contra la violencia de género, la persistencia de este tipo de violencia ha obligado, a los poderes públicos, a seguir avanzando en el reconocimiento de derechos y en el desarrollo de las políticas públicas destinadas a suprimir la violencia machista en todas sus formas de nuestra sociedad. La erradicación de la violencia contra las mujeres es una lucha a la que debe sumarse toda nuestra sociedad, una responsabilidad unánime que precisa de una actuación conjunta con la indispensable colaboración entre las distintas instituciones.

Desde la perspectiva del Derecho de Igualdad, con el término género se alude a las características que, tradicional y socialmente, se han atribuido a los roles, las percepciones y los estatus de las mujeres y de los hombres en una sociedad. Estas características están relacionadas con el carácter cultural y responden a una forma de socialización asimétrica y desigual, estrechamente vinculada a las estructuras de poder socio-sexual que subyacen en el Derecho¹⁵³.

Por lo tanto, este concepto parte del reconocimiento de que, históricamente, las mujeres han sido discriminadas y, por esta razón, es

¹⁵³ Memento Experto Violencia Machista, Francis Lefebvre Ediciones, 2019.

necesario llevar a cabo acciones que eliminen la desigualdad histórica, de forma que se sienten las bases para una efectiva igualdad de género entre mujeres y hombres. Ambos conceptos, sexo y género, han sido transferidos desde imaginario colectivo humano a pasar a formar parte del entramado de clasificación y procesamiento de datos, los algoritmos, como elemento de un sesgo discriminatorio.

Tratando de fijar los puntos de referencia sobre un tema crítico y en un momento singular de mutación histórica, otra de las cuestiones más preocupantes, que se encuentran íntimamente vinculadas a las discriminaciones y sesgos que, inherentemente, los algoritmos pueden producir, es el progresivo subyacente fenómeno de potenciación de los sesgos ya existentes que contribuyen a perpetuar las desigualdades y que suponen un evidente perjuicio para colectivos históricamente discriminados, como lo es el caso de las mujeres. En síntesis, los algoritmos no sólo reproducirán modelos de conducta, sino que, además, constituirán un auténtico megáfono virtual al que se le ha alimentado con prejuicios, estereotipos y parámetros discriminatorios. Es, por ello, que advertir este sesgo de género es prácticamente lo esperado de un sistema en el que aún lo masculino representa la medida universal. En este marco, no debe sorprendernos que los sesgos de género y raza operen con mecanismos epistémicos similares, estando muchas veces entrelazados.

Esto se evidencia, por ejemplo, en la detección de rostros humanos por las plataformas digitales, en concreto, en las aplicaciones. En este sentido, destaca el trabajo de investigación realizado por la Informática y Activista Digital, Joy Buolamwini, junto a Timnit Gebru, Ingeniera e Investigadora en Ética de la Inteligencia Artificial, titulado “Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification”¹⁵⁴, en el que se concluye que los algoritmos de aprendizaje automático pueden discriminar en función de clases, como la raza y el género. Esta investigación estuvo enfocada a evaluar el sesgo presente en los conjuntos de datos y algoritmos de análisis facial automatizado con respecto a los subgrupos fenotípicos. Concluyen con pruebas que demuestran cómo estas macrobases tienen mayor dificultad para identificar rostros de piel oscura, así como también evidencian menor sensibilidad para reconocer rostros de mujer.

Asimismo, también son numerosas las publicaciones referidas a todo tipo de relaciones sociolingüísticas, que inciden en el sesgo de género

¹⁵⁴ JOY BUOLAMWINI “Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification”, Timnit Gebru Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency, PMLR 81:77-91, 2018.

como demuestra, por ejemplo, el estudio que realiza Tolga Bolukbasi en su artículo «Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings»¹⁵⁵, que evidencia cómo el sexismo hace que, al introducir una búsqueda, ellos sean médicos y ellas enfermeras. La constelación de los pares de palabras o de la introducción de encajes de palabras¹⁵⁶ de dichas bases de datos incluye sesgos de género precisamente porque el lenguaje no es neutro.

Así pues, utilizando la evaluación de trabajadores colectivos, así como los puntos de referencia estándar, demostramos, empíricamente, que nuestros algoritmos reducen significativamente el sesgo de género en las incrustaciones de códigos y patrones mostrando sesgos de género semántico-estructurales implícitos en las enormes bases de datos susceptibles de ser analizados por medio de las técnicas de tratamiento y, por lo tanto, también susceptibles de ser corregidas. Otro claro ejemplo de este sesgo, en materia de género, se evidenció en el sonado proyecto que Amazon emprendió para la selección de los currículums de candidatos y candidatas mediante un sistema de Inteligencia Artificial¹⁵⁷.

La compañía finalmente acabó con la disolución del experimento al constatar que, sistemáticamente, el algoritmo desechaba las candidaturas de mujeres, aunque tuviesen mejor currículum. Esto se debe a que el sistema de Inteligencia Artificial del algoritmo había sido alimentado con el historial de contrataciones donde había una gran mayoría de hombres, de esta forma, el algoritmo aprendió que los candidatos masculinos eran preferibles, penalizando así los currículums en los que constaba el género femenino. En síntesis, una vez más, la realidad alimenta la artificialidad.

Se debe cuestionar los resultados de un algoritmo cuando éstos no tienen bases de datos equitativas, certificación de la calidad de los algoritmos y también cuando sus equipos, técnicos y de programación, carecen de diversidad, puesto que, de lo contrario, la objetividad será siempre pretendida, pero no efectiva.

¹⁵⁵ BOLUKBASI, TOLGA & CHANG, KAI-WEI & ZOU, JAMES & SALIGRAMA, VENKATESH & KALAI, ADAM. (2016). "Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings."

¹⁵⁶ Un encaje es una instancia de una estructura matemática contenida dentro de otra. Para que se de un encaje, nuestra estructura X, que queremos encajar en Y, tiene que ser insertada de manera inyectiva con una función tal que $f: X \rightarrow Y$.

¹⁵⁷ DASTIN, J. Reuters. «Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista», Reuters, a 14 de octubre de 2018.

De ahí radica la importancia de evitar la asignación a individuos o colectivos que atiendan y perpetúen la reproducción de estereotipos en la recopilación, etiquetado, selección y diseño de datos, cuestión, especialmente incisiva, en las representaciones de las mujeres en ramas, tradicionalmente, ocupadas por hombres, como la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas. Por lo tanto, antes del entrenamiento del proceso de datos de la Inteligencia Artificial, dichos datos han de codificarse de manera neutra y objetiva, con datos sustantivos que correlacionen elementos sin que los propios valores-deseos de las personas que los programen influyan en los parámetros y decisiones, siendo, para ello, necesario que, en los equipos que los conformen, haya paridad y diversidad, y que, a su vez, estos equipos tengan una formación ética que refuerce una conciencia adquirida que promueva valores de igualdad, de forma que, al comenzar el procesamiento de datos para el algoritmo, estos datos obedezcan a una sociedad justa, igualitaria, progresista y diversa. De lo contrario, si los datos de formación no son equilibrados o inclusivos, el sistema de IA, formado a partir de esos datos, no podrá extraer generalizaciones correctas y condenará a los colectivos más vulnerables, a que, frente a ellos, se tomen decisiones injustas¹⁵⁸.

II.3. Tecnología digital y discriminación por razón de edad

La discriminación por razón de edad en el ámbito laboral se configura como una de las causas más usuales de discriminación. Sin embargo, a nivel nacional, sorprende el hecho de que, a pesar de ello, la Constitución Española no recoge expresamente la edad como causa de discriminación, si bien, podemos encajarlo dentro del tenor literal del artículo 14 como “cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”.

Si bien, como precedente, tenemos la importante Sentencia del Tribunal Constitucional Español 22/1981, de 2 de julio de 1981¹⁵⁹, que concluyó que la edad podría ser considerada como un factor causante del trato discriminatorio al evaluar como discriminatoria la disposición adicional quinta contenida en el Estatuto de los Trabajadores en relación a los artículos 14 y 35 de la Constitución, estableciéndose la edad máxima para trabajar en sesenta y nueve años. Este hecho provocó la

¹⁵⁸ Comisión Europea. Resolución 72/540 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2018.

¹⁵⁹ Sentencia 22/1981, de 2 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981) ECLI:ES:TC:1981:22.

transgresión del derecho al trabajo a aquellas personas trabajadoras españolas que superasen dicha edad, al ser violado el principio de igualdad y, en consecuencia, considerado anticonstitucional.

Por otra parte, en el ámbito de la Unión Europea, no fue hasta el año 2000, cuando aparece la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre del año 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, mediante la cual se prohíbe la discriminación por una serie de circunstancias, entre otros, por razón de edad. La discriminación por razón de edad se manifiesta, principalmente, en el ámbito laboral, concretamente, en dos momentos: el inicio y fin del contrato de trabajo. En el primer supuesto, exigiendo una experiencia mínima, lo que supone una determinada edad para el acceso al empleo y, en el segundo supuesto, estableciendo criterios o preferencias fundados en la edad para determinar la extinción del contrato de trabajo o, incluso, la salida del mercado laboral. Podemos decir, por lo tanto, que la edad condiciona el trabajo.

La discriminación lleva aparejada una diferencia de trato en personas que, tradicionalmente, han sido objeto de acoso, persecución o marginación en la sociedad, perpetuando un trato diferenciado que, no sólo es negativo, sino que atenta contra su dignidad. La prohibición de la discriminación, tanto por edad, como por otras circunstancias, incluye la discriminación directa e indirecta, entendiendo la primera como el trato menos favorable de una persona frente a otras que se encuentran en situación análoga por alguno de los siguientes motivos: religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, mientras que la discriminación indirecta se entiende como una situación particular de desventaja que puede atribuirse a personas de cierta edad a través de disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutrales¹⁶⁰.

La realidad es que la discriminación indirecta sigue siendo en la práctica todo un desafío. Es por ello que los casos más controvertidos relacionados con la discriminación por edad, principalmente, son casos de discriminación directa. Por ejemplo, en relación al acceso al empleo, las aplicaciones discriminatorias, objeto de mayor interés, son las que atañen a la edad máxima de las personas para el acceso a ciertos empleos de riesgo (policías¹⁶¹, bomberos, etc.). En este

¹⁶⁰ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, art. 1 y 2.2.

¹⁶¹ Sentencia de 21 de marzo de 2011, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anula el límite de edad para opositar en la policía local.

sentido, el TJUE ha considerado que fijar en 30 años la edad máxima para la contratación de bomberos no constituye una discriminación por motivos de edad, ya que el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales supone un objetivo legítimo para imponer este umbral¹⁶².

Podemos razonar que la implantación de una edad mínima para trabajar tiene una motivación específica, como puede ser el garantizar la formación básica, dentro de una política que pretende promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y eliminar los obstáculos que les impiden desarrollar plenamente su personalidad. Sin embargo, esto no puede suponer una analogía para justificar el establecimiento de una edad máxima. Asimismo, también se manifiesta en las condiciones de trabajo, por ejemplo, cuando a un trabajador, tras no aceptar la prejubilación, se le degrada. En este caso, la Sala explica que, en el supuesto enjuiciado, la entidad bancaria demandada está siguiendo la política de desprenderse de los trabajadores de edad avanzada que ocupan puestos de alto nivel mediante el ofrecimiento de una indemnización o a través del acoso laboral, degradando sus condiciones laborales hasta conseguir que el personal deje la empresa. Hecho que ocurrió con el demandante, pues el Tribunal no comprende qué otro móvil pudiera tener la empresa en degradarle profesionalmente, después de haberle reconocido, de forma repetida, sus méritos profesionales, si no fuera por el deseo de aquella de forzarle a abandonar el trabajo. Dicha situación sucede en un contexto laboral de reorganización coincidente con la política de prejubilaciones voluntarias adoptada por la empresa¹⁶³.

Esta situación puede derivar de la relativa novedad de considerar la edad como un factor discriminatorio frente a otros, como el sexo, donde la discriminación suele ser más indirecta que directa. Esto es, precisamente, porque las personas son más conscientes de ella, por lo que es interesante observar el desarrollo de la adaptación de estas conductas discriminatorias en un contexto moderno. Por ejemplo, en pleno apogeo de la implantación de las nuevas tecnologías, en el marco de una sociedad cada vez más digitalizada y envejecida está en juego la igualdad de oportunidades para acceder y utilizar la tecnología digital. Esto supone un enorme reto para las personas mayores y es el origen de muchos de los problemas a los que se enfrentan, entre los que destacan, por ejemplo, el perpetuar los estereotipos relacionados con la presunción sobre su potencial o habilidades. Estas percepciones

¹⁶² Tribunal de Justicia (UE) (Gran Sala), S 12-01-2010, nº C-229/2008.

¹⁶³ TSJ Madrid (Social), sec. 1ª, S 10-04-2006, nº 302/2006, rec. 1414/2006.

no reconocen el enorme recurso cultural, social y profesional que representan las personas mayores y son, indudablemente, inaceptables en el siglo XXI.

En la práctica, de forma asidua, acuden al sindicato –lugar en el que trabajo– trabajadoras y trabajadores que, llegados a cierta edad, son sistemáticamente tratados de forma desfavorable. Esta discriminación no atiende meramente a una afectación de patrón individual, sino que constituye una conducta discriminatoria sistemática que afecta a un colectivo muy claro: las personas mayores.

Cada vez con más frecuencia, vemos cómo estas conductas son a consecuencia de los procesos de digitalización de las empresas que, en muchos casos, en el “mejor” de ellos, aísla a las personas trabajadoras de mayor edad y, en otros, tristemente, acaba por precipitar la extinción del contrato de trabajo. Existe, por lo tanto, un riesgo claro de que se produzcan nuevas desigualdades o se acentúen las ya existentes. Asimismo, ya es común hablar de la “brecha digital” para referirse a esas diferencias como fuente de nuevas desigualdades, ocurrente también en el mercado de las relaciones laborales. El término “brecha digital” hace referencia a las desigualdades en la titularidad de los sistemas de comunicación tecnológicos y en el acceso a la red, que crece en contra de los grupos más precarios, pero golpea, con particular intensidad, a las personas mayores, especialmente a las mujeres¹⁶⁴.

Sin duda, es este el binomio más evidente en relación con los colectivos afectados. En efecto, la brecha digital tiene una dimensión de edad clara, en el sentido de que la formación digital lleva implícita una barrera generacional, siendo más perceptible la situación de desventaja de las personas mayores en relación con las más jóvenes, quienes han comenzado sus carreras profesionales en contacto con el mundo digital.

No obstante, el impacto de la brecha digital en el empleo y en las condiciones de trabajo se refuerza a causa de estas convicciones sociales, de unos estereotipos sociales descriptivos que casi se vuelven prescriptivos¹⁶⁵.

¹⁶⁴ CARDONA RUBERT, B. y CABEZA PEREIRO, J. “La discriminación por edad sobre las mujeres mayores” (2019) Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales. Núm. 7. Pág. 30-39.

¹⁶⁵ CABEZA PEREIRO, J., “Estereotipos vinculados a la edad”. Edad, discriminación y derechos (coords. CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M^a B. y FLORES GIMÉNEZ, F. Aranzadi (Pamplona, 2019) pp. 97 -118

Puede decirse que la Covid-19 ha acentuado una nueva fractura, que perjudica a quienes no están en condiciones de adaptarse con facilidad a las nuevas tecnologías en comparación con los que sí lo están. Es evidente que estos últimos se encuentran en una mejor posición, para preservar su empleo y sus condiciones laborales, que aquellos y, por el contrario, aquellos otros, más expuestos a sufrir las vicisitudes de las reestructuraciones que pueden derivar en despidos por falta de adaptación a las modificaciones técnicas, con relación al artículo 52.B del ET, y que detallaremos, en profundidad, en el siguiente apartado.

Si bien es cierto que los mercados de trabajo, tanto a nivel nacional, como europeo, se enfrentan, cada vez más, a los retos de la globalización, el rápido avance tecnológico y el envejecimiento de la población. Esos mismos desafíos son a los que se enfrentan también las personas trabajadoras y que padecen, en demasía, las personas trabajadoras mayores. A este contexto hay que sumarle las consecuencias sociales y económicas de las crisis que exigen una adaptación de los acuerdos de trabajo actuales para facilitar la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores mayores y la protección de éstos frente a las decisiones empresariales desfavorables que implican un incipiente trato discriminatorio¹⁶⁶.

II.4. Innovación tecnológica y la falta de adaptación 52.B del ET

Como avanzamos en el apartado anterior, cabe la posibilidad de que la introducción de las nuevas tecnologías traiga consigo la producción de despidos objetivos. En este caso, y dado el tema a analizar en el presente trabajo, estaríamos ante un despido objetivo, amparado en el artículo 52.b) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que, literalmente, establece que el contrato podrá extinguirse, entre otros supuestos, por lo siguiente:

«b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente, el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará, en todo caso, tiempo de

¹⁶⁶ FITA ORTEGA, F. (2020). La tutela del derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea. LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social, 1(1), 70-89. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5300>

trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.»

En este sentido, producida una modificación o variación técnica y razonable¹⁶⁷ en el puesto de trabajo habitual de un trabajador, si este no se adapta, puede ser despedido objetivamente. Sin embargo, hay una obligación del empresario que radica en que, antes de proceder a este tipo de despido, ofrezca al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. Es decir, la empresa está obligada a formar al trabajador antes de llevar a cabo cualquier decisión relacionada con el cambio técnico introducido. Durante dicha formación, el contrato de trabajo queda en suspenso y el empresario ha de abonar al trabajador el salario que viniera percibiendo. Por lo que se entiende que la duración de dicha formación será acorde a la envergadura del nuevo panorama empresarial. Ello supone una mayor garantía para los derechos de las personas trabajadoras que incrementa sus posibilidades de formación y, en definitiva, de empleabilidad.

En el caso concreto de la incorporación de las nuevas tecnologías, en las que puede tener su causa la extinción, deben ser, en primer lugar, relevantes. A estos efectos, es preciso que se produzcan modificaciones en la ejecución de las tareas inherentes al puesto de trabajo de tal magnitud que alteren los contenidos funcionales de aquel, convirtiéndose en el origen de la inadaptación del trabajador. He aquí la importancia sobre la carga de la prueba empresarial de acreditar este escenario, puesto que, tal y como se establece la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Social), de fecha 18 de septiembre de 2012:

«(...) se han obviado los requisitos que ahí se establecen de la necesidad de que la empresa ofrezca al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas y su no superación por el trabajador afectado por el cambio y aquí nada de ello se ha acreditado, lo que cuestiona, junto a las anteriores razones, que la medida actual de su despido pudiera haber servido para superar una situación económica negativa y sí, en cambio, para extinguir el contrato a quien no se adaptó al cambio tecnológico efectuado por la empresa, pero sin cumplimentar y, menos acreditar, los requisitos legales para ello (...).»¹⁶⁸

¹⁶⁷ STC 66/2015, de 13 de abril (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2015) ECLI:ES:TC:2015:66.

¹⁶⁸ TSJ Cataluña (Social), sec. 1ª, S 18-12-2012, nº 8541/2012, rec. 5209/2012.

En segundo lugar, es importante tener claro que debe producirse la situación de inadaptación de la persona trabajadora en el preciso momento de adoptarse la medida extintiva. Es decir, que si la persona trabajadora, por ejemplo, hubiera sido readmitido tras la declaración de la nulidad de un despido anterior, la empresa debe acreditar, en el momento de la nueva extinción, la subsistencia de la inadaptación y, para ello, es imprescindible que haya habido prestación de servicios. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 24 de abril de 2007:

«(...) En el supuesto enjuiciado, se trata de una causa de ineptitud, en los términos que han quedado reflejados más arriba, que pueden ahora ser brevemente recordados: ha quedado acreditado que el demandante fue calificado de Insuficiente en un curso de “entorno Windows” de 182 horas que se realizó en un centro al efecto, si bien su nivel de disposición se calificó de notable, así como que, pese a que, a partir de mayo de 2004, se ofrecen, por la empresa, cursos sobre herramientas de ofimática para los empleados, el actor no acudió a estos cursos a los que el actor no acude. También ha quedado acreditado que la empresa ha requerido al actor para realizar determinados trabajos en los términos que constan en la carta de extinción y que éste no los realizó.

Ahora bien, todo ello fue entendido concurrente al ser despedido inicialmente, en fecha de 10 de septiembre de 2004, habiendo transcurrido trece meses hasta el segundo acto extintivo. La empresa ha procedido a readmitir al trabajador el 26 de octubre de 2005 y, el mismo día, sin que conste que el trabajador hubiera prestado ningún servicio, ni ello le hubiera sido exigido por la empresa, le fue comunicada la nueva extinción. No consta que la empresa hubiera procedido a someter al demandante a ninguna prueba, a los efectos de comprobar su aptitud o constatar la persistencia de la causa que, un año atrás, había invocado, esto es, la ineptitud del trabajador, ni consta cuál sea el actual contenido de su puesto de trabajo.

En relación a este extremo, cabría preguntarse si debería corresponder al trabajador la carga de acreditar que ya no concurría esa causa de extinción por haber superado su falta de aptitud, cuestión a la que hemos de responder negativamente en el caso presente, puesto que su readmisión no fue operativa en tal sentido, ya que no se possibilitó, de forma real, la prestación de servicios a tal efecto, quedando el demandante desprotegido en cuanto a la posibilidad de demostrar sus habilidades profesionales. En realidad, estamos refiriéndonos a dos caras de la misma moneda, puesto que, esa falta de prestación de trabajo se constituye en obstáculo para entender concurrente la causa objetiva invocada por la empresa a la fecha de la extinción que ahora se analiza, esto es, al 26 de octubre de 2005, sin que baste que un año antes la causa hubiera realmente concurrido.»¹⁶⁹

¹⁶⁹ TSJ País Vasco (Social), sec. 1ª, S 24-04-2007, rec. 342/2007.

Por último, debe existir una relación de causalidad entre la inadaptación del trabajador y la introducción de las nuevas tecnologías en su puesto de trabajo. No debe obviarse que, bajo el estandarte de la introducción de nuevas tecnologías, del progreso y de la simplificación de tareas, se están arbitrando cantidades ingentes de despidos. Además, en muchas ocasiones, éstos lesionan derechos fundamentales, sobre todo, padecidas por el colectivo de personas trabajadoras de mayor edad mediante la estereotipación de la edad como sinónimo de menos capacitado para la adaptación a estas nuevas tecnologías y, por ende, abocados a sufrir este tipo de conductas discriminatorias. Nuestros Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado en diversas ocasiones, apreciando la existencia de discriminación por razón de edad, pese a haberse acreditado razones económicas que justificaban la amortización de los puestos de trabajo.

Puede traerse a colación el caso analizado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) n.º 531/2015, rec. 32/201429, en la que se declara la nulidad del despido de cinco trabajadoras, pese a existir, como hemos mencionado, causas económicas para proceder al despido objetivo, por el hecho de haber sido elegidas las mismas por la mayor dificultad que atravesaron dichas mujeres para adaptarse a los cambios tecnológicos que se pudieran producir al prestar sus servicios como telefonistas. La alusión genérica que realiza la empresa que, a mayor abundamiento, no aporta prueba alguna sobre la justificación objetiva y razonable de esa medida, usa, como criterio de selección de las trabajadoras, incluidas dentro del grupo de telefonistas, el tener mayor edad, siendo este indicio suficiente de que se ha producido discriminación por razón de edad.

En este mismo sentido, debemos recordar lo dispuesto en el artículo 53.4 del ET (EDL 2015/182832), que:

«Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o, bien, se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.»

Por la Sala, se considera, de forma realmente acertada, y cito textualmente que:

«Presumir, como hace la empleadora, que un grupo genérico de trabajadores, por razón de la mayor edad, tienen mayores dificultades o menor capacidad para adaptarse a unos hipotéticos avances tecnológicos no concretados, supone una discriminación prohibida por los preceptos ya

citados, al igual que la supondría si esa presunción viene determinada por razón de sexo, raza, etc.

No es que se haya tenido en cuenta la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores, como instrumento para disminuir los efectos perjudiciales del despido, posibilitando e incentivando su prejubilación. Es que, sin ninguna individualización, se ha deducido su menor capacidad de adaptación a no se sabe qué cambios.»

Para cerrar este apartado, creo de gran relevancia, destacar un fragmento de una de las Sentencias del actual presidente de la Audiencia Nacional, el magistrado José Pablo Aramendi Sánchez. En concreto, se trata de un extracto de la Sentencia 323/2020, de fecha de 18 de noviembre de 2020, de cuando aún se encontraba en el Juzgado de lo Social nº 33, fragmento del Fundamento de Derecho Noveno, para justificar una indemnización por daños morales de 20.000 euros, tras la declaración de la nulidad de los despidos del procedimiento en que se inserta y que reza de la siguiente manera:

«(...) Se aprecia una visión de las relaciones de trabajo que se identifican con tiempos de guerra y para las que se exigen comportamientos de inspiración militar en la búsqueda de la excelencia y el liderazgo y el apartamiento y eliminación de los mediocres.

Tan descarnada filosofía empresarial, cuyo objetivo es la maximización del beneficio económico y del poder social del empresario, no encaja con muchos de los valores de esta vieja Europa en que vivimos en la que la dignidad de las personas constituye la pieza básica de nuestro ordenamiento jurídico, art. 2 TUE y art. 10.1 CE (EDL 1978/3879).

Apartar trabajadores del empleo porque se parte del principio de que “lo viejo” ya no vale y debe ser necesariamente sustituido por “lo nuevo”, constituye un prejuicio porque la racionalidad de tal aserto no se ha demostrado.

Y, además, coloca al trabajador despedido por alcanzar una determinada edad en una situación gobernada por sensaciones, como el sufrimiento, el dolor, la incertidumbre, la angustia y la ansiedad.

Quien, por esta causa, ha sido despedido injustamente, se cuestiona su estima y zozobra ante la pérdida de un empleo y la dificultad notoria de lograr otro precisamente por razón de su edad.»

III. Conclusiones

A pesar de los recientes avances que se están llevando a cabo, en materia de protección de los derechos laborales frente a la gobernanza algorítmica, aún es largo el camino que queda por recorrer. Supongo que, a usted, que me lee, y a mí nos gustaría confiar en la máquina y, por ende, en quienes la controlan con la idea, por fin desmontada, de que ésta no reproduce sesgos y que las nuevas tecnologías han venido para simplificar tareas y para aportar seguridad en un imaginario digno de quien concibe la tecnología (pese a todo) como progreso. Sin embargo, y contra la gran mayoría de pronósticos, no es así.

Puede que sea un tema controvertido si bien lo que es seguro es que es preocupante el hecho de tener una convicción madurada que vislumbra, con pasmosa objetividad, que la inserción de nuevas tecnologías, en poco o nada, beneficiará horizontalmente a la sociedad. De hecho, es lo que la trayectoria social nos indica escenarios que producirán una mayor polarización en las situaciones relativas de poder de los individuos y de los grupos sociales, y ello por cuanto la programación del mundo (en sus estructuras, políticas y empresas) viene acompañada de una ética sobre su hacer, de una gestión democrática y política que no puede seguir estando regida por la economía de mercado.

Por mucho que la apariencia inofensiva y redentora de una aplicación nos haga presuponer neutralidad en los espacios, informaciones a los que nos dan acceso las pantallas, que aparentan ser espacio público, se asientan, en ellos, categorías que benefician a quienes las pagan. Su mantenimiento implica la adquisición de poder paulatino, lo que conlleva dinámicas de normalización de la desigualdad que les patrocina. En el caso de las plataformas de reparto estas discriminaciones se agravan por el propio algoritmo generando no sólo herramientas de control sino también generando programaciones susceptibles de vulnerar derechos fundamentales. Ello se evidencia en la conexión entre la necesidad de estar siempre conectadas a la aplicación para recibir servicios siendo penalizadas de lo contrario con el claro impacto en el derecho de las personas trabajadoras para hacer efectivos su derecho la a conciliación de la vida familiar y suponiendo un claro agravio para las mujeres trabajadoras que son las que, a día de hoy, siguen poniendo en valor el cuidado y ejerciendo su derecho a la conciliación de su vida laboral y familiar. Sin olvidarnos de que se debe considerar el tiempo de conexión como tiempo de trabajo efectivo (considerandos 28 y 37 de la STJUE de 9 de marzo de 2021) al considerar los tiempos de trabajo efectivo como todo periodo durante el cual la persona trabajadora permanezca

en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales; incluyendo todos los periodos de guardia, incluidos aquellos que se realizan en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses. Todo ello sin olvidar otros temas más concretos como puede ser los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales con un claro impacto de género como es el escenario que plantea el hecho de que en las plataformas digitales salgan obligatoriamente las fotografías de las repartidoras que te van a repartir el pedido en las aplicaciones y dónde se encuentran en tiempo real. Cuestiones que obvian una triste realidad social y que mece a las trabajadoras en una absoluta inseguridad sabiéndose desprotegidas ante una legislación que las olvida.

Es por ello de gran relevancia destacar la importancia de que los desarrollos en torno a la Inteligencia Artificial no solamente deben ir orientados a la privacidad y protección de datos, sino que también debe enfocarse en la prevención de riesgos, la prevención de la discriminación y los sesgos algorítmicos. Estas discriminaciones conducen a la responsabilidad algorítmica, siendo, para ello, fundamentales unas normas éticas más estrictas. En definitiva, como se ha mencionado, es profundamente importante el enfoque humanista de los equipos de trabajo y la incorporación de políticas activas de acción positiva desde la introducción de datos. De lo contrario, estaríamos condenados a reproducir y aumentar las brechas de género ya existentes, y, por ende, a cronificar la discriminación frente a las mujeres. Es, por ello, que debe desarrollarse una Inteligencia Artificial que sirva a la política y que sea, en sí misma, práctica política, que respete unos principios éticos y garantice una implementación justa. Creo que las aplicaciones tecnológicas deben potenciar y empoderar, en cierta medida, a la ciudadanía, mejorando sus capacidades y no sustituyéndola.

No puede obviarse que se necesitan nuevos planteamientos en la sociedad para que esta se adapte al creciente número de personas trabajadoras mayores, con la finalidad de permitirles permanecer activos en el mercado de trabajo. Es necesario, para ello, combatir las actitudes culturales negativas instauradas en la psique de la ciudadanía, por medio de acciones como la implementación de legislación y políticas que contribuyan a desestereotipar a las personas trabajadoras

mayores, desterrando así el principio de que “lo viejo” ya no vale y debe ser necesariamente sustituido por “lo nuevo”. De modo que, como ya ha sido expresado, el Estado debe tener un papel activo en el mantenimiento de la cohesión digital que, a la postre, es cohesión digital.

Por último, es ya una cuestión asumida el hecho de que algunas de las dinámicas generadas por los datos están impactando, en la forma de organizarse de los trabajadores y trabajadoras, de manera importante, pero no olvidemos que lo hace sin transformar el vínculo entre el trabajo y los salarios, o la relación de poder entre las personas trabajadoras y el capital. No desvirtualizará el sentido más prístino del derecho del trabajo y ello por cuanto, como bien dijo Audre Lorde, en septiembre del año 1979: “Las herramientas del amo nunca desmontarán la casa del amo”¹⁷⁰.

No obstante, la plataformización está convirtiendo la distancia en un factor irrelevante en la cadena de producción y, aunque esto no afecta propiamente a la relación entre las personas trabajadoras y el trabajo, sí afecta a cómo se organizan. En este sentido, las organizaciones sindicales se enfrentan a nuevos retos que requerirán de nuevas estructuras y enfoques, dejando en evidencia que la regulación actual no responde a los nuevos modelos de relaciones laborales, a pesar de la ya abundante jurisprudencia en materias como la consideración de los trabajadores como autónomos en empresas totalmente digitalizadas, sin delimitación de un centro de trabajo físico que permita representación sindical.

Quiero, para finalizar, permitirme subrayar la importancia de poner a los sindicatos en el centro de este debate y entenderlos como el espacio central de desarrollo de estrategias de acción y alternativas a la agenda tecnológica actual, proponiendo así nuevos puntos de abordaje del impacto de la tecnología en las relaciones laborales, pues deviene fundamental para garantizar la protección de los derechos fundamentales e indispensable para la transición justa a la era digital.

¹⁷⁰ LORDE, A. “Encuentro personal y político” del Congreso del Segundo Sexo, Nueva York, 29 de septiembre de 1979. La frase citada formó parte de su conferencia, incluida en el libro “La hermana, la extranjera. Artículos y conferencias”.

IV. Bibliografía

Sentencias

- STS de 8 de febrero de 2021, núm. 163/2021
- STC 160/021 de 4 de octubre
- *Tribunale Ordinario di Bologna* de 27 de noviembre de 2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 17 May 2000 (appeal nº. 4500/1999)
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 62/2008, 26 May.
- Sentencia 22/1981, de 2 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981) ECLI:ES:TC:1981:22.
- TSJ Andalucía (Sevilla) (Social), sec. 1ª, S 23-02-2015, nº 531/2015, rec. 32/2014
- TSJ Cataluña (Social), sec. 1ª, S 18-12-2012, nº 8541/2012, rec. 5209/2012.
- Jdo. de lo Social Madrid núm. 33, S 18-11-2020, nº 323/2020, rec. 876/2020
- Sentencia SOCIAL Nº 451/2021, Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1, Rec. 160/2021 de 09 de marzo de 2021
- Sentencia de 21 de marzo de 2011, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anula el límite de edad para opositar en la policía local.
- Tribunal de Justicia (UE) (Gran Sala), S 12-01-2010, nº C-229/2008.
- TSJ Madrid (Social), sec. 1ª, S 10-04-2006, nº 302/2006, rec. 1414/2006.
- TSJ País Vasco (Social), sec. 1ª, S 24-04-2007, rec. 342/2007
- STC 66/2015, de 13 de abril (BOE núm. 122, de 22 de mayo de 2015) ECLI:ES:TC:2015:66
- STS de 21 de febrero de 2021, núm. 163/2021 - ECLI:ES:TS:2021:163

Artículos

- DÍAZ MARTÍNEZ, C., DÍAZ GARCÍA, P. y NAVARRO SUSTAETA, P. (2020). “Sesgos de género ocultos en los macrodatos y revelados mediante redes neurales: ¿hombre es a mujer como trabajo es a madre?”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 172:41-60. ([http:// dx.doi.org/10.5477/cis/reis.172.41](http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.172.41))
- BOULAMWINI, J. y GEBRU, T. (2018). “Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification”. *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, PMLR 81:77-91.
- BOLUKBASI, T., CHANG, K., ZOU, J., SALIGRAMA, V. y KALAI, A. (2016). “Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings”.
- DASTIN, J. (2018). “Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista”. Reuters.
- FITA ORTEGA, F. (2020). “La tutela del derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(1), 70-89. (<https://doi.org/10.20318/labos.2020.5300>)
- CARDONA RUBERT, B. y CABEZA PEREIRO, J. (2019). “La discriminación por edad sobre las mujeres mayores”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. Núm. 7. Pág. 30-39.
- LÓPEZ, J. (2021). “Traineeships and Systemic Discriminations Against Young Workers” PRECIADO DOMENECH, C. (2021). “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”.
- SÁEZ LARA, C. (2020). “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas laborales* núm. 155/2020, pág. 41-60.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. (2019). “La noción de trabajador y el ámbito de la norma laboral”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. ISSN 2386-8090, págs. 10-14, N° 53.
- CABEZA PEREIRO, J. (2019). “Estereotipos vinculados a la edad”. *Edad, discriminación y derechos* (coord. CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M^a B. y FLORES JIMÉNEZ, F). Págs. 97-118

Libros

- RIVAS VALLEJO, P. (2022). *“Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención”*.
- RIVAS VALLEJO, P. (2020). *“La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio”*.
- PETIT, M. (2017). *“Comunicació, xarxes i algoritmes: per una política digital pròpia a Catalunya”*.

Los siete retos jurídico-laborales del teletrabajo asalariado no regular

ORIOl CREMADES CHUECA¹⁷¹

Profesor Lector Serra Húnter de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universitat Rovira i Virgili (URV)¹⁷²

Resumen

En este trabajo se defiende que el “teletrabajo asalariado no regular” ocupa y ocupará un lugar relevante el mercado de trabajo español y, en particular, se analizan y desarrollan respuestas y propuestas de *lege data* y de *lege ferenda* ante los siete retos que, al parecer del autor, existen en su actual régimen jurídico-laboral español.

Palabras clave: tecnología de baja intensidad; trabajo a distancia; teletrabajo asalariado no regular; ámbito aplicativo, condiciones de trabajo, cumplimiento normativo, propuestas de *lege data* y de *lege ferenda*.

¹⁷¹ ORCID: 0000-0002-9134-1139.

¹⁷² Este trabajo se ha realizado como miembro del Grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgili “Territori, Ciutadania i Sostenibilitat”, reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya.

I. El incesante poder de la ‘tecnología de baja intensidad’ y los incentivos a la expansión del teletrabajo asalariado no regular

Ante la complejidad y potencial exponencialidad del impacto de tecnologías emergentes como los algoritmos y la inteligencia artificial, la robótica, el Internet de las Cosas (*IoT*), el *blockchain*, los *smart contracts* y el metaverso en las relaciones laborales¹⁷³, quizás en materias aparentemente menos tecnológicas y sofisticadas se buscan todavía respuestas teórico-prácticas efectivas: aquellas (nuevas) tecnologías que pudieran ser calificadas como de “baja intensidad” o de “primera generación” (las nuevas tecnologías emergentes se apoyan en ellas) han penetrado segundo a segundo en el ámbito laboral de la tal forma que éstas se llegan casi a comprender como un producto natural o apéndice humano.

Y es que, a nuestro parecer, el “poder de la tecnología” no solo debería de apelar al futuro o a lo futurible, sino muchas veces al presente e, incluso, al pasado. Demasiadas veces problemáticas jurídico-laborales que tienen origen en el uso laboral de la tecnología de “baja intensidad” se arrastran a lo largo del tiempo. El origen de ello es, como hipótesis y a nuestro parecer, pluricausal: una flaca y tambaleante construcción dogmática¹⁷⁴; un legislador y unos agentes sociales que las abordan, en muchos casos, tardíamente y con productos normativos resultantes de cuestionable calidad técnica; una doctrina judicial y jurisprudencia que acaba teniendo, en muchos casos, un papel cuasilegislativo; y factores e incentivos de múltiple índole socioeconómica, política y psicológica que afectan gravemente al cumplimiento normativo.

Desde nuestro punto de vista, internet es actualmente, la más relevante tecnología de “baja intensidad” existente y su impacto se ha manifestado en el trabajo presencial, pero también, aunque parezca obvio decirlo, en el trabajo a distancia.

¹⁷³ Sobre el impacto de estas tecnologías en el Derecho del Trabajo, vid., entre muchísimos otros y por todos, ALOISI & DE STEFANO (2022); INSTITUTO CUATRECASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH (2019); MERCADER UGUINA (2017 y 2022); y NOGUEIRA GUASTAVINO (2022).

¹⁷⁴ A pesar de los años (e incluso de cambios normativos), la profundidad y críticas reflexiones que manifestaba el magistrado Falguera Baró sobre las nuevas tecnologías y el trabajo en una trilogía de artículos –en ella articulaba un potente y coherente discurso diferenciado de la dogmática más tradicional todavía persistente– resultan plenamente vigentes y ponen de manifiesto que una gran parte de los problemáticas en la materia de estudio tienen su origen en los fundamentos dogmáticos utilizados de forma casi hegemónica. Vid. FALGUERA BARÓ (2016a; 2016b; y 2016c).

En este sentido, resulta paradigmático como el cambio normativo del trabajo a distancia y, en particular, el teletrabajo asalariado –como subtipo de trabajo a distancia caracterizado por la forma de prestación de servicios para un ocupador ejecutada fuera de los locales de éste mediante el uso preponderante de las tecnologías de la comunicación e información¹⁷⁵– ha sido generalizado en Estados de la Unión Europea, pero especialmente heterogéneo sobre si debe incorporarse en la propia definición de teletrabajo un parámetro de regularidad o distinguirse el régimen jurídico aplicable según la (no) regularidad en el teletrabajo¹⁷⁶.

Es decir, el acicate de la pandemia de la Covid-19 ha derivado a una nueva generación normativa del trabajo a distancia y del teletrabajo en los Estados de la Unión Europea, pero con una importante diversidad de aproximaciones sobre aquel teletrabajo asalariado que es o podría ser calificado (con mayor o menor acierto técnico) como “no regular”, “irregular”, “no periódico”, “ocasional”, “esporádico”, “puntual”, “complementario”, “marginal”, “de baja intensidad”, “flexible” o “con no vocación de permanencia”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Sobre la definición y rasgos y tipología del teletrabajo, por todos, vid. SIERRA BENÍTEZ (2011, p. 34 y ss).

¹⁷⁶ En concreto, en la actualidad podrían distinguirse 5 distintos grupos de Estados en la UE-27: 1) 11 Estados cuya legislación integral de teletrabajo solo es aplicable al teletrabajo asalariado regular –si bien difieren mucho respecto cómo debe considerarse tal regularidad: umbral de días frente porcentaje de jornada de trabajo y diversidad de referencias temporales sobre dicho umbral– (Alemania, Austria, Croacia, Eslovaquia, España, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Rumanía; un 40,74 % de Estados de la UE-27); 2) 2 Estados en los que la legislación es extremadamente ambigua según los expertos nacionales al no hacerse mención sobre la regularidad o no regularidad (República Checa y Estonia; 7,41 %); 3) 5 Estados en que claramente la legislación sobre teletrabajo es aplicable a todo teletrabajo asalariado, no distinguiendo es regular o no regular (Bulgaria, Eslovenia, Grecia, Hungría y Portugal; 18,52 %); 4) 5 Estados en que no existe una legislación integral específica para el teletrabajo (Chipre, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Suecia; 18,52 %); 4) 4 Estados en que existe una específica legislación para el teletrabajo asalariado no regular (Bélgica, Francia, Italia y Luxemburgo; 14,81 %). Vid. EUROFOUND (2022, pp. 13 y 18-21).

¹⁷⁷ La adjetivación de este tipo de teletrabajo resulta extremadamente variable en la doctrina académica (vid., entre otros, CRUZ VILLALÓN, 2020, p. 407; GÓMEZ ABELLEIRA, 2020, pp. 23-26; y SANGUINETI RAYMOND, 2021, pp. 238-239) e, incluso, a veces no se adjetiva el teletrabajo sino que se utiliza otros conceptos tales como “acuerdos de trabajo flexible”, “trabajo inteligente” (smart work), “trabajo ágil” (lavoro agile, en Italia) y “trabajo móvil ocasional basado en las tecnologías de la información y comunicación (occasional ICT-based mobile work) (vid. EUROFOUND, 2022, pp. 5-6).

Esta diversidad de acercamientos es explicable, como hipótesis, por, como mínimo, 5 factores:

1. Tomar o no como referencia y traslación conceptual y clasificadora la normativa internacional que incorpora en la definición de teletrabajo o trabajo a distancia el parámetro de la regularidad.

En concreto, y sin ánimo de exhaustividad, por un lado, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) de 23 de mayo de 2002 y firmado por CES, UNICE/UEAPME y CEEP el 16 de julio de 2002 en Bruselas –que no genera obligaciones jurídicas y únicamente tiene valor orientativo o, como mucho, de “*soft law* comunitaria” para incentivar a los representantes de los trabajadores y empleadores a negociar siguiendo las previsiones de dicho marco– define como teletrabajo “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular” (subrayado nuestro); y, por otro, el artículo 1 del Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que “(...) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual” (subrayado nuestro).

2. La distinta percepción o postura en la materia de las patronales y sindicatos y su capacidad (real) de incidir en la conformación de la legislación.
3. La diferente tendencia (o acento) político del Gobierno en cada Estado, así como las mayorías políticas existentes.
4. La percepción de la dificultad técnica y práctica de regular el “trabajo híbrido/mixto”: el derecho y, en especial, el Derecho del Trabajo, a nuestro parecer, se siente más cómodo ante la dicotomía porque las decisiones, si bien se presentan a veces como dilemas, se intuyen como más fáciles de tomar en comparación a una panoplia de escenarios y parece otorgar más seguridad jurídica a todos operadores jurídicos e, incluso, concebirse que sirve mejor al propósito protector y tuitivo al trabajador y fundacional del Derecho del Trabajo.

Y ello sumado, como bien apuntaba ROMAGNOLI (1997), que el Derecho del Trabajo, “aun cambiando, (...) parece estar dominado,

por no decir obsesionado, por la preocupación de no cambiar demasiado o demasiado deprisa” (p. 30).

5. La existencia o no de la asociación de que aquello que eventualmente se entiende o percibe de afectación a un porcentaje reducido de la jornada de trabajo u ocasional es algo marginal y, consecuentemente, asociarlo a algo anecdótico, no cualitativamente relevante y/o que tiene afectación a colectivos cuantitativamente casi irrelevantes y/o un fenómeno de afectación individual a trabajadores dispersos locativamente¹⁷⁸.

Repárese, en todo caso, que el eventual “menosprecio legislativo” al teletrabajo asalariado no regular choca con múltiples incentivos que lo impulsan desde distintas perspectivas e intereses de agentes (empleadores y trabajadores y sus representantes y el gobierno y el poder legislativo).

Desde un punto de vista empleador (y de sus representantes), existen incentivos a que el teletrabajo asalariado no regular sea, *de facto*, una política de empresa no reglamentada/normativizada, sobre todo, cuando se realizan horas extraordinarias (eventualmente no compensadas con descanso ni retribuidas) o complementarias.

Además, si desde la parte empleadora (y sus representantes), con independencia de que realmente obedezca a tal realidad o sea justificada, se concibe que la normativa aplicable al teletrabajo asalariado no regular es formalista, poco flexible y deriva en “cargas jurídico- económicas (por ejemplo, por los costes económicos de dotación suficiente de medios, equipos y herramientas y abono y compensación) puede generarse un efecto expulsión consistente en buscar flexibilidad estratégica a menor “coste” mediante el teletrabajo no regular, produciéndose lo que se ha denominado como un efecto huida o “bumerán”¹⁷⁹.

Finalmente, y desde una perspectiva empleadora, el teletrabajo asalariado no regular podría eventualmente permitir encontrar una

¹⁷⁸ Análogamente a lo que sucede en el trabajo asalariado en general y en el caso del Derecho del Trabajo español, como apunta ARRIETA IDIAKEZ (2022, 14 de julio): “históricamente se ha confundido el trabajo ocasional con el trabajo marginal, lo que ha supuesto su falta de regulación y, por tanto, su no protección. Ello es así porque se ha atendido a un criterio cuantitativo, el temporal o retributivo, y no a un criterio cualitativo, a saber, la realización de una actividad real y efectiva, que en el trabajo por cuenta ajena se manifiesta en la dependencia o relación de subordinación del trabajador respecto a su empresario”.

¹⁷⁹ En esta línea, para el caso de la normativa española y por todos, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (2021, p. 194).

respuesta (intermedia y de consenso) a reclamaciones desde la parte trabajadora de mayor autogestión y flexibilidad en el tiempo y lugar de trabajo.

Por otro lado, y ya desde los intereses del trabajador (y sus representantes), el teletrabajo asalariado no regular puede concebirse como vía de una reclamación de autogestión y flexibilización del el tiempo y lugar de trabajo (incluyendo fórmulas de conciliación entre la vida privada-personal y familiar y la profesional), especialmente para ciertas generaciones de trabajadores o en algunos sectores productivos o lugares¹⁸⁰.

Además, pueden existir ciertos trabajadores que lleguen a concebir el teletrabajo asalariado no regular como una práctica no solo normalizada, sino que es el “precio” para el mantenimiento de su puesto de trabajo y/o para su “progreso” y “ascenso” profesional, incluso realizándolo sin conocimiento de su empleador (una especie, podríamos denominar, de “teletrabajo asalariado no regular sombrío o rebelde” *shadow or rogue non-regular employed telework*) y, en definitiva, actitudes de “autoexplotación”.

Asimismo, y desde una visión de los representantes de los trabajadores y, en especial, de los sindicatos, se añade que el teletrabajo asalariado no regular puede ser una forma de no perder la capacidad de seguir “conectados” con sus representados, evitando o disminuyendo el riesgo de atomización, la dilución de la conciencia de clase y la movilización trabajadora.

Como apuntó LENIN (1978), “[e]l sistema de gran producción basado en el trabajo a domicilio no sólo es un sistema capitalista, sino, además, el peor, ya que en él la explotación más intensa del trabajador se combina con la menor posibilidad, para los obreros, de librar la lucha por su emancipación” (p. 108). Llevando esta reflexión al contexto actual (el teletrabajo), los sindicatos tienen incentivos a intentar limitar el teletrabajo asalariado o, como mínimo, a que este no sea el 100 % de la jornada de trabajo por el riesgo no solo de vulneración de los derechos de los trabajadores considerados individualmente, sino desde una dimensión colectiva¹⁸¹.

¹⁸⁰ En el sentido de apuntar diferencias generacionales y geográficas sobre la valoración o prioridad de medidas de flexibilidad en el tiempo de trabajo y lugar, incluyendo el teletrabajo, vid., entre otros, RANDSTAT (2022, pp. 35-41 y 53 y ss).

¹⁸¹ Ello explica que ya en algún convenio colectivo estatuario en España las partes hayan impuesto un porcentaje mínimo de presencialidad y, por tanto, prohibir de iure el “teletrabajo 100 %” en un concreto sector y ámbito geográfico. Por ejemplo, y más allá de lo manifestado en su redactado, el art. 44.4 del Convenio Colectivo de Oficinas

Finalmente, la más que creciente conciencia de sostenibilidad medioambiental, incluyéndose las eventuales (y futuras) normativas o consejos de ahorro energético derivadas de los efectos de la guerra en Ucrania, así como las verdaderas políticas de responsabilidad social corporativa medioambiental o la eventual ecoimpostura (lavado de imagen de verde o ecopostureo - *greenwashing*) del empleador o, incluso, del trabajador y sus representantes, es un marco incentivador del teletrabajo asalariado no regular. Ahora bien, lo relevante no es tanto el real impacto en la sostenibilidad medioambiental dada la multitud y variables que pueden incidir (e, incluso, a veces muy ambiguos, neutros o incluso, negativo en términos globales - BISELLO & PROFIOUS, 2022; y HOOK, SOVACOOOL & SORRELL, 2020), sino el pensamiento o creencia de que este tipo de teletrabajo tiene o puede tener un impacto positivo para el medioambiente, aunque, advertimos, no sea comprobable o se compruebe de forma sesgada o poco precisa técnicamente su efectividad.

En definitiva, a nuestro parecer, nos encontramos en un contexto incentivador del teletrabajo asalariado no regular, el cual se fundamenta, en última instancia, por la existencia de internet y su incesante poder como ‘tecnología de baja intensidad’; y ello se confronta con el hecho de que la normativa laboral de algunos Estados de la Unión Europea parece ignorar el teletrabajo asalariado no regular, derivando, tanto desde un punto teórico-dogmático como práctico, a no menores retos jurídicos¹⁸².

Esta última situación es la actual en el Derecho del Trabajo español, derivada de la aprobación del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22

y Despachos de la Comunidad de Madrid (RESOLUCIÓN de 22 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos, suscrito por Confederación Empresarial de Madrid-CEOE (CEIM) y CC OO y UGT por la representación sindical (código número 28003005011981): “[e]s necesario que las personas que realicen trabajo a distancia mantengan el vínculo presencial con su unidad de trabajo y con la empresa con el fin de evitar el aislamiento y la desvinculación con la empresa y fomentar las relaciones personales y profesionales. Por ello, el tiempo mínimo empleado en el trabajo presencial en el centro de trabajo no podrá ser inferior al 40 % de la jornada de la persona trabajadora en cada uno de los meses, tanto en las personas trabajadoras que modifiquen su sistema de trabajo de presencial a trabajo a distancia, como aquellas personas trabajadoras que comiencen su relación laboral con el sistema de trabajo a distancia. A estos efectos, el personal en trabajo a distancia deberá estar adscrito al mismo centro de trabajo en el que desarrolle el trabajo presencial. Se exceptúa de lo anterior el período estival, fijando para este punto como tal el comprendido desde el 1 de julio al 30 de septiembre, donde empresa y personas trabajadoras podrán pactar un incremento del tanto por ciento de trabajo a distancia”.

¹⁸² *Vid.* nota de pie 176.

de septiembre, de trabajo a distancia (en adelante, RDLTD) y la subsiguiente Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante, LTD –y que sustituye a dicho real decreto-ley–).

II. Los 7 retos del teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español

Tal y como se concluía en el anterior apartado, el régimen jurídico del RDLTD y ahora ya LTD no es aplicable al teletrabajo asalariado no regular. Específicamente, esta ley se aplica al trabajo a distancia asalariado y, como tipo de trabajo a distancia asalariado, al teletrabajo, pero siempre que sea regular.

A estos efectos, a efectos de la aplicación de la LTD (arts. 1 y 2 LTD), se define trabajo a distancia la “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular”; teletrabajo como “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación; y trabajo distancia regular como aquél prestado, en un periodo de referencia de 3 meses, un mínimo del 30 % de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo¹⁸³.

Como hemos defendido y argumentado anteriormente, la exclusión del teletrabajo asalariado no regular choca con un potente sistema de incentivos hacia el teletrabajo asalariado, justamente, “no regular”. Además, salvo error u omisión, actualmente no existen estadísticas oficiales que realmente midan su magnitud y distribución por sexo y ámbito geográfico ya que la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística de España (EPA del INE) solo distingue desde el 2.º trimestre de 2020 entre “trabajo ocasional en el domicilio particular” (menos de la mitad de los días que se trabaja) y “trabajo frecuente en el domicilio particular” (más de la mitad de los días que se trabaja)¹⁸⁴; las variables empleadas no se corresponden a los parámetros legales mencionados ya que no acoge el umbral de jornada de trabajo a distancia regular y realmente no mide teletrabajo –se cuantifica trabajo

¹⁸³ Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que *ex. disp. adic.* 1.ª LTD la negociación colectiva puede modificar a la baja este umbral del 30 %.

¹⁸⁴ En todo caso, a efectos estadísticos, el INE incluye también como variables de respuesta “ningún día” y “no sabe”.

que no necesariamente puede ser con exclusivo uso o prevalente las TIC y, además, es en el domicilio particular del trabajador y no también en eventuales lugares elegidos por el propio trabajador-.

En todo caso, incluso así, se observa que el “trabajo ocasional en el domicilio particular” ha ido aumentando frente al más que notable descenso que viene sufriendo el “trabajo frecuente en el domicilio particular” desde que las medidas de evitación de la propagación de la Covid- 19 en España se han relajado gracias a unas tasas de infección reducidas¹⁸⁵.

Atiéndase, además, la extrema dificultad (incluso estadística) de calcular el “teletrabajo asalariado no regular” por su propia definición jurídica como porque es muy probable que una no menospreciable parte de los trabajadores no consideren o se autoperciban como “teletrabajadores no regulares”¹⁸⁶. Importantes en este sentido, como hipótesis, pueden ser el impacto de las horas extraordinarias y complementarias realizadas en forma de teletrabajo y hasta qué punto no quedan recogidas en el registro diario de jornada obligatorio ex. art. 34.9 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

Por tanto, la pregunta clave: ¿cuál es el régimen jurídico del trabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español?

Son muchas las cuestiones que pueden plantearse, sin embargo, algunas no son específicas sobre el teletrabajo asalariado no regular, sino en general del teletrabajo asalariado. Ahora bien, solo algunas de las problemáticas son específicas o de tal entidad en el teletrabajo asalariado no regular que constituyen sus verdaderos retos jurídico-laborales dogmáticos y prácticos.

En particular, entendemos que son 7 los retos jurídico-laborales del teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español, los cuales clasificamos en dos grupos:

¹⁸⁵ Así, según la EPA del INE, un 2,9 % de los trabajadores (539.000 trabajadores) realizaban trabajo ocasional en el domicilio particular en el 2.º trimestre de 2020 y 6,2 % (1.263.100 trabajadores) en el 2.º trimestre del año 2022. Es decir, esto supone un incremento de un 134,34 % de trabajadores que realizan trabajo ocasional en el domicilio particular. En cambio, un 16,2 % de los trabajadores (3.015.200 trabajadores) realizaron trabajo frecuente en el domicilio particular en el 2.º trimestre de 2020 y 6,9 % (1.406.200 trabajadores) en el 2.º trimestre del año 2022. Lo que implica un descenso de un 53,36 % de trabajadores que realizan trabajo frecuente en el domicilio particular.

¹⁸⁶ Sobre la definición jurídica del teletrabajo asalariado no regular *vid.* subaps. II.1.1 y II.1.2.

1. Retos sobre la delimitación y el ámbito aplicativo del teletrabajo asalariado no regular (3 retos – subap. 2.1)
2. Retos sobre las condiciones de trabajo en el teletrabajo asalariado no regular (4 retos – subap. 2.2).

A continuación, procedemos a analizar por separado estos retos según la clasificación apuntada. El objetivo no solo es plantearlos, sino analizarlos y/o, aunque sea brevemente (por motivos de la limitación de espacio) desarrollar respuestas y propuestas de *lege data* y de *lege ferenda*.

II.1. Los 3 retos sobre la delimitación y el ámbito aplicativo del teletrabajo asalariado no regular

Dentro de los retos sobre la delimitación y el ámbito aplicativo del teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español, pueden diferenciarse 3: 1) la existencia de un régimen jurídico-laboral de teletrabajo asalariado no regular frente la existencia de una diversidad de regímenes jurídico-laborales de teletrabajo asalariado no regular; 2) si realmente está bien delimitado el concepto de la no regularidad en el teletrabajo asalariado no regular; y 3) si la existencia del régimen jurídico-laboral del teletrabajo asalariado no regular vulnera el principio de igualdad y el principio de no discriminación.

A continuación, procedemos a analizar cada uno de ellos por separado.

II.1.1. ¿Un régimen jurídico-laboral de teletrabajo asalariado no regular o una diversidad de regímenes jurídico-laborales de teletrabajo asalariado no regular?

La lectura de los arts. 1 y 2 de la LTD podría generar la percepción de que existe un régimen jurídico para el teletrabajo asalariado regular (la propia LTD) frente a un indeterminado régimen jurídico para el teletrabajo asalariado no regular (por oposición al anterior).

En realidad, a nuestro parecer, la cuestión es más compleja y deriva a ser más bien laberíntica porque existe teletrabajo asalariado que debe entenderse excluido de la aplicación de la LTD por otros motivos distintos a la “no regularidad”.

Desde nuestro punto de vista, como mínimo, también puede entenderse excluido de la aplicación de la LTD el siguiente teletrabajo asalariado:

1. El teletrabajo asalariado realizado en el marco de relaciones especiales de trabajo vía interpretación sistemática de los arts. 1 LTD y 1 y 13 ET (defendiendo lo contrario, ROMERO BURILLO, 2021, p. 97).
2. El teletrabajo asalariado realizado por el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas ex disp. tras. 2.ª LTD.
3. El trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la Covid-19 ex disp. trans. 3.ª LTD (en adelante, teletrabajo asalariado Covid-19).
4. El teletrabajo asalariado que posibilita que el trabajador curse estudios (art. 23.1 a ET) que se deberá ejercer acorde lo dispuesto en la negociación colectiva (23.2 ET), pues falta el elemento de voluntariedad por ambas partes (empleador y trabajador) al configurarse como un derecho del trabajador –en adelante, teletrabajo asalariado derivado del art. 23.1 ET– (ARETA MARTÍNEZ, 2021, p. 155 - contrariamente, GODINO REYES *et al.* 2020, p. 20).
5. El teletrabajo asalariado derivado del derecho de solicitud de adaptación de la jornada para conciliar la vida familiar y laboral ex art. 34.8 ET (en adelante, teletrabajo derivado del art. 34.8 ET) por faltar el elemento de voluntariedad por ambas partes al concebirse como un derecho o propiciado a instancia de la parte trabajadora (ARETA MARTÍNEZ, 2021, pp. 152- 156; contrariamente, GODINO REYES *et al.*, 2020, p. 20).
6. El teletrabajo realizado para hacer posible la protección efectiva y asistencia integral de las víctimas de violencia de género o víctimas de terrorismo (art. 37.8 ET) que se deberá ejercer siempre que sea compatible con el puesto y funciones desarrolladas por la persona trabajadora y acorde a las previsiones de los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas y, en su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a las personas trabajadoras que ejerzan este derecho. Se excluye en la medida que es concebido como un derecho del trabajador y falta el elemento de voluntariedad de ambas partes (empleador y trabajador) –en adelante, teletrabajo asalariado derivado del art. 37.8 ET– (ARETA MARTÍNEZ, 2021, p. 155; contrariamente, GODINO REYES *et al.* 2020, p. 20).

Consecuente y técnicamente, existen múltiples regímenes jurídicos del teletrabajo asalariado no regular en la medida que puede darse en escenarios donde coincide otra causa de exclusión de la LTD (los 6

apuntados) y cada uno de ellos configuran a su vez un régimen jurídico *ad hoc* diferenciado.

II.1.2. ¿Está realmente bien delimitado el concepto de la no regularidad en el teletrabajo asalariado no regular?

La LTD es clara en el sentido de aportar un criterio objetivo de regularidad: un mínimo del 30 % de la jornada de trabajo, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo, en un período de referencia de 3 meses.

Sin embargo, repárese en dos cuestiones: por un lado, *ex. disp. adic.* 1.^a LTD la negociación colectiva puede modificar a la baja este umbral del 30 % y ello puede generar una errónea aplicación a los operadores jurídicos si memorizan automáticamente el “30 %”; y, por otro, el parámetro utilizado puede ser susceptible de ser “puenteado”, con eventual abuso o fraude de ley.

En concreto, respecto a este último punto, porcentajes justo por debajo del 30 % de una forma reiterada podrían entenderse como abusivos o fraudulentos, sobre todo, si la obligación de registro diario de jornada se incumpliera y se argumentara la existencia de teletrabajo asalariado. Además, con independencia de ello, debe tenerse presente que el incumplimiento del (real) registro diario de jornada puede ser concebible como un intento o medida elusiva de saber si se realiza teletrabajo asalariado en una empresa.

Finalmente, sería deseable, tanto como propuesta de *lege data* y de *lege ferenda*, clarificar el método de cálculo del período de referencia de 3 meses: a nuestro parecer estos 3 meses deben aplicarse dinámicamente o, dicho de otro modo, en cualquier dirección (como sucede, análogamente, con la llamada “regla del compás” de los 90 días del despido colectivo – caso Marclean Technologies (C-300/19) - STJUE 11.11.2020 - C-300/19 - ECLI:EU:C:2020:898; y, por todas, STS, 4.^a, Pleno, 09.12.2020 – rec. 55/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4267).

II.1.3. ¿La existencia del régimen jurídico-laboral del teletrabajo asalariado no regular vulnera el principio de igualdad y el principio de no discriminación?

Desde una perspectiva de no mera y estricta legalidad ordinaria, a pesar de que no pensemos que las exclusiones sean contrarias al principio de igualdad en la medida que pueden llegar a justificarse por razones objetivas (y razonables) que obedecen a la libertad de política legislativa,

sí que algunas de ellas, como hipótesis, podrían ser contrarias al principio de no discriminación¹⁸⁷.

Específicamente, el teletrabajo asalariado derivado del art. 34.8 ET, el teletrabajo asalariado derivado del art. 23.1 ET, el teletrabajo asalariado derivado del art. 37.8 ET, el teletrabajo asalariado Covid-19 y, en general, el teletrabajo asalariado no regular podrían tener un vicio de discriminación indirecta, como mínimo, por razón de sexo (hacia las mujeres), edad (jóvenes, personas de edad fértil, edad media o típica de disfrutar de la maternidad y parentalidad; y población de edad madura con riesgo de enfermedad) o discapacidad (personas con discapacidad) en la medida que eventualmente estos colectivos realicen teletrabajo asalariado no regular en mayor proporción estadística (a la global). Es más, podría estarse ante una conjunción de vicios discriminatorios acumulativos o indistinguibles (discriminación - indirecta - múltiple).

Y, en particular, la discriminación derivaría de que el régimen de teletrabajo asalariado no regular puede ser menos protector del previsto en el LTD y se verían vulnerados, en otros, el art. 14 CE, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho de no discriminación) y el art. 20 de la Carta Social Europea Revisada (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo).

Sería deseable que los juzgados y tribunales de lo social y los defensores de intereses de los trabajadores y las trabajadoras (tanto, representantes de los trabajadores, sindicatos, abogados y graduados sociales) tuvieran en mente esta eventual problemática y, de surgir, bien elevarse una cuestión de prejudicial o de inconstitucionalidad o, intentar, realizar una interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea. Por su lado, de *lege ferenda*, debería corregirse esta potencial disfuncionalidad dada su eventual y, si me permiten la expresión, “explosiva gravedad jurídico-política”.

II.2. Los 4 retos sobre las condiciones de trabajo en el teletrabajo asalariado no regular

Dentro de los retos sobre las condiciones de trabajo en el teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español, pueden diferenciarse 4: 1) si es jurídicamente posible y válido que el empleador y el trabajador impongan el teletrabajo asalariado no regular; 2) si existe

¹⁸⁷ Esta idea fue expuesta inicialmente en CREMADES CHUECA (2022, pp. 159-160).

y cómo se debe regular el derecho de reversibilidad del teletrabajo asalariado no regular; 3) cómo se puede garantizar la protección frente riesgos físicos y psicosociales en el teletrabajo asalariado no regular; y 4) si el empleador está obligado a compensar los gastos al trabajador en el teletrabajo asalariado no regular.

A continuación, procedemos a analizar cada uno de ellos por separado.

II.2.1. ¿Puede el empleador o el trabajador imponer el teletrabajo asalariado no regular?

Desde nuestro punto de vista, la problemática de la imposición del teletrabajo asalariado no regular debe ser abordada dividiendo esta según si en el teletrabajo asalariado no regular acontece algún escenario de los apuntados en el subapartado 2.1.1 y que en su regulación *ad hoc* prevea tal imposición.

Así, claramente, en el caso el teletrabajo asalariado Covid-19, el teletrabajo asalariado derivado del art. 23.1 ET, teletrabajo derivado del art. 34.8 ET y el teletrabajo asalariado derivado del art. 37.8 ET una de las partes o ambas, dependiendo del supuesto, podría llegar a imponerlo.

En cambio, en el teletrabajo asalariado no regular realizado en el marco de relaciones especiales de trabajo y del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se deberá estar a si su eventual normativa específica futura lo permitiese.

Por otro lado, finalmente, en general puede plantearse si entra dentro del poder(es) ordinario(s) del empleador la facultad de imponer el teletrabajo. La respuesta debe ser rotundamente negativa, pero quizás puede generar más dudas si vía una modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) es posible imponerla.

Nuestra posición es que no ya que el teletrabajo no es una condición de trabajo sino una forma de trabajo que afecta no puntualmente sino en su globalidad a la relación laboral y con afectación personal al trabajador. En este sentido, se pronunció en el año 2005 el Tribunal Supremo (STS, 4.^a, Sec. 1.^a, 11.04.20005 – rec. 143/2004 – ECLI:ES:TS:2005:2126 – Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete) y, a nuestro parecer, los fundamentos que se marcaron entonces continua vigentes, no viéndose alterados en el fondo de la cuestión por la nueva LTD.

II.2.2. ¿Existe y cómo se debe regular el derecho de reversibilidad del teletrabajo asalariado no regular?

Análogamente, a lo expuesto en el subapartado anterior 2.2.1, el derecho existirá y su contenido estará regulado a la eventual normativa aplicable *ad hoc* o, en su defecto, al convenio colectivo aplicable estatuario, al extraestatuario o cláusulas contractuales pactadas.

En todo caso, deberá tenerse presente que el régimen aplicable no sea abusivo, que haya existido un consentimiento no viciado de las partes (en especial, del trabajador) y sea acorde al principio de igualdad y no genere discriminaciones directas y, sobre todo, indirectas.

II.2.3. ¿Cómo garantizar la protección del trabajador frente los riesgos físicos y psicosociales en el teletrabajo asalariado no regular?

Garantizar la protección del trabajador frente los riesgos físicos y psicosociales en el teletrabajo asalariado no regular puede resultar complejo por dos razones.

La primera es que exista un teletrabajo asalariado no regular autogestionado por el trabajador, impuesto de iure o *de facto* o con la complacencia, aquiescencia o consentimiento del empleador o sin el mismo (el que nosotros denominamos llamamos “teletrabajo asalariado no regular sombrío o rebelde” – *vid.* ap. 1) pero del que no quede ningún tipo de indicio de fácil detección de su realización y/o que no exista en el registro diario de la jornada de trabajo.

Ante estos casos de complejidad extrema, incluso, seguramente, para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, solo la eventual existente representación de los trabajadores en la empresa podrá a llegar a identificar rápida, clara y eficientemente estos escenarios y que “florezcan” jurídicamente.

Salvada esta no menor dificultad, se debería proceder siguiendo el patrón establecido en el art. 16 LTD. Y la razón no es por una aplicación analógica, la cual entendemos que estaría vetada, sino porque resulta el proceder más lógico y razonable y respetuoso del cumplimiento de la adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo de cualquier trabajador ex Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo y los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, tales como el de intimidad e inviolabilidad de su domicilio (arts. 18.1 y 18.2 de la Constitución Española).

II.2.4. ¿Debe compensar el empleador al trabajador por los gastos en el teletrabajo asalariado no regular?

Una parte de la doctrina ha entendido:

«[A]l [tele]trabajo no regular (...) no se le aplica la obligación del empresario de proporcionar los medios profesionales y sufragar los gastos que conlleve la prestación (...) [L]a lógica de esta exclusión es que se configura como un teletrabajo marginal para el trabajador que desarrolla su prestación laboral básicamente en las instalaciones de la empresa y, que, por ello, no precisa de reglas especiales en materia de provisión de medios y abono de gastos. Si bien podría cuestionar el por qué se establece la línea en el 30 % y no en otro porcentaje (inferior o superior), lo que parece claro que no es razonable [es] duplicar las cargas económicas al empresario que permite el teletrabajo, pero no con carácter regular.»
(MUÑOZ RUIZ, 2021, p. 124-125).

Nuestra posición es distinta a la argumentada por este sector de la doctrina porque la obligación de compensar los gastos en el teletrabajo asalariado no regular puede existir.

Sin ánimo de exhaustividad¹⁸⁸, podría encontrarse su fundamentación, sobre todo, en el convenio colectivo o acuerdos colectivos o individuales, en la existencia de condición más beneficiosa y usos y costumbres locales y profesionales e, incluso, y “subsidiarísimamente”, pero de especial relevancia, por aplicación la doctrina del enriquecimiento sin causa.

III. Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, doctrina judicial y jurisprudencia como clave de bóveda de los retos del teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español

En este estudio se ha intentado realizar un análisis propositivo en materia del teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español tanto desde un punto de vista conceptual-dogmático como práctico que pueda, eventualmente, ser útil para el conjunto de los operadores jurídicos.

Como conclusión, entendemos que la mejor y primera opción para solventar las problemáticas apuntadas sería una drástica modificación del marco normativo existente: bien eliminando el requisito de regularidad en la LTD (una opción que no debe ser vista como extraña

¹⁸⁸ Nos remitimos a CREMADES CHUECA (2022, p.169 y ss.).

a la luz de normativa de otros Estados de la Unión Europea: Bulgaria, Eslovenia, Grecia, Hungría y Portugal)¹⁸⁹; o bien generando un régimen específico para el teletrabajo asalariado no regular (en este sentido, podría tenerse en cuenta la normativa de Bélgica, Francia, Italia y Luxemburgo)¹⁹⁰, si bien tal diferenciación podría mantener o generar los potenciales vicios (o nuevos vicios) discriminatorios apuntados en este estudio (*vid. subap. 2.1.3*).

Dado que dicha primera opción seguramente resulta poco viable tanto porque la LTD es una norma “fruto de la concertación social [y] de un dilatado proceso de reflexión y debate compartidos” –como bien señala su exposición de motivos– y las eventuales dinámicas y mayorías políticas futuras, entendemos que el papel de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, doctrina judicial y jurisprudencia serán la clave de bóveda de los retos del teletrabajo asalariado no regular en el Derecho del Trabajo español. Un proceso de obtención de respuestas que intentará aportar seguridad jurídica al conjunto de los operadores jurídicos pero que inevitablemente nacerá de la casuística (individual o de conflicto de colectivo). En este sentido, modestamente, pensamos que este estudio puede ayudar a su eventual comprensión y búsqueda de soluciones.

IV. Bibliografía

- ALOISI, A. & DE STEFANO, V. (2022). *Your boss is an algorithm: artificial intelligence, platform work and labour*. London: Bloomsbury Publishing.
- ARETA MARTÍNEZ, M. (2021). “El ámbito de aplicación de la normativa que regula el trabajo a distancia”. En ALZAGA RUIZ, I.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y HIERRO HIERRO, F.J (Dir.). *El trabajo a distancia: una perspectiva global* (pp. 115-159). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thomson Reuters.
- ARRIETA IDIAKEZ, F. J. (2022, 14 de julio). “La directiva de 2019/1152: ¿Una oportunidad para regular el trabajo ocasional en España?”. Entrada del blog *Foro de Labos*. Recuperable en: <https://www.elforodelabos.es/2022/07/la-directiva-2019-1152-una-oportunidad-para-regular-el-trabajo-ocasional-en-espana/> (última fecha de consulta: 20 de septiembre de 2022).

¹⁸⁹ *Vid.* nota de pie 176.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

- BISELLO, M. & PROFIOUS, C. (2022). *Is telework really 'greener'? An overview and assessment of its climate impacts*. Eurofound Working Paper (WPEF22031).
- CREMADES CHUECA, O. (2022). "Teletrabajo asalariado no regular y compensación de gastos: una propuesta interpretativa y aplicativa integradora de su régimen jurídico". *IUSLabor*, 2, 151-189.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2020). "Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia". *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 406-419.
- EUROFOUND (2022). *Telework in the EU: Regulatory frameworks and recent updates*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- FALGUERA BARÓ, M.À. (2016a). "Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual". *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 19 (versión electrónica - LA LEY 4778/2016).
- FALGUERA BARÓ, M.À. (2016b). "Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional". *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 21 (versión electrónica - LA LEY 6522/2016).
- FALGUERA BARÓ, M.À. (2016c). "Nuevas tecnologías y trabajo (y III): perspectiva procesal". *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 22 (versión electrónica - LA LEY 7161/2016).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. (2020). *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOOK, A., SOVACOO, B. K., & SORRELL, S. (2020). "A systematic review of the energy and climate impacts of teleworking". *Environmental Research Letters*, 15(9), (093003).
- INSTITUTO CUATRECASAS DE ESTRATEGIA LEGAL EN RRHH. (2019). *Proyecto Technos - Informe general. El impacto de las tecnologías disruptivas en la gestión de los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las Relaciones Laborales*. Las Rozas (Madrid): La Ley - Wolters Kluwer.
- LENIN. (1978). *Quiénes son los "amigos del pueblo" y cómo luchan contra los socialdemócratas (respuesta a los artículos de russkoie bogatstvo contra los marxistas)*, 1.ª ed., vol. 5.I de las obras de Lenin. Ediciones en lenguas extranjeras Pekin.

- MERCADER UGUINA, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MERCADER UGUINA, J.R. (2022). *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ RUIZ, A.B. (2021). “Derechos económicos del teletrabajador”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Coords.). *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente* (pp. 117-135), Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thomson Reuters.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2022). “Metaverso laboral y legislación aplicable al contrato de trabajo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social (RTSS.CEF)*, en prensa (1r Premio de Estudios Financieros 2022 en la modalidad de Derecho el Trabajo y de la Seguridad Social).
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2021). “La modificación de las condiciones de trabajo en el contrato de trabajo a distancia”. En PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, X. (Dirs.). *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-Ley 28-2020, de 22 de septiembre* (pp. 253-285). Las Rozas (Madrid): La Ley - Wolters Kluwer.
- RANDSTAT. (2022). *Workmonitor 2022: a new era in the homework revolution*. Diemen: Randstat Research.
- ROMERO BURILLO, A.M. (2021). *El marco regulador del teletrabajo*. Barcelona: Atelier.
- ROMAGNOLI, U. (1997). *El Derecho, el trabajo y la historia*. Madrid: Consejo Económico y Social (CES).
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2021). “Teletrabajo y tecnologías digitales en la nueva Ley de trabajo a distancia”. En BAZ RODRÍGUEZ, J. (Dir.). *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España: vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data* (pp. 227-266). Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer.
- SIERRA BENÍTEZ, E.M. (2011). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía (CES).



Títols de la col·lecció

#1 Protocol d'Istanbul. Manual per a la investigació i la documentació de la tortura

(Drets humans i intervenció penitenciària, vol. 1)

#2 Regles penitenciàries i Codi ètic europeu per al personal penitenciari (Consell d'Europa)

(Drets humans i intervenció penitenciària, vol. 2)

#3 Lobbys: el marc regulador dels grups d'interès

#4 El nou marc legal del règim jurídic del sector públic i del procediment administratiu comú: documents per aplicar-los

#5 XXIX Jornades Catalanes de Dret Social

Noves tecnologies i relacions laborals

#6 XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social

Trabajo, protección, mujer e igualdad

#7 XXXII Jornadas Catalanas de Derecho Social

Impacto de la legislación y la doctrina judicial recientes