

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

ABERASTASUNAREN BANAKETA ZUZEN BATEN ALDE
POR UN REPARTO JUSTO DE LA RIQUEZA

48

LA CONTRATACIÓN LABORAL INDEFINIDA,
TEMPORAL Y EL CONTRATO DE FORMACIÓN:
REFORMAS Y PRIMEROS BALANCES

LAN-KONTRATU MUGAGABEA, ALDIBATERAKOA
ETA PRESTAKUNTZA-KONTRATUA:
ERREFORMAK ETA BALANTZEAK

2022



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

LAN HARREMAN
ETA GIZARTE LANGINTZA
FAKULTATEA
FACULTAD
DE RELACIONES LABORALES
Y TRABAJO SOCIAL



FONDO EUROPEO DE
DESARROLLO REGIONAL
"Una manera de hacer Europa"

Indexada en:

CARHUS PLUS

CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas)

DIALNET

DIALNET MÉTRICAS

DICE (Difusión y Calidad Editorial)

DULCINEA

ERIHPLUS

IN-RECJ (Índice de impacto - revistas españolas en ciencias jurídicas)

IN-RECS (Índice de impacto - revistas españolas en ciencias sociales)

INDICE H DE LAS REVISTAS CIENTÍFICAS EN GOOGLE SCHOLAR METRICS 2014-2018

INDICE H5 DE GOOGLE SCHOLAR METRICS

INDICES-CSIC

LATINDEX

MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas)

REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico)

RESH (Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas)

SHERPA-ROMEO

ULRICHSWEB

VLEX



© Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua

ISSN: 1575-7048

e-ISSN: 2444-5819

Fotocomposición / Fotokonposizioa: Ipar, S. Coop. — Bilbao

Lan

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

Harremanak

48

**LA CONTRATACIÓN LABORAL INDEFINIDA, TEMPORAL
Y EL CONTRATO DE FORMACIÓN:
REFORMAS Y PRIMEROS BALANCES**

**LAN-KONTRATU MUGAGABEA, ALDIBATERAKOA
ETA PRESTAKUNTZA-KONTRATUA:
ERREFORMAK ETA BALANTZEAK**

erman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

CONSEJO EDITORIAL:

Directora: ENEA ISPIZUA DORNA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Secretario/a de Redacción: ELISABETE
ERRANDONEA ULAZIA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: ANA DOMÍNGUEZ MORALES,
Universidad de Sevilla, España

Vocal: AINHOA FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: DR. CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
Universidad Autónoma de Madrid, España

Vocal: AMAIA INZA BARTOLOME,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: JON LAS HERAS,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Vocal: LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,
Nord Universitet, Noruega

Vocal: BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA,
Univadako Unibertsitatea, España

Vocal: MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ HERRERO,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Vocal: JOSE M. PEIRO,
Universidad de Valencia, España

Vocal: ÓSCAR REQUENA MONTES,
Universidad de Valencia, España

Vocal: AINHOA SAITUA-IRIBAR,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Vocal: SIMONA SOBOTOVICOVA,
UPV/EHU y UPPA.

Vocal: MARINA SUSPERREGUI BARRÓS,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Vocal: EGUZKI URTEAGA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Vocal: JON BERNAT ZUBIRI REY,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

ARGITALPEN BATZORDEA:

Zuzendaria: ENEA ISPIZUA DORNA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Idazkaria: ELISABETE
ERRANDONEA ULAZIA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Kidea: ANA DOMINGUEZ MORALES,
Sevillako Unibertsitatea, Espainia

Kidea: AINHOA FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Kidea: DR. CARLOS JESÚS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
Universidad Autónoma de Madrid, España

Kidea: AMAIA INZA BARTOLOME,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Kidea: JON LAS HERAS,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Kidea: LINN-MARIE LILLEHAUG PEDERSEN,
Nord Universitet, Noruega

Kidea: BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA,
Granadako Unibertsitatea, España

Kidea: MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ HERRERO,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Kidea: JOSE M. PEIRO,
Valentziako Unibertsitatea, España

Kidea: ÓSCAR REQUENA MONTES,
Valentziako Unibertsitatea, España

Kidea: AINHOA SAITUA IRIBAR
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Kidea: SIMONA SOBOTOVICOVA,
UPV/EHU y UPPA.

Kidea: MARINA SUSPERREGUI BARRÓS,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Kidea: MIREN EDURNE TERRADILLOS ORMAECHEA,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea, España

Kidea: EGUZKI URTEAGA OLANO,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

Kidea: JON BERNAT ZUBIRI REY,
UPV/EHU. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

CONSEJO ASESOR:

ANGEL ELIAS ORTEGA, ex decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (UPV/EHU)

JAVIER ALONSO SANTOS, coordinador del PRECO del Consejo de Relaciones Laborales

JON BILBAO, Director de Relaciones Laborales de CONFEBASK

CRISTINA CARRASCO, profesora titular de Teoría Económica de la Universidad Autónoma de Barcelona

LUIS CASTELLS, catedrático de Historia Contemporánea de la UPV/EHU

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, ex-magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MARCELA ESPINOSA PIKE, profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad de la UPV/EHU

LORENZO GAETA, catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Siena (Italia)

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, presidente de Aedipe Norte

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPV/EHU

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, diputada foral del Departamento de Empleo, Inserción Laboral e Igualdad, Diputación Foral de Bizkaia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, profesor titular de Dirección de Personal de la UPV/EHU

PHILIPPE MARTIN, Directeur de recherche au CNRS - HDR de Burdeos

JOSÉ LUIS MONEREO, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

CARLOS PRIETO, codirector de la revista *Sociología del Trabajo* y Profesor Titular de Sociología de la UCM

ALBERT RECIO, profesor titular de Economía Aplicada de la Universidad Autónoma de Barcelona

GIANCARLO RICCI, catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Catania (Italia)

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Responsable de Comunicación de la Agrupación de Sociedades Laborales de Euskadi (ASLE)

AHOLKULARITZA:

ANGEL ELIAS ORTEGA, Lan Harremanen eta Gizarte Langintza Fakultateko dekanoa ohia (UPV/EHU)

JAVIER ALONSO SANTOS, PRECO Lan Harremanen Kontseiluko koordinatzailea

JON BILBAO, CONFEBASK-eko Lan Harremanen zuzendaria

CRISTINA CARRASCO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Teoriako irakasle titularra

LUIS CASTELLS, Historia Garaikideko katedraduna (UPV/EHU)

MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO, EAeko Justizi Auzitegi Nagusiko Gizarte Salako magistratua ohia

MARCELA ESPINOSA PIKE, Finantza Ekonomia eta Kontabilitate irakasle titularra (UPV/EHU)

LORENZO GAETA, Lan Zuzenbidearen irakasle katedraduna Sienako Unibertsitatean (Italia)

AGUSTÍN GONZÁLEZ CRESPO, Aedipe Norte-ko lehendakaria

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, Laneko eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna (UPV/EHU)

TERESA LAESPADA MARTÍNEZ, Enplegu, Lan Txertatze eta Berdintasun Saileko foru diputatua, Bizkaia Foru Aldundia

JON LANDETA RODRÍGUEZ, UPV/EHUko Langileak Kudeatzeko irakasle titularra

PHILIPPE MARTIN, director of research of CNRS - HDR of Bordeaux

JOSÉ LUIS MONEREO, Laneko eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko katedraduna Granadako Unibertsitatean

CARLOS PRIETO, *Sociología del Trabajo* aldizkariaren zuzendari kidea eta UCMeko Soziologia irakasle titularra

ALBERT RECIO, Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Ekonomia Aplikatuaren irakasle titularra

GIANCARLO RICCI, Lan Zuzenbideko irakaslea Cataniako Unibertsitatean (Italia)

JAVIER SAN JOSÉ BARRIOCANAL, Euskal Herriko Lan Elkarteen Elkarteko Komunikazio Burua (ASLE)

NEKANE SAN MIGUEL, Magistrada
de la Audiencia Provincial de Bizkaia

IMANOL ZUBERO, profesor titular
de Sociología de la UPV/EHU

JOSÉ MARÍA ZUBIAUR, profesor
de la Universidad Carlos III de Madrid

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHU

NEKANE SAN MIGUEL,
Bizkaiko Probintzia Auzitegiko magistratua

IMANOL ZUBERO, UPV/EHUko
Soziologia irakasle titularra

JOSÉ MARÍA ZUBIAUR, Madrilgo
Carlos III Unibertsitateko irakaslea

JUAN HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, UPV/EHU

AURKIBIDEA / ÍNDICE

Presentación / Aurkezpena	9
--	---

Sección monográfica / Atal monografikoa

<i>Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre</i> Miguel Ángel Gómez Salado	13
<i>La regulación convencional del contrato de trabajo de duración determinada tras la reforma laboral de 2021 y la estabilidad en el empleo</i> Fernando Elorza Guerrero	57

Sección abierta / Atal irekia

<i>La vigilancia de la salud laboral y el derecho a la confidencialidad de los datos personales del trabajador</i> Rubén López Fernández	92
<i>Lagunas en torno a la calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo</i> Nuria J. Ayerra Duesca	116
<i>Riders de empresas de plataforma ¿Cuál es vuestro convenio colectivo?</i> Amparo Esteve-Segarra	141
<i>El convenio especial con la Seguridad Social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores/as con 55 o más años de edad: luces y sombras</i> Ana Castro Franco	165
<i>Incorporación al mercado laboral de personas neurodivergentes: la necesidad de contratos especiales en la legislación laboral mexicana</i> Brenda Tufiño Gómez, Ana Esther Escalante Ferrer	195

Reseñas bibliográficas / Aipamen bibliografikoak

<i>Reseña de Unai Sordo: Los sindicatos y el nuevo contrato social. Cómo España salió del ERTE</i> Alfonso Ríos Velada	215
<i>Reseña de M.^a Belén Fernández Collados: Contrato a tiempo parcial y flexibilidad. Balance, propuestas y perspectiva comparada con el derecho italiano</i> Francisco González Díaz	220
<i>Reseña de José Luis Monereo Pérez y Belén del Mar López Insua: La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro</i> Diego Velasco Fernández	224

PRESENTACIÓN

La reforma laboral, consensuada mediante diálogo social y aprobada por el Real Decreto-ley 32/2021 establece en el mercado de trabajo el contrato fijo como principal forma de contratación, pretendiendo reducir la temporalidad y la precariedad laboral de los trabajadores temporales, quedando el contrato temporal limitado a causas muy tasadas. De esta manera, ha desaparecido el contrato por obra y servicio y se apuesta por dos tipos de contratos temporales: por un lado, por el contrato por circunstancias de la producción y, por otro lado, por el contrato para la sustitución. A pesar de que su entrada en vigor en esta materia se pospuso hasta el 1 de abril, las estadísticas oficiales han comenzado a notar un cambio importante al respecto.

Otra de las reformas incluidas en el RD-ley 32/2021 fue relacionado con el contrato de formación, ya que pretende actualizar y modernizar su configuración. Así, con el rediseño de los contratos formativos se pretende buscar luchar contra la explotación de los becarios y su incidencia en la contratación de personal fijo.

Por último, es de destacar la nueva Ley de Empleo que ha sido aprobada que pretende transformar las políticas laborales a través de la formación, orientación y el acompañamiento de las personas desempleadas.

Hemos querido que el número 48 de *LAN HARREMANAK-Revista de Relaciones Laborales* sea una oportunidad para reflexionar sobre las reformas en contratación y formación. Así en la sección monográfica, recogemos el fruto del trabajo de dos autores/as que han realizado interesantes aportaciones sobre esta cuestión. En primer lugar, presentamos el artículo *Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre*, del profesor Miguel Ángel Gómez Salado. En segundo lugar, le sigue el artículo denominado *La regulación convencional del contrato de trabajo de duración determinada tras la reforma laboral de 2021 y la estabilidad en el empleo* del profesor Fernando Elorza Guerrero.

En la sección abierta presentamos cinco artículos: en primer lugar, presentamos el artículo *La vigilancia de la salud laboral y el derecho a la confidencialidad de los datos personales del trabajador* del profesor Rubén López Fernández. En segundo lugar, le sigue el artículo *Lagunas en torno a la calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo* de la profesora Nuria Ayerra Duesca. En tercer lugar, aparece el artículo *Riders de empresas de plataforma ¿Cuál es vuestro convenio colectivo?* de la profesora Amparo Esteve-Segarra. En cuarto lugar, presentamos el artículo denominado *El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores/as con 55 o más años de edad: luces y sombras* de Ana Castro Franco. En quinto lugar, tenemos el artículo *Incorporación al mercado laboral de personas neurodivergentes: la necesidad de contratos especiales en la legislación laboral mexicana* de las profesoras investigadoras Brenda Tufiño Gómez y Ana Esther Escalante Ferrer.

Por último, en este número contamos con tres reseñas bibliográficas: por un lado, la reseña al libro titulado *Los sindicatos y el nuevo contrato social. Cómo España salió del ERTE*, de Unai Sordo elaborado por Alfonso Ríos Velada; por otro lado, la reseña de *Contrato a tiempo parcial y flexibilidad. Balance, propuestas y perspectiva comparada con el derecho italiano*, de María Belén Fernández Collados elaborado por el profesor Francisco A. González Díaz. En último lugar, la reseña al libro *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*, de José Luis Monereo Pérez y Belén del Mar López Insua elaborado por Diego Velasco Fernández.

Desde el número 41 (inclusive) LAN HARREMANAK cuenta con *peer review* externa, y así ha sido también en el número actual, en el que han participado 14 evaluadoras y evaluadores externos a la revista y también la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social de la UPV/EHU que edita la revista. Queremos agradecer especialmente la labor que han realizado estas académicas y académicos que contribuyen en gran medida a la calidad final de los artículos publicados. Siguiendo la política de la revista, la publicación de cada artículo solo se materializa con el visto bueno de la mayoría de las personas que han evaluado, con un mínimo de dos evaluaciones positivas. Respecto a las reseñas bibliográficas y tal como se indica en las directrices de la revista, han sido evaluadas por dos editores/as de la revista y posteriormente, han sido aprobadas por el Consejo de Redacción.

Enea Ispizua Dorna
Directora
21 de diciembre de 2022

AURKEZPENA

Lan-erreforma, elkarrizketa sozialaren bidez adostua eta 32/2021 Errege Lege Dekretuak onartua, lan-merkatuan kontratu finkoa ezartzen du kontratazko modu nagusitzat, aldi baterako langileen behin-behinekotasuna eta lan-prekarietatea murriztuz, eta aldi baterako kontratua oso arrazoi tasatuetara mugatuz. Horrela, obra eta zerbitzu-kontratua desagertu da, eta aldi baterako bi kontratu-motaren alde egin da: alde batetik, produkzioaren gorabeherengatiko kontratuaren alde, eta, bestetik, ordezkapen-kontratuaren alde. Gai horri buruzko arauak apirilaren 1era arte indarrean sartu ez diren arren, estatistika ofizialak aldaketa garrantzitsu bat nabaritzen hasi dira dagoeneko.

32/2021 Errege Lege Dekretuan sartutako beste erreforma bat prestakuntza-kontratuari buruzkoa da, haren konfigurazioa eguneratu eta modernizatu nahi baita. Hala, prestakuntza-kontratuak berriz diseinatuta, bekadunen esplotazio edo ustiapenari aurre egin nahi zaio, eta langile finkoen kontratazioan eragin.

Azkenik, nabarmentzekoa da Enpleguari buruzko Legea, Ministroen Kontseiluak onartu zuena, eta lan-politikak eraldatu nahi dituen langabetuei preskakuntza, orientazioa eta laguntza eskeiniz.

LAN HARREMANAK Aldizkariaren 48. Zenbakiaren asmoa lan-kontratazioaren eta prestakuntzaren arloko erreformei buruz hausnartzea da. Honen ondorioz, ondorengo egileen lanak aurkeztu nahi dizkizuegu. Lehenengo, *Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre* artikulua duzue Miguel Ángel Gómez Salado irakaslearena. Bigarrenik, *La regulación convencional del contrato de trabajo de duración determinada tras la reforma laboral de 2021 y la estabilidad en el empleo* artikulua Fernando Elorza Guerrero irakaslearena.

Atal irekian bost artikulua aurki ditzakezue: lehena, *La vigilancia de la salud laboral y el derecho a la confidencialidad de los datos personales del trabajador* artikulua Rubén López Fernández irakaslearena. Bigarrena, *Lagunas en torno a la*

calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo Nuria Ayerra Duesca irakaslearena. Hirugarrenik, *Riders de empresas de plataforma ¿Cuál es vuestro convenio colectivo?* Amparo Esteve-Segarra irakaslearena. Laugarrenik, *El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores/as con 55 o más años de edad: luces y sombras* Ana Castro Franco-rena. Bosgarrenik, *Incorporación al mercado laboral de personas neurodivergentes: la necesidad de contratos especiales en la legislación laboral mexicana* artikulua dugu Brenda Tufiño Gómez eta Ana Esther Escalante Ferrer irakasle-ikertzaileena.

Bukatzeko, zenbaki honetan hiru aipamen bibliografiko ditugu: batetik, *Los sindicatos y el nuevo contrato social. Cómo España salió del ERTE*, Unai Sordorena Alfonso Ríos Veladak egindakoa. Bestetik, *Contrato a tiempo parcial y flexibilidad. Balance, propuestas y perspectiva comparada con el derecho italiano*, María Belén Fernández Collados-ena Francisco A. González Díaz irakasleak egindakoa.

41.zenbakitik aurrera (barne) LAN HARREMANAK aldizkariak kanpoko *peer review* (ebalutzaileak) erabiltzen ditu eta horrela izan da oraingo zenbakian ere, aldizkaria argitaratzen duen EHU/UPVko Lan Harremanen eta Gizarte Langintzaren Fakultateaz kanpoko 14 ebalutzailek parte hartu baitute. Berezi eskertu nahi dugu akademiko eta jakitun horien lana, neurri handi batean laguntzen baitigute argitaratzen ditugun artikuluen kalitate jasoa lortzen eta. Ezarritako aldizkariaren politikei jarraituz, artikulua bakoitzaren argitalpena ebaluatu duten pertsona gehienek oniritziarekin baino ez da gauzatzen, bi ebaluazio positiborekin. Aipamen bibliografikoei dagokienez, aldizkariaren jarraibideetan adierazten den bezala, aldizkariaren bi editorek ebaluatu dituzte, eta, ondoren, Erredakzio Kontseiluak onartu ditu.

Enea Ispizua Dorna
Zuzendaria
2022ko abenduaren 21a

UNA PANORÁMICA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TRAS LA ÚLTIMA REFORMA CONTENIDA EN EL REAL DECRETO-LEY 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE[&]

*An overview of employment contracts after the last reform contained
in Royal Decree-Law 32/2021, of december 28*

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO*

Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Contratado Doctor)
Universidad de Málaga, España

RESUMEN

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, no deroga, sino que tan solo modifica y corrige algunos aspectos de la reforma laboral del año 2012. Los cambios más trascendentales que se han producido en esta modificación legislativa han sido, sin duda, en materia de contratación laboral, y han supuesto una transformación absoluta del régimen jurídico de los contratos laborales existentes hasta el momento. Por ello, resulta conveniente hacer una presentación de las principales modalidades de contratación laboral, tras las modificaciones operadas por el citado Real Decreto-ley 32/2021, y describir su nuevo régimen jurídico, así como sus características y sus cambios más significativos, resaltando y comentando las últimas novedades para el presente año 2022.

Pues bien, en el presente trabajo podremos comprobar que se han introducido modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores para generalizar los contratos indefinidos y fijar límites a la temporalidad en el mercado laboral español. Han sido eliminados, de este modo, los contratos por obra y servicio determinado, los contratos de interinidad y los contratos eventuales, si bien aún es posible la contratación de duración determinada, pero únicamente por circunstancias de la producción y por sustitución de una persona trabajadora. Se ha efectuado, asimismo, una nueva regulación de los contratos formativos y de los contratos fijos discontinuos. Igualmente, en el sector específico de la construcción, ha sido posible regular los nuevos contratos indefinidos adscritos a obra.

Palabras clave: Contrato de trabajo, duración del contrato, Estatuto de los Trabajadores, mercado de trabajo, modalidades de contratación laboral, reforma laboral.

[&] Este trabajo ha sido desarrollado en el marco de las actividades del Grupo de investigación consolidado PAIDI SEJ-347 «*Políticas de empleo, igualdad e inclusión social*» (financiado por la Junta de Andalucía) y de una estancia de investigación de carácter postdoctoral en la Universidad de Granada (financiada a través de una ayuda obtenida en una convocatoria pública competitiva).

* **Correspondencia a:** Miguel Ángel Gómez Salado. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Estudios Sociales y del Trabajo de la Universidad de Málaga. Av. Francisco Trujillo Villanueva, s/n (29001 Málaga, España). — magsalado@uma.es — <https://orcid.org/0000-0002-6003-7206>

Cómo citar: Gómez Salado, Miguel Ángel. (2022). «Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre»; *Lan Harremanak*, 48, 13-56. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.234791>).

Recibido: 9 julio, 2022; aceptado: 23 septiembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

ABSTRACT

Royal Decree-Law 32/2021, of December 28, on urgent measures for labor reform, the guarantee of employment stability and the transformation of the labor market, does not repeal, but only modifies and corrects some aspects of the labor reform of the year 2012. The most transcendental changes that have occurred in this legislative modification have been, without a doubt, in terms of employment contracts, and have meant an absolute transformation of the legal regime of existing employment contracts up to now. For this reason, it is convenient to make a presentation of the main modalities of labor contracting, after the modifications operated by the aforementioned Royal Decree-Law 32/2021, and describe its new legal regime, as well as its characteristics and its most significant changes, highlighting and commenting on the latest news for the current year 2022.

In the present work, we will be able to verify that modifications have been introduced in the Workers' Statute to generalize permanent contracts and set limits to temporary employment in the Spanish labor market. In this way, contracts for specific work and service, interim contracts and temporary contracts have been eliminated, although fixed-term contracts are still possible, but only due to production circumstances and replacement of a worker. In addition, a new regulation of training contracts and discontinuous fixed contracts has been carried out. Likewise, in the specific construction sector, it has been possible to regulate the new permanent contracts assigned to construction.

Keywords: Work contract, duration of the work contract, Workers' Statute, labor market, labor contracting modalities, labor reform.

El árbol de las leyes ha de podarse continuamente.

Anatole France

1. Una brevísima referencia a la última reforma laboral

Con la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹ (en lo sucesivo, Real Decreto-ley 32/2021), se introduce la reforma laboral española más importante del Gobierno actual y de los últimos años (así lo entiende también Mella Méndez, 2022).

Esta nueva reforma contenida en el mencionado Real Decreto-ley 32/2021, sin ser una contrarreforma de la de 2012², «camina en dirección contraria a la(s) que ha(n) sido habitual(es) en los últimos tiempos», tal y como expresa su exposición de motivos, y pretende corregir de manera decidida uno de los problemas más graves de nuestro mercado de trabajo: la excesiva temporalidad, que ha ejercido una gran presión sobre los salarios y el resto de condiciones laborales de las personas trabajadoras (además de impedirles ejercer de manera plena sus derechos), y ha creado una inercia, de dimensión cultural, que ha mermado el crecimiento de las empresas y su productividad. En este sentido, podemos señalar que dos de sus principales objetivos son, de un lado, el de apostar por el empleo indefinido o fijo y, de otro lado, el de modificar el régimen legal de los contratos temporales, todo ello con la finalidad de «promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal».

De conformidad con los propósitos de esta nueva reforma laboral³, se lleva a cabo la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre⁴ (en adelante, ET). En particular, se modifica la redacción del art. 15 del ET, partiendo de la generalización y el reforzamiento del contrato indefinido, y desaparecen las tradicionales modalidades de contratación temporal (contrato

¹ BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

² Aunque el Real Decreto-ley 32/2021 no deroga la reforma laboral de 2012, sí que modifica y corrige algunos de los aspectos más lesivos de la misma. Sobre este particular, *vid.* Gómez Salado (2022: 215-242).

³ Sobre esta cuestión, *vid.* los siguientes trabajos, entre otros: Monereo Pérez, Rodríguez Escanciano (2022), Fernández Navarro (2022: 374-382) y Montes Adalid (2022: 383-392).

⁴ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

por obra o servicio determinado, contrato de interinidad y contrato eventual por circunstancias de la producción⁵). Las demás modalidades de contratos de trabajo existentes con anterioridad se mantienen, si bien se introducen ciertos cambios en sus características y en los requisitos que se exigen para su formalización.

En las páginas que siguen, vamos a efectuar un análisis que consiste en una revisión y puesta al día de los aspectos clave de las principales modalidades de contratos de trabajo según su duración, destacando y comentando las novedades y los cambios más relevantes para el presente año 2022.

2. La apuesta por la contratación indefinida

La reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 32/2021 apuesta de manera clara por promover relaciones de trabajo indefinidas, procurando reconducir la contratación laboral temporal hacia la contratación indefinida en cualquiera de sus modalidades: el contrato indefinido ordinario, el contrato indefinido fijo-discontinuo y el contrato indefinido adscrito a la obra.

2.1. Una primera aproximación a los contratos de carácter indefinido: los grandes protagonistas de la reforma

En primer lugar, conviene señalar que el contrato de trabajo indefinido o fijo⁶ se define como aquel que se acuerda sin establecer límites de tiempo en la prestación de los servicios, en cuanto a la duración del contrato. Por tanto, y a diferencia de lo que ocurre con los contratos temporales o formativos (que estudiaremos más adelante), el contrato indefinido no tiene una fecha concreta de extinción, en la medida en que el vínculo laboral entre la empresa y la persona trabajadora puede perdurar hasta que alguna de estas dos partes lo rompa.

El espíritu de la última reforma laboral, aprobada en el mes de diciembre de 2021, no ha sido otro que otorgar una absoluta primacía a este contrato in-

⁵ El art. 15 del ET, en su redacción previa a la reforma laboral, disponía que el contrato de trabajo podía celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, estableciendo las tres modalidades de contratación temporal mencionadas: el contrato por obra o servicio determinado, el contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato de interinidad. Dichas modalidades contractuales habían sido objeto de desarrollo reglamentario por el 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada.

⁶ Este tipo de contrato se utiliza cuando se quiere establecer una relación laboral entre una empresa y una persona trabajadora sin una fecha de finalización determinada. Por esto, a las personas trabajadoras que gozan de este tipo de contratos suelen ser conocidas como «fijas».

definido, con la finalidad de acabar con la precariedad laboral y la temporalidad en el empleo (recordemos que el propio texto de la reforma dispone que «*España encabeza el ranking europeo de la temporalidad, con una diferencia de casi 12 puntos porcentuales sobre la media de la Unión Europea*»). Con vigencia a partir del 30 de marzo de 2022, el Real Decreto-ley 32/2021 modificó la redacción del art. 15.1 del ET⁷ para establecer el contrato indefinido como regla general: en particular, se fijó la presunción legal de que «*el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido*» (expresión esta que sustituye a la anterior, que daba un carácter opcional a este tipo de contrato laboral: «*el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada*»). En el caso de existir alguna controversia, será la persona empresaria quien tenga que probar que se dan causas legales para el contrato temporal.

Tras la reforma laboral, y según los datos facilitados por el Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo y Economía Social (Gobierno de España, 2022a), España ha registrado un total de 1.640.595 contratos durante el pasado mes de mayo de 2022⁸ (ello supone una subida de 95.287 —6,17%— sobre el mismo mes del año 2021), de los que 730.427 eran nuevos contratos indefinidos (*vid.* la gráfica 1), la mayor cifra en un mes de toda la serie histórica. Estas cifras, logradas en el mes de mayo, suponen claramente el inicio de un cambio de paradigma hacia la estabilidad en el empleo.

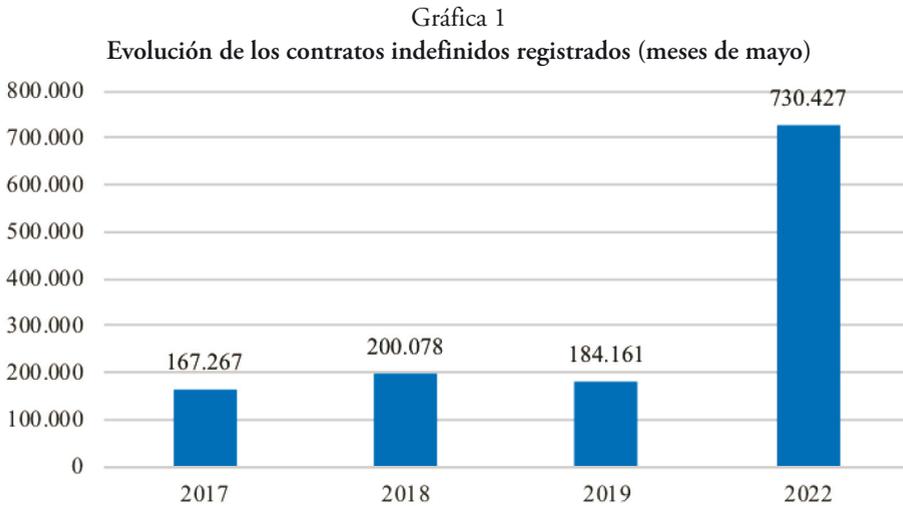
Sin duda alguna, se trata de un dato que cobra una especial importancia, dado que en el referido mes la contratación laboral ha sido habitualmente de carácter temporal para poder afrontar la campaña de verano.

Por otro lado, interesa destacar que los contratos indefinidos del mes de mayo se han dividido en 291.308 contratos a tiempo completo, 264.524 contratos fijos-discontinuos y 174.595 contratos a tiempo parcial.

En términos acumulados, los contratos indefinidos a tiempo completo alcanzan de enero a mayo del presente ejercicio un total de 1.156.558, es decir, un 133,31% más que en igual periodo del pasado año 2021.

⁷ Sobre este precepto, se ha señalado lo siguiente: «*Llama la atención —al menos a mí— la simplicidad, y la sobrevaloración, con las que suele acogerse la nueva formulación del artículo 15.1 ET. Solo desde un nominalismo normativista, en extremo irrealista y ajeno al sistema de fuentes de la contratación laboral puede pensarse que hay un cambio de modelo jurídico, en relación con la regulación precedente, porque ahora se plasma una presunción (aunque pareciera entenderse que es iuris et de iure, siempre cabrá la prueba en contrario de que concurre una causa justificada legal de temporalidad, como en el caso del artículo 49.1 c), párrafo tercero ET -si es iuris et de iure la fijeza como sanción a los incumplimientos o al encabalgamiento de contratos). Varias razones podrían esgrimirse para relativizar este cambio de texto normativo*». *Vid.* Molina Navarrete (2022b: 64-65).

⁸ Durante el mes de abril, se firmaron 1.450.093 contratos de los que 698.646 eran de carácter indefinido. Representan el 48,2%, es decir, uno de cada dos contratos firmados en abril ha sido indefinido. *Vid.* Gobierno de España (2022b).



Fuente: Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Los datos de contratación, en relación a los registrados antes de la pandemia, también evidencian una gran mejora de la calidad de los nuevos contratos, según el Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo y Economía Social (Gobierno de España, 2022a).

Dicho todo lo anterior, tenemos que recordar que, aunque uno de los tipos de contratos indefinidos más conocidos es el «ordinario», no es el único. Seguidamente, nos vamos a detener en este y en otros dos tipos que han cobrado especial importancia tras la reforma: los mencionados contratos indefinidos fijos-discontinuos y los contratos laborales indefinidos adscritos a la obra.

2.2. El contrato indefinido ordinario como regla general (art. 15.1 del ET)

2.2.1. *Delimitación y alcance*

El contrato indefinido ordinario o común es la modalidad «preferida»⁹ por nuestro ordenamiento jurídico-laboral¹⁰ y cumple con las condiciones descritas anteriormente. Es decir, se trata de aquel contrato que se concierta entre la persona trabajadora y la parte empleadora (ya sea una persona empresaria individual o una empresa) sin establecer una fecha de finalización de la relación la-

⁹ Así lo estima también Beltrán de Heredia Ruiz (2022a).

¹⁰ En este sentido, se puede señalar que goza del favor del legislador.

boral¹¹ (tan solo se indica la fecha de inicio de la relación laboral, pero no la de su terminación). Por ello, este contrato suele ser calificado como el más estable y el que goza de una mayor protección en nuestro país, lo que hace que sea el más deseado por la mayoría de las personas trabajadoras.

Otro de los caracteres más destacados del contrato indefinido ordinario es que tiene un ámbito subjetivo universal, en la medida en que cualquier persona trabajadora puede ser contratada a su amparo y cualquier empresa puede hacer uso del mismo en la contratación.

Asimismo, conviene indicar que la contratación indefinida ordinaria, como modelo contractual «tipo» e incluso «ideal», queda evidenciada en la nueva regla general fijada en el art. 15.1 del ET que, como ya hemos señalado, confirma que el contrato de trabajo se presume celebrado por tiempo indefinido, «*rompiendo esa dualidad estructural caracterizadora del mercado de trabajo español, que ha existido hasta la reforma de 2021*» (Sicre Gilaber, 2022: 6).

2.2.2. *Requisitos formales*

Se establece, como regla general, la libertad de forma a la hora de celebrar este contrato laboral. Esto significa que se podrá celebrar, bien de manera escrita, bien de manera verbal, de palabra entre las dos partes de la relación laboral. Ahora bien, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

No se va a poder aplicar, sin embargo, dicha libertad de forma en todos los supuestos, ya que nos vamos a encontrar con ciertos casos en los que el contrato laboral por tiempo indefinido se va a tener que celebrar, necesariamente, por escrito (*vid.* el art. 8.2 del ET). Algunos de estos supuestos, en los que se hace necesario que los contratos consten por escrito, son los contratos indefinidos a tiempo parcial y los fijos-discontinuos.

Asimismo, el contrato de trabajo indefinido se podrá celebrar a jornada completa, parcial o para la prestación de servicios fijos discontinuos¹².

El contenido del contrato se comunicará al Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de los 10 días siguientes a su concertación.

¹¹ A priori, se tiene intención de que la persona trabajadora pase a formar parte de la plantilla de la empresa mientras esta tenga actividad.

¹² Si el contrato indefinido se celebra a tiempo parcial, tendrá que figurar el número de horas ordinarias de trabajo contratadas y su distribución porque, de lo contrario, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario del carácter a tiempo parcial de los servicios.

2.2.3. *Supuestos en los que se convierte otro tipo de contrato en indefinido*

Paralelamente a la existencia de un contrato indefinido ordinario (ya sea este a jornada completa, a tiempo parcial, o para la prestación de servicios fijos discontinuos), la adquisición de la condición de indefinido por parte de la persona trabajadora, podrá derivar de otros supuestos, como los siguientes:

a) *No dar de alta a la persona trabajadora en la Seguridad Social.*

No dar de alta a la persona trabajadora en la Seguridad Social «una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba», tal y como establece el art. 15.4 del ET¹³.

b) *Contratos temporales celebrados en fraude de ley.*

Aquellas personas trabajadoras con contratos temporales que hayan sido celebrados en fraude de ley¹⁴.

c) *Encadenamiento de contratos temporales.*

Hay que destacar que, de conformidad con el art. 15.5 del ET¹⁵, y con la última reforma laboral, se ha conseguido limitar a 18 meses (en un espacio temporal de 24 meses) el periodo máximo en que se pueden encadenar contratos de duración determinada. Una vez transcurrido este periodo (que, con anterioridad a la reforma laboral, era de 24 meses en un espacio temporal de 30 meses¹⁶), cualquier persona trabajadora pasará a adquirir la condición de indefinida. Con efectos de 30 de marzo de 2022, tenemos que señalar que:

— Igualmente, «adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal» (art. 15.5 del ET). O lo que es lo mismo, la persona adquirirá la condición de indefinida cuando el puesto haya sido cubierto por otras personas antes en las condiciones detalladas.

¹³ Vid. la STS, de 14 de julio de 2009 (rec. núm. 3713/2008).

¹⁴ Vid. la STS, de 18 de septiembre de 2009 (rec. núm. 4001/2008) y la STSJ de Andalucía, de 27 de enero de 2000 (núm. 308/2000).

¹⁵ Art. 15.5 del ET: Las personas trabajadoras que en un periodo de 24 meses hubiesen estado contratadas durante un plazo superior a 18 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o distinto puesto de trabajo en la misma empresa o grupo de empresas, mediante 2 o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas.

¹⁶ Se reduce, por tanto, a 18 meses en un periodo de 24 meses el plazo de encadenamiento de contratos para adquirir la condición de persona trabajadora indefinida, frente a los 24 meses en un periodo de 30 meses.

- «Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente» (art. 15.5 del ET).
- En relación a los contratos de trabajo que hayan sido suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto del art. 15.5 del ET, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto, se tendrá en cuenta únicamente el contrato vigente a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021.

2.2.4. *Periodo de prueba*

Por lo que respecta al periodo de prueba del contrato indefinido, tenemos que señalar que siempre hay que respetar las siguientes exigencias:

- El periodo de prueba tiene que ser expreso y debe establecerse por escrito, independientemente de que el convenio colectivo que resulte de aplicación recoja esta condición de un modo genérico.
- El pacto tiene que realizarse al comienzo de la relación de trabajo.

Asimismo, debemos considerar que el periodo de prueba será considerado nulo cuando la persona trabajadora ya haya desempeñado previamente las mismas funciones en la empresa correspondiente.

Seguidamente, mencionamos dos reglas referidas a la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo (art. 14 del ET):

- Será la acordada entre la empresa y la persona trabajadora, dentro de los límites de lo que fije el convenio colectivo que se aplique.
- En defecto de pacto en convenio, o cuando el mismo no haya establecido nada al respecto, el periodo de prueba durará, como máximo, 6 meses para personas técnicas tituladas y 2 meses para el resto de personas trabajadoras. En las empresas de menos de 25 personas trabajadoras, el límite es de 3 meses, y de 1 mes para los contratos temporales de menos de 6 meses.

2.2.5. *Derechos e indemnización*

Desde la perspectiva de la persona trabajadora, la gran ventaja de tener un contrato indefinido es clara y evidente: el mismo no tiene fecha de terminación, si bien ello no significa que la empresa no pueda extinguir la relación laboral. Ello, sin duda, se traduce en lo que conocemos como estabilidad laboral.

Por lo demás, los derechos laborales de las personas trabajadoras son los mismos que tienen aquellas otras que cuentan con un contrato de trabajo temporal. Esto es, no pueden existir diferencias, sin una justificación objetiva, en todo lo

que respecta al salario, a las vacaciones, a los permisos, al descanso entre una persona trabajadora indefinida y una temporal o con un contrato formativo.

Para la extinción de los contratos indefinidos, tendrá que concurrir alguna de las causas de extinción que señala el art. 49 del ET, extinción que puede producirse bien por la voluntad concurrente de las partes, o por causas inherentes a las partes, o por voluntad de la persona trabajadora, o finalmente por decisión de la empresa, en cuyo caso estaríamos ante un despido (disciplinario, individual por causas objetivas, colectivo o por fuerza mayor) y la empresa, para materializarlo, tendrá que cumplir una serie de requisitos formales, además de acreditar una causa de extinción del contrato, de las previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

La indemnización a pagar dependerá del tipo de despido por el que se haya procedido a realizar la extinción del contrato. En caso de despido disciplinario, no se tendrá derecho a indemnización; en caso de despido objetivo, una indemnización de 20 días por cada año trabajado; y, si no ha existido causa o se ha realizado un despido de modo inadecuado, la indemnización será de 45 días por cada año trabajado —hasta febrero del año 2012— y 33 días por cada año trabajado posteriormente.

2.3. La reformulación y potenciación del contrato indefinido fijo-discontinuo (art. 16 del ET)

2.3.1. *Delimitación y alcance*

El llamado contrato fijo-discontinuo es un viejo conocido de nuestro ordenamiento jurídico-laboral. Se encuentra presente desde hace bastante tiempo en España, pero nunca logró alcanzar en nuestro sistema el papel fundamental que muchas personas quisieron otorgarle (Calvo Gallego, 2022: 136).

Se regula en el art. 16 del ET, donde se concibe como un tipo de contrato indefinido que se celebra para llevar a cabo aquellos trabajos que tengan el carácter de «fijos» (esto es, que tengan una naturaleza estable, permanente, constante o habitual), pero que sean «discontinuos» en el tiempo (es decir, resulta inherente a este tipo de contratos que haya determinados intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no exista trabajo que atender). Se dirige, en particular, a algunos sectores que, hasta ahora, solían recurrir a la contratación temporal, como es el caso del turismo.

Con la última reforma laboral, ha sido uno de los contratos que más ha potenciado el legislador urgente en su lucha contra la excesiva temporalidad, y ello nos parece muy acertado, ya que entendemos que esta figura ofrece una mayor estabilidad (Goerlich Peset, 2022: 59; Kahale Carrillo, 2022a; y Kahale Carrillo, 2022b) (y, por tanto, algo más de seguridad a las personas trabajadoras) que la mera reiteración de contratos temporales y, además, conlleva importantes avan-

ces en todo lo que respecta a la igualdad de derechos (como se podrá comprobar más tarde). Ahora bien, hay quienes han señalado que, a pesar de las grandes mejoras que supone, no es un ideal de calidad en el empleo, ni una opción asumida en muchos casos de manera voluntaria por las propias personas trabajadoras (en este sentido, Calvo Gallego, 2022: 136), sino una «figura jurídico-contractual que, en la práctica, acumula una elevada dosis de precariedad, desprotección y agravios reguladores» (Molina Navarrete, 2022b: 67), que podría calificarse también como una «fase intermedia hacia otra de mayor protección» (Molina Navarrete, 2022b: 68).

En términos generales, tal y como se prevé en la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021, en la vigente redacción del art. 16 del ET «desaparece por fin la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos . (...) En definitiva, no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato». Sin duda, este importante cambio incorporado en el texto de la reforma nos parece del todo acertado.

2.3.2. *Causas que justifican la celebración de contratos indefinidos fijos-discontinuos*

Dicho lo anterior, queremos destacar que el ámbito de aplicación de los denominados contratos fijos-discontinuos¹⁷ ha sido ampliado como consecuencia de la reforma laboral operada por Real Decreto-ley 32/2021, justo con el fin de acabar con la gran temporalidad de ciertas profesiones que, por su propia naturaleza, no pueden llevarse a cabo de un modo estable en el tiempo.

Concretamente, el mencionado Real Decreto-ley 32/2021, con vigencia a partir del día 30 de marzo de 2022, se encarga de modificar el art. 16 del ET para ofrecer una nueva definición al contrato de trabajo fijo-discontinuo, asumiendo alguno de los supuestos de contratación que, hasta el momento, se cubrían con el ya derogado contrato por obra o servicio. En dicho precepto legal quedan fijados, de este modo, los siguientes supuestos que justifican la celebración de estos contratos:

- Para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada.

¹⁷ Los cuales puede entrar en conflicto con los contratos temporales que, como sabemos, no ofrecen tantas garantías para las personas trabajadoras.

- Para el desarrollo de aquellos trabajos que no tengan naturaleza estacional o de temporada, pero que son de prestación intermitente y tienen períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.
- Para la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. En este supuesto, «*los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones*». Una vez que se haya cumplido el plazo máximo de inactividad fijado en el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el plazo de 3 meses, «*la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan*» (art. 16.4 del ET).
- Asimismo, van a poder celebrarse entre las Empresas de Trabajo Temporal (en lo sucesivo, ETT) y aquellas personas contratadas para ser cedidas, incluso para la cobertura de necesidades temporales de diversas empresas usuarias, coincidiendo los períodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos (*vid.* el art. 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT¹⁸).

Seguidamente, nos encargamos de enumerar algunos de los ejemplos más comunes de trabajos que se engloban dentro de los fijos-discontinuos:

- Los múltiples trabajos realizados que tienen que ver con la educación y los centros escolares: profesorado, personal de cocina y limpieza, personal de enfermería escolar, personal de secretaría y conserjería, personas monitoras (de comedor, ruta escolar y actividades extraescolares), etc. Aquellas personas que prestan sus servicios en una empresa de estas características, como podrían ser las que se dedican a conducir un autobús o medio de transporte escolar, saben que tienen un empleo estable, aunque intermitente en el tiempo, ya que tan solo trabajan en aquellos periodos en los que el alumnado cursa sus estudios.
- Igualmente, todos aquellos trabajos agrícolas de temporada en unos periodos determinados, dependiendo de la climatología y el transcurso de las cosechas (en particular, nos referimos a los trabajos de recolección y trabajo en el campo).
- Finalmente, también podemos mencionar los trabajos que se relacionan con las actividades y servicios de carácter estacional, como son aquellos que están ligados al turismo, la hotelería y la restauración y que se desarrollan durante los meses de verano en las zonas de costa o de invierno en los lugares de montaña: recepcionistas, socorristas y personal de piscina, personal de seguridad y mantenimiento, guías, personal de animación, personal de cocina, etc.

¹⁸ BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994.

2.3.3. *Requisitos formales*

El contrato laboral fijo-discontinuo, conforme a lo dispuesto en los arts. 8.2 y 16.2 del ET, se tendrá que formalizar necesariamente por escrito. Asimismo, se establece en el art. 16.2 del ET un contenido mínimo de la obligación documental, ya que habrá que reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento.

Las personas trabajadoras fijas-discontinuas podrán tener jornada completa o parcial, pero siempre su relación laboral será de carácter indefinido. A este respecto, cabe destacar que se ha modificado el art. 16.5 del ET, permitiendo que los contratos fijos-discontinuos puedan realizarse a tiempo parcial cuando por convenio colectivo se permita.

En relación a lo anterior, hemos encontrado trabajos donde se sospecha que dichos «*contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial pueden quedar dirigidos mayoritaria o exclusivamente a mujeres, una vez más, perpetuando así la división sexual del trabajo y la pobreza laboral*» (Fernández Ramírez, 2022: 197-236).

Asimismo, puede indicarse que el art. 16.3 del ET señala que, por medio de convenio colectivo o, en su defecto, de acuerdo de empresa, se tendrán que fijar los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas. En todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada.

Sin perjuicio de lo anterior, la empresa también tendrá que trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas-discontinuas una vez se produzcan.

2.3.4. *Periodo de prueba*

La duración del periodo de prueba de estos contratos indefinidos se especifica en los convenios colectivos, salvo que el convenio establezca otros plazos. Su duración no puede exceder de: 6 meses para las personas técnicas tituladas y 2 meses para las demás personas trabajadoras (salvo en las empresas de menos de 25 personas trabajadoras, que puede ser de 3 meses).

2.3.5. *Derechos e indemnización*

Por otro lado, interesa señalar que las personas trabajadoras que se encuentran ligadas a una compañía con un contrato indefinido fijo-discontinuo

gozan de los mismos derechos que las demás personas trabajadoras en materia de formación, vacaciones, permisos, derechos de representación, etc. Esto no ha sido así siempre, pues, hasta poco tiempo, estas personas trabajadoras tenían los derechos laborales propios de un contrato temporal, mucho más limitados.

Se desprende de los últimos apartados del art. 16 del ET que el legislador urgente ha hecho suya la doctrina del Tribunal Supremo, en la medida en que, ahora, estas personas trabajadoras cuentan con los siguientes derechos:

- Art. 16.6 del ET: 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.
- Art. 16.6 del ET: tienen *«derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral, y no solo el tiempo de servicios efectivamente prestados»*. En este precepto legal se genera una cierta inseguridad jurídica, en la medida en que, tras la redacción anterior, se establece una excepción para el cómputo: *«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»*. Desde nuestro punto de vista, tienen el derecho a que su antigüedad se calcule considerando toda la duración de la relación laboral, y no el tiempo de servicios realizados. Esto significa que a una persona con un contrato indefinido fijo-discontinuo que lleva trabajando 4 años en una empresa, le corresponderá una antigüedad de 4 años, aunque solo haya trabajado 4 meses en cada año.
- Art. 16.7 del ET: tienen derecho a ser informadas por la empresa, al igual que la representación legal de las personas trabajadoras, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de tal forma que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa.
- Art. 16.8 del ET: tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.

Es evidente que, para la persona trabajadora, la contratación como indefinida fija-discontinua supone importantes ventajas frente a la contratación temporal en materia de estabilidad, siendo también mayor la indemnización a la que se tendrá derecho en caso de despido.

2.4. El nuevo contrato indefinido adscrito a la obra en el sector de la construcción (DA 3.^a de la LSSC)

2.4.1. Delimitación y alcance

La Disposición Adicional 3.^a del ET y la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción¹⁹ (en adelante, LSSC) atribuían a la negociación colectiva²⁰ la facultad de adaptar el contrato temporal de obra o servicio determinado (regulado con carácter general en el art. 15 del ET) a las necesidades especiales del sector de la construcción para garantizar una mayor estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras. Y, en este sentido, el Convenio General del Sector de la Construcción²¹, de ámbito estatal, regulaba el contrato «fijo de obra», que tan solo era una concreción del contrato de obra o servicio determinado.

Ahora bien, en respuesta a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²² referida al contrato fijo de obra, el art. 2 del Real Decretoley 32/2021 introduce, con efectos del 31 de diciembre de 2021, una modificación de la Disposición Adicional 3.^a de la LSSC para regular el nuevo —y muy complejo²³— contrato indefinido adscrito a la obra (esta apuesta por la consideración del carácter indefinido del vínculo laboral²⁴, como vemos, supone la principal novedad introducida²⁵), que viene a sustituir al anterior contrato temporal de obra regulado en el convenio colectivo. Podemos destacar, a este respecto, que el hecho de que no se hayan producido cambios especialmente significativos nos ha llevado a pensar, en más de una ocasión, que:

- Con esta reforma, no se han cambiado demasiadas cosas, pero sí que se ha modificado la denominación de la modalidad contractual por la de «contrato indefinido adscrito a la obra». Este cambio de nombre²⁶ ha sido calificado por la doctrina como meramente estético o decorativo (Vicente Palacio, 2022:227), postura que compartimos en parte, si bien ob-

¹⁹ BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006.

²⁰ Sobre la negociación colectiva y la reforma, *vid.* Vila Tierno (2022a).

²¹ *Vid.* su art. 24.

²² *Vid.* la STJUE, de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19).

²³ También lo considera Molina Navarrete (2022b: 70).

²⁴ Erradicando el carácter temporal de este contrato.

²⁵ También podremos comprobar que se han fijado ciertas particularidades en lo que respecta a su régimen extintivo.

²⁶ Incorporando el calificativo de «indefinido».

²⁷ En similares términos, se manifiesta Aragón Gómez (2022: 54): «En definitiva, el previo contrato fijo de obra se extinguía ante la ausencia de una nueva obra en la misma provincia. Y el nuevo contrato indefinido adscrito a obra también y con la misma indemnización. El previo contrato fijo de obra se resolvía si el trabajador no estaba conforme con el nuevo destino. Y el nuevo contrato indefinido

servamos que hay una clara orientación de la regulación hacia una mayor estabilidad contractual en el sector.

- Esta nueva regulación del contrato puede representar un cambio estadístico o, como ya ha señalado algún autor, una «*nueva máscara de la temporalidad*» (Molina Navarrete, 2022a; en la misma línea, Aragón Gómez, 2022: 56; Calvo Gallego y Asquerino Lamparero, 2022: 203; y Esteban Miguel, 2022: 111) porque, a raíz de la reforma laboral, estos contratos se computan como contratos indefinidos, y no como contratos temporales, cuando en la práctica se extinguen como el anterior contrato fijo de obra.

Una vez dicho lo anterior, nos interesa delimitar el alcance particular de este contrato. Desde una perspectiva objetiva, tan solo es de aplicación a aquellas empresas del sector «*de (la) construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción*». Pues bien, de acuerdo con el art. 3 (ámbito funcional) del VI Convenio General del Sector de la Construcción²⁸, podemos entender como actividades propias del sector: a) las dedicadas a la construcción y obras públicas; b) la conservación y el mantenimiento de infraestructuras; c) las canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales; d) embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos; e) el comercio de la construcción mayoritario y exclusivista. Asimismo, dicho convenio relaciona y detalla, en su Anexo I, las actividades que integran el campo de aplicación de este convenio, pero tan solo «*a título enunciativo y no exhaustivo*».

En este mismo sentido, se ha señalado que «*la delimitación de este sector parece hacerse así mediante una genérica remisión al ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción, siendo, al menos a mi juicio, una delimitación abierta a las posibles adaptaciones y ampliaciones que esta misma norma general pudiera experimentar, ya sea en su articulado (art. 3 CCGC), o en el correspondiente Anexo (Anexo I), como consecuencia, normalmente, de la incorporación de nuevas actividades o ámbitos de negocio*»²⁹.

Desde una perspectiva subjetiva, la referida modalidad contractual únicamente alcanza, tal y como establece la norma, a las personas trabajadoras «*adscritas a la obra*», esto es, a aquellas que tienen por objeto las «*tareas*» o los «*ser-*

adscrito a obra también y con los mismos efectos. Tras la extinción del contrato fijo de obra, el trabajador tenía derecho a desempleo. Y tras la extinción del nuevo contrato indefinido adscrito a obra también y en iguales términos. ¿Qué ha cambiado entonces? Nada, salvo el nombre». Vid. también, Esteban Miguel (2022: 111).

²⁸ BOE núm. 232, de 26 de septiembre de 2017.

²⁹ Calvo Gallego, F.J., y Asquerino Lamparero, M.J., «Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador», *Temas laborales*, núm. 161, 2022, pág. 208.

vicios» (se consideran, por tanto, no solo las prestaciones básicamente físicas, sino también las prestaciones esencialmente intelectuales) cuya «finalidad» y «resultado» estén vinculados a obras de construcción³⁰ (por ejemplo, una empresa constructora que tiene la necesidad de contratar a personal de obra para la construcción de una urbanización en Jerez de la Frontera). Ahora bien, también dispone la norma que quedan al margen todas las personas trabajadoras del sector de la construcción «*que formen parte del personal de estructura*», es decir, aquellas personas asalariadas cuya contratación no dependa del desarrollo de una obra concreta; generalmente (en similares términos, Folgoso Olmo, 2022; y Calvo Gallego, 2022: 131-132), el personal de oficina, técnico u operario cuya labor se encuentre ligada a la sede de la empresa (este otro sería el caso, por ejemplo, de una empresa constructora donde existe la necesidad de contratar a una persona como directora comercial, en cuyo caso se utilizaría un contrato indefinido).

2.4.2. Finalización de la obra

Se puede señalar que la nueva Disposición Adicional 3.^a de la LSSC dispone que se entiende por finalización de las obras y servicios, teniendo en cuenta solo tres tasadas circunstancias:

- La «*terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados por*» la persona trabajadora.
- También se considera la «*disminución real del volumen de obra por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada*».
- Así como «*la paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad*».

Prevé, además, que «*la finalización de la obra deberá ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras, en su caso, así como de las comisiones paritarias de los convenios de ámbito correspondiente o, en su defecto, de los sindicatos representativos del sector, con cinco días de antelación a su efectividad y dará lugar a la propuesta de recolocación prevista en esta disposición*»,

³⁰ En este sentido, Calvo Gallego, F.J., «La reforma de la contratación temporal...», *op. cit.*, pág. 131. Este autor señala que, a su juicio, es el «*último participio el que debe darnos la clave para comprender correctamente esta delimitación. Y ello en la medida en la que en este caso la vinculación no pretendería hacer referencia a una simple o genérica conexión, directa o indirecta con las obras propias del sector. Muy al contrario, creemos que lo que la norma pretende destacar —por utilizar la terminología de la RAE— es que el objeto inicial de la prestación esté sometido, conectado, en cuanto a su continuidad y subsistencia, a la concreta obra con las que esté vinculado, normalmente mediante su identificación en el propio contrato, obligando o bien a su modificación o incluso a su extinción, cuando aquellas a las que inicialmente estaba adscrito, se agotasen o concluyeran. Sería, por tanto, esa delimitación objetiva de la actividad pactada y su vinculación con una o más concretas obras las que justificarían la calificación como indefinido adscrito a obra de estas concretas relaciones*».

que es de carácter obligatorio para la empresa. Con ello, como bien ha señalado algún autor, se procura evitar, mediante la recolocación, «*que la concurrencia de causas extintivas conlleve la verdadera terminación del vínculo*» (Monereo Pérez, Rodríguez Escanciano y Rodríguez Iniesta, 2022: 25).

2.4.3. *Recolocación y formación*

Al concluir la obra, como ya hemos señalado, las empresas tendrán la obligación de realizar una propuesta³¹ de recolocación a las personas trabajadoras en una nueva obra (lo que implica una clara garantía de estabilidad; en el mismo sentido, Monereo Pérez, Rodríguez Escanciano y Rodríguez Iniesta, 2022: 25) previo desarrollo, cuando sea necesario, de un proceso de formación o recualificación. Este proceso de formación, que será siempre a cargo de la empresa, podrá realizarse directamente o a través de una entidad especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción con cargo a las cuotas empresariales.

La propuesta de recolocación se tendrá que formalizar por escrito por medio de una cláusula, que deberá precisar las condiciones esenciales, la ubicación de la obra y la fecha de incorporación a la misma, así como las acciones formativas exigibles para ocupar el nuevo puesto.

La referida cláusula, que será anexada al contrato de trabajo, tendrá que someterse a aceptación de la persona trabajadora con 15 días de antelación a la finalización de su trabajo en la obra en que se encuentre prestando servicios.

2.4.4. *Extinción del contrato e indemnización*

Una vez efectuada la mencionada propuesta de recolocación, el contrato indefinido adscrito a la obra puede extinguirse (además de por las causas establecidas en el ET) por «*motivos inherentes a la persona trabajadora*» cuando se dé alguna de las tres siguientes circunstancias:

1. La persona trabajadora afectada rechaza la recolocación. En este primer caso, se deberá notificar por escrito a la empresa el rechazo de la propuesta en el plazo de 7 días desde que se tenga conocimiento de la comunicación empresarial.
2. La cualificación de la persona afectada, incluso tras un proceso de formación o recualificación, no resulta adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la misma provincia, o no permite su integración en estas, por existir un exceso de personas con la cualificación necesaria para desarrollar sus mismas funciones.

³¹ Dicha propuesta se tiene que realizar en un plazo de 5 días y por escrito.

3. No existe en la provincia en la que esté contratada la persona trabajadora ninguna obra de la empresa acorde a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional, una vez analizada su cualificación o posible recualificación. En estos dos últimos casos, la empresa deberá notificar a la persona trabajadora la extinción del contrato con una antelación de 15 días a su efectividad.

Interesa señalar ahora que, en los casos anteriores, la persona trabajadora se encontrará en situación legal de desempleo a los efectos de la percepción de la prestación correspondiente (*vid.* el art. 267.1.a.3.º de la Ley General de la Seguridad Social³²). De igual modo, la persona trabajadora tendrá derecho a una indemnización del 7% sobre los conceptos salariales fijados en el convenio colectivo de aplicación.

Por último, se puede indicar que la extinción del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora deberá ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de 7 días a su efectividad.

3. La esperada reordenación de las distintas modalidades de contratación temporal

3.1. Algunas notas generales sobre los contratos temporales o de duración determinada

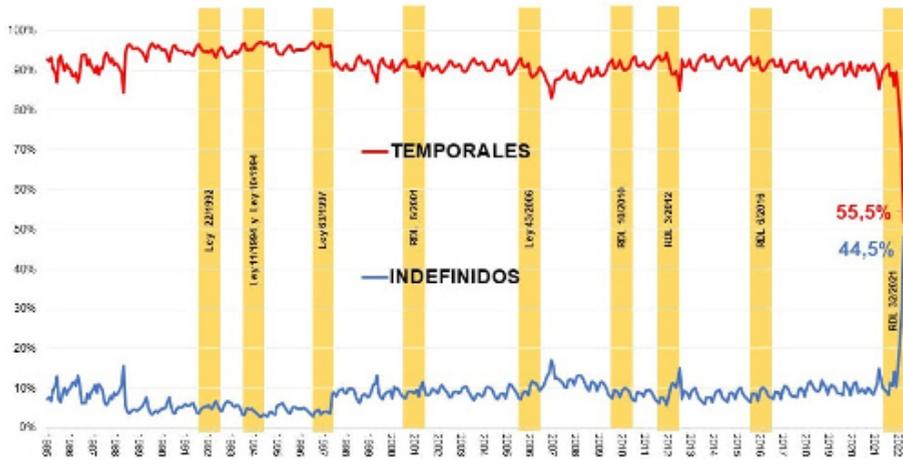
Dejando a un lado lo anterior, podemos señalar que el contrato temporal, también conocido como contrato de duración determinada, puede definirse como un tipo de contrato no indefinido que tiene por objeto el establecimiento de una relación laboral entre una empresa y una persona trabajadora por un tiempo concreto. Por tanto, y en contraste con lo que ocurre con los ya estudiados contratos indefinidos, el contrato temporal sí que tiene una fecha cierta de finalización.

En el ordenamiento jurídico-laboral español, concretamente en nuestro vigente ET, se prevén diferentes modalidades de contratos temporales, que han sufrido una reordenación a raíz de la reforma laboral, como los contratos temporales para cubrir circunstancias de la producción y para la sustitución de la persona trabajadora, además de los llamados contratos formativos, que analizaremos más adelante, prestando una especial atención a sus nuevos rasgos y caracteres principales.

³² BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

Ahora bien, antes de proceder al referido análisis, conviene destacar que el mercado de trabajo español viene arrastrando, desde hace décadas, un profundo desequilibrio en términos comparados con los países de la Unión Europea debido, en una gran parte, a la existencia de una excesiva e inasumible tasa temporalidad que prácticamente duplica la media europea. A este respecto, tenemos que recordar que el lastre de la temporalidad, en combinación con el elevado nivel de desempleo, ha dado lugar a que el trabajo en España se encuentre especialmente afectado por la precariedad, como inquietante realidad que da lugar a unas condiciones de empleo desfavorables, priva a nuestro sistema productivo de desplegar toda su capacidad y dificulta una ciudadanía plena en el trabajo³³.

Gráfica 2
Contratos registrados (porcentaje de contratos indefinidos sobre el total)



Fuente: Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Por ello, los contratos temporales son los que más cambios han experimentado a raíz de la reforma laboral española. Una vez operada la misma, y según los datos facilitados por el Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo y Economía Social (Gobierno de España, 2022a), es posible constatar que

³³ En términos parecidos, se ha señalado recientemente que «amplio es, además, el consenso existente sobre la consideración de que las elevadas tasas de temporalidad constituyen un factor altamente perjudicial, tanto para el desarrollo de la economía y del bienestar de los trabajadores, como para el tejido social en su conjunto». Vid. Monereo Pérez, Rodríguez Escanciano y Rodríguez Iniesta (2022: 15).

el pasado mes de mayo (sin duda, un mes donde la contratación ha sido habitualmente de carácter temporal para poder afrontar la campaña de verano) ha certificado una caída de la contratación temporal desde que hay registros, tal y como se puede comprobar en la gráfica 2.

3.2. La reforma de los contratos temporales estructurales (art. 15.2 y 3 del ET)

En la nueva redacción del art. 15 del ET se regula conforme se presume legalmente, salvo pacto en contrario, que todo «*contrato de trabajo se (concierta) por tiempo indefinido*», y se establece expresamente que, para poder celebrar este tipo de contratos temporales y sus modalidades, es necesario justificar la temporalidad y, para esto, hay que especificar con precisión y gran claridad en el contrato de trabajo la causa que habilita la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista, algo que nos parece muy razonable. Con esta última precisión, sin duda alguna, lo que pretende nuestro legislador urgente es evitar que las empresas recurran a la contratación temporal.

Tal y como hemos anticipado al comienzo de este trabajo, hasta la última reforma del art. 15 del ET, nuestro ordenamiento laboral contaba con hasta tres supuestos por los que podíamos contratar por duración determinada:

- Uno de ellos era el ya derogado contrato por obra o servicio determinado, que ha sido enfocado por la reforma únicamente a la actividad de la construcción, como hemos visto.
- Otro era el contrato por circunstancias de la producción por acumulación de tareas o exceso de pedidos siempre que así lo exigieran, que actualmente queda integrado en el que luego estudiamos.
- También contábamos con el contrato de interinidad, que ahora cambia de denominación y recibe el nombre de contrato para la sustitución de la persona trabajadora, con alguna pequeña modificación en su redacción.

Por tanto, a partir de la reforma laboral de 2021, los contratos temporales estructurales (concretamente, los contratos por circunstancias de la producción y para la sustitución) persisten y podrán seguir siendo aplicados en un mayor número de supuestos (art. 15.2 y 3 del ET), con lo cual, en esta materia, la situación continúa siendo tan compleja como la anterior. A dicha complejidad están contribuyendo, evidentemente, los contratos para cubrir circunstancias de la producción, especialmente en lo que respecta a la concreción de las circunstancias previsibles e imprevisibles que pueden justificar la celebración de estos contratos. Como aspecto positivo a destacar, a excepción del contrato de sustitución de la persona trabajadora, todos estos contratos temporales han disminuido su duración máxima, lo que permite avanzar hacia una necesaria situación de estabilidad laboral de la persona trabajadora.

Seguidamente, pasamos a realizar un análisis de estas dos modalidades de contratos que, como ya hemos señalado, reconoce nuestro ordenamiento jurídico con un carácter temporal.

3.2.1. *Desaparición del contrato por obra y servicio determinado*

El llamado contrato por obra y servicio ha sido el contrato de duración determinada por antonomasia en el mercado laboral de España en las últimas décadas. El ex art. 15.1.a) del ET lo concebía, hasta su supresión por la última reforma laboral, como aquel que se podía formalizar para «*la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta*». Dichos contratos no podían tener una duración superior a 3 años, ampliable hasta 12 meses más por convenio colectivo. Una vez transcurridos los plazos anteriores, las personas trabajadoras podrían adquirir la condición de fijas de la empresa.

Aunque el contrato por obra y servicio queda suprimido con la reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, podemos decir que su derogación se ha materializado a partir del día 31 de marzo de 2022 (hasta dicha fecha, se ha podido realizar su formalización³⁴, con un máximo de 6 meses de duración). Con esta modificación tan importante, las nuevas modalidades de contratos de trabajo de duración determinada se vinculan ahora con las circunstancias de la producción, o bien con la sustitución de la persona trabajadora³⁵.

3.2.2. *El nuevo contrato por circunstancias de la producción (art. 15.2 del ET)*

a) *Delimitación y alcance*

A raíz de la última reforma laboral, es posible celebrar el contrato temporal por circunstancias de la producción, regulado en el art. 15.2 del ET³⁶, que viene a sustituir a su antecesor: el contrato temporal eventual por circunstancias de la producción.

A diferencia de lo que ocurría en su anterior regulación, se especifican ahora de una manera más clara (así lo entiende también Moreno Vida, 2022: 114) las

³⁴ En otras palabras, ha habido un período transitorio de 3 meses, hasta el 31 de marzo de 2022, en el que se han podido seguir firmando contratos de este tipo. Igualmente, cabe destacar que los contratos anteriores por obra y servicio (firmados hasta el día 31 de diciembre de 2021) van a continuar siendo válidos durante toda su vigencia. De este modo, es posible que durante muchos meses (e incluso años) continúen existiendo contratos vigentes de este tipo.

³⁵ El contrato de trabajo de duración determinada, por tanto, tan solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

³⁶ También en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1999).

dos circunstancias de la producción que permiten justificar la contratación temporal, unas «*imprevisibles*» y otras «*previsibles*», siendo este concepto de imprevisibilidad el que traza la «*línea divisoria*» (Gómez Abelleira, 2022: 23) entre la modalidad contractual de situación «*imprevisible*» que puede tener una duración máxima de 6 meses (ampliables hasta los 12 meses por convenio colectivo sectorial) y la otra modalidad de situación «*previsible*» con una duración mucho más reducida.

b) *Causas que justifican los contratos temporales por circunstancias de la producción*

La nueva redacción del ya mencionado art. 15.2 del ET establece dos causas o circunstancias diferenciadas de temporalidad que justifican la celebración del contrato de duración determinada por circunstancias de la producción:

- Circunstancias ocasionales e imprevisibles y oscilaciones en la demanda (modalidad de situación imprevisible):

Esta primera modalidad de contrato por circunstancias de la producción se puede utilizar de un modo muy similar al ya derogado contrato eventual por circunstancias de la producción anterior. En este sentido, entendemos que, bajo esta primera modalidad, se pueden subsumir, sin ningún tipo de problemas, tanto la tradicional acumulación de tareas como el viejo exceso de pedidos que, junto con las circunstancias del mercado, justificaban la estipulación de estos contratos temporales eventuales por circunstancias de la producción (*vid.* los trabajos de Calvo Gallego, 2022: 117; y Gómez Abelleira, 2022: 25).

Según la redacción del art. 15.2 del ET, esta primera modalidad se puede usar para los incrementos de la demanda que sean imprevisibles³⁷ (no estacionales) y ocasionales (no permanentes, sino puntuales³⁸), así como para las oscilaciones, incluidas las que derivan de las vacaciones anuales, que generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere³⁹.

El incremento de la actividad (normal o no de la empresa) tiene que ser irregular a lo largo del tiempo, dado que, si responde a un patrón regular y cíclico, no sería ocasional sino intermitente, lo que nos llevaría a hablar del supuesto incluido en el art. 16 del ET (modalidad de contrato indefinido fijo-

³⁷ En otros términos, la empresa no puede tener conocimiento de que estas necesidades van a suceder.

³⁸ Las necesidades deben ser puntuales, en el sentido de que no puedan repetirse.

³⁹ Algún autor ha señalado que, como la norma no ha especificado qué supuestos se pueden incluir en estos conceptos, serán las empresas las que tendrán que realizar esta concreción. *Vid.* García Viña (2022).

discontinuo)⁴⁰. Por su parte, «*ocasional*» «*significa aquí lo no habitual, lo «que es, sucede o se hace en alguna ocasión, pero no de forma habitual ni por costumbre»*⁴¹, lo «*que solo ocurre o actúa en alguna ocasión»*⁴². En suma, *incremento de la actividad que no responde a un patrón cíclico regular*» (Gómez Abelleira, 2022: 24).

Este sería el caso, por ejemplo, de una empresa dedicada a servicios informáticos y de marketing online que recibe, de forma inesperada, dos encargos puntuales de clientes nuevos que debe atender en el plazo de un mes; dicha empresa tiene una importante acumulación de tareas que necesita terminar cuanto antes. Vemos que se trata, claramente, de una causa imprevisible; si la causa adquiriese una cierta permanencia, la empresa tendría que hacer uso de un contrato indefinido fijo-discontinuo del art. 16 del ET, y no de un contrato temporal por circunstancias de la producción.

La duración máxima de este contrato se limita legalmente a 6 meses, que podrán ser ampliados por convenio colectivo de ámbito sectorial hasta 1 año, permitiéndose como antes una única prórroga:

— En el supuesto de que «*el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal (6 meses) o convencionalmente establecida (hasta 12 meses), podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima legal o convencional*». (Gómez Abelleira, 2022: 25)

— Circunstancias ocasionales y previsibles (modalidad de situación previsible):

En segundo lugar, se permite a las empresas la celebración de contratos por circunstancias de la producción para atender situaciones:

1. Ocasionales: dando por descontado que en este caso el término «*ocasional*», como ha señalado algún autor, no tiene que interpretarse como accidental o por azar —puesto que entonces difícilmente podría ser también previsible—, parece razonable entender que el legislador ha pretendido referirse «*en este caso a una segunda acepción del término, como necesidad, básicamente esporádica, puntual y limitada en el tiempo*» (Calvo Gallego, 2022: 124).
2. Previsibles: este segundo parámetro definitorio significa que la empresa pueda conocer que la necesidad se va a producir. Debemos considerar «*que en muchas ocasiones existe la posibilidad de identificar días o periodos en los que pueden producirse estas necesidades, especialmente por el co-*

⁴⁰ Vid. Monereo Pérez, Rodríguez Escanciano y Rodríguez Iniesta (2022: 26); y Gómez Abelleira (2022: 24).

⁴¹ Definición que figura en el diccionario proporcionado por Oxford Languages a Google.

⁴² Definición del diccionario de la RAE.

nocimiento histórico del empresario. Sin embargo, es mucho más difícil de adivinar la intensidad de la necesidad y, por tanto, la necesidad o no de contratación y cuántos trabajadores van a ser necesarios para cubrir dicha eventualidad» (García Viña, 2022).

3. Y, además, que tengan una duración reducida y delimitada: en este sentido, nos referimos a una situación que debe tener una duración determinada y que no puede ser muy extensa.

Esta segunda modalidad de situación previsible se establece, por ejemplo, para hacer las campañas planificadas. En particular, sería el caso de una persona propietaria de un centro óptico en Málaga que desea realizar una promoción para vender las gafas y las lentillas de una cierta marca durante un mes y medio; para realizar esta labor, decide la contratación de una persona a través de un contrato «*por circunstancia de la producción previsible*» porque se trata de algo ocasional, aunque también previsible porque se ha planeado.

En estos casos, es posible celebrar tantos contratos de trabajo como sean necesarios para atender la concreta situación, pero solo durante un máximo de 90 días en el año natural, que no podrán ser continuos. En todo caso, la empresa tendrá que realizar una previsión anual del número de contratos laborales de este tipo que va a concertar a lo largo del año y, asimismo, tendrá que trasladarlo a la propia representación legal de las personas trabajadoras en el último trimestre de cada año.

c) *Requisitos formales*

El contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción puede celebrarse tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, y se deberá formalizar por escrito.

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.

d) *Límites*

Seguidamente, se mencionan varias limitaciones:

- Este contrato de trabajo no va a poder responder a las situaciones de trabajo fijo-discontinuo delimitadas en el art. 16.1 del ET.
- No se podrá identificar como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores.

- Las personas trabajadoras que en un periodo de 24 meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a 18 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante 2 o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por ETT, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.
- Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de 18 meses en un periodo de 24 meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con ETT.

e) *Derechos e indemnización*

Establece el art. 15.6 del ET que las personas con contratos de duración determinada, como los contratos por circunstancias de la producción, van a tener los mismos derechos que aquellas otras personas con contratos de trabajo duración indefinida, sin perjuicio de algunas particularidades específicas.

En la medida en que esta modalidad de contrato no supera un año, no va a resultar obligatorio, salvo que se establezca por convenio colectivo, el preaviso con 15 días antes de la extinción (*vid.* el art. 49.1.c del ET).

Por otro lado, interesa señalar que el contrato por circunstancias de la producción se extinguirá, previa denuncia de cualquiera de las partes, por la extinción del tiempo convenido.

En lo relativo a la indemnización por fin de contrato temporal por circunstancias de la producción, hay que señalar que, a la finalización del mismo, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 12 días de salario por cada año de servicio, o la fijada, en su caso, en la normativa específica que resulte de aplicación, tal y como señala el art. 49.1.c del ET.

3.2.3. *El nuevo contrato para la sustitución de la persona trabajadora (art. 15.3 del ET)*

a) *Delimitación y alcance*

Dentro de las modalidades de contratación laboral previstas con la nueva regulación, el contrato temporal para la sustitución de una persona trabajadora⁴³

⁴³ Sobre este particular, *vid.* Molina Hermosilla (2022: 91-116) y Navarro Nieto (2022: 133-154).

ha venido a sustituir al anteriormente denominado contrato de interinidad, a partir del pasado 30 de marzo de 2022. En el apartado tercero del art. 15 del ET se regula esta segunda modalidad de contrato de duración determinada incluyendo tres situaciones de acceso muy bien diferenciadas.

A continuación, veremos que esta modalidad, pese a que introduce algunas novedades que nos parecen necesarias y razonables (como la de regular la coincidencia entre la persona sustituida y la persona sustituta), preserva en su esencia los términos del régimen anterior.

b) *Causas que justifican los contratos temporales para la sustitución de una persona trabajadora*

De conformidad con la nueva redacción del art. 15.3 del ET, el contrato de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora puede utilizarse en las tres situaciones o supuestos siguientes:

1. Para la sustitución de una persona trabajadora que disfruta de un derecho a reserva de puesto de trabajo (nos referimos a contratos que, por ejemplo, se celebran cuando se produce una incapacidad temporal, una excedencia, un nacimiento, una adopción, un acogimiento...), ya que, si no existiera derecho a la reincorporación de la persona trabajadora, no habría necesidad temporal que cubrir (dicho derecho, por ejemplo, no acontece, salvo pacto, en una excedencia voluntaria). Debemos recordar que «*queda descartada por la jurisprudencia la posibilidad de celebrar contratos de esta naturaleza para sustituir a trabajadores en vacaciones, no en vano “no se trata técnicamente de una suspensión del contrato sino una mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios que no genera una vacante reservada propiamente dicha”*» (Monereo Pérez, Rodríguez Escanciano y Rodríguez Iniesta, 2022: 27⁴⁴).

En lo que respecta a la duración, tenemos que decir que este contrato tendrá la misma que la causa habilitante: en este caso, la ausencia con derecho a reserva de puesto de trabajo.

En este primer caso, deben especificarse en el contrato con precisión y claridad el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución, y la prestación de los servicios podrá comenzar «*antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días*» (según esta nueva redacción, puede anticiparse el contrato hasta 15 días antes de ausentarse la persona a sustituir). Por lo tanto, se fija un plazo máximo de 15 días en que la persona sustituta y la persona sustituida pue-

⁴⁴ Quienes citan las SSTS, de 2 de julio de 1994 (rec. núm. 121/1994) y 30 de octubre de 2019 (rec. núm. 1070/2017).

den solapar su prestación de servicios al inicio del contrato temporal de sustitución con la finalidad de garantizar el desempeño laboral.

2. Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo (como, por ejemplo, la reducción de jornada por guarda legal⁴⁵ de hijo o hija menor de 12 años, donde la jornada que se reduce puede ser completada por otra persona trabajadora y por un contrato de sustitución). Como podemos observar, *«la norma limita expresamente el supuesto habilitante a una reducción de jornada prevista legal o convencionalmente; no por tanto a una posible reducción de jornada acordada individualmente por la razón que sea. Esta limitación es desafortunada, pues desincentiva a las empresas a la hora de atender posibles peticiones de reducción temporal de jornada basadas en múltiples razones que pueden afectar a las personas a lo largo de la vida y que no se contemplan necesariamente en la ley o en el convenio colectivo»* (Gómez Abelleira, 2022: 30).

Este contrato tendrá la misma duración que la causa habilitante: en este segundo caso, la reducción de jornada por causa legal o convencional.

Finalmente, cabe señalar que, en este segundo supuesto, el contrato deberá especificar tanto el nombre de la persona sustituida como la causa de la sustitución.

3. Para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante un proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo. Se recoge, de este modo, en el ET una previsión que antes tenía mero rango reglamentario (Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET en materia de contratos de duración determinada⁴⁶), cambio este que nos parece muy positivo.

En este supuesto, el contrato no podrá durar más de 3 meses, o el plazo inferior que establezca el convenio colectivo, ni puede celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

Para el sector público (*vid.* Beltrán de Heredia Ruiz, 2022b), la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 32/2021 establece que *«se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos*

⁴⁵ La reducción de jornada por guarda legal permite a las personas trabajadoras reducir su jornada de trabajo diaria para atender el cuidado de un o una menor de 12 años, de personas con discapacidad a cargo de la persona trabajadora, así como de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

⁴⁶ BOE núm. 7, de 8 de enero de 1999.

en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público⁴⁷».

Una vez estudiadas las tres causas que dan lugar a la formalización de esta modalidad contractual, podemos destacar que las personas contratadas que no se ajusten a las mismas adquirirán la condición de fijas en la empresa para la que prestan sus servicios, tal y como establece el art. 15.4 del ET.

Igualmente, 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.

c) *Requisitos formales*

El contrato temporal para la sustitución de la persona trabajadora tiene que realizarse por escrito, tal y como se establece en el art. 8.2 del ET y en el art. 6.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET en materia de contratos de duración determinada (en adelante, Real Decreto 2720/1998)⁴⁸. Igualmente, debe indicarse en el contrato el nombre de la persona trabajadora sustituida y el motivo por el que se le sustituye o el puesto de trabajo que se tiene que cubrir definitivamente.

El contrato tendrá que ser registrado en el plazo de 10 días en la oficina de empleo.

d) *Derechos e indemnización*

Igualmente, cabe señalar que el contrato para la sustitución de una persona trabajadora dará lugar a los mismos derechos que otros contratos de trabajo fijados legalmente y se le aplicarán los aspectos comunes previstos en las diferentes modalidades de contratación temporal. Ahora bien, a la finalización del contrato de sustitución, la persona trabajadora no va a tener derecho a recibir una indemnización de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1.c) del ET.

3.3. El nuevo contrato formativo como medida de política de empleo juvenil (art. 11.2 y 3 del ET)

El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de la Comisión propone varios objetivos principales que la Unión Europea debe alcanzar antes del año 2030, entre los cuales se encuentra el de lograr un aumento significativo de la participación de las personas en el mercado laboral, animando a los diferentes Estados miembros a poner en marcha mecanismos e instrumentos que «*apoyen*

⁴⁷ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

⁴⁸ BOE núm. 7, de 8 de enero de 1999.

una integración estable del mercado laboral» (Comisión Europea, s.f.). En relación con ello, tenemos que destacar la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil, que sustituye la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil⁴⁹, en la que se recomienda que los Estados miembros *«garanticen que todos los jóvenes menores de 30 años recibían una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o prácticas en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar la educación formal, de acuerdo con el principio 4 del Pilar Europeo de Derechos Sociales»*.

En este marco, la reforma contenida en el Real Decreto-ley 32/2021⁵⁰, como expresa su exposición de motivos, se lleva a cabo de acuerdo con las medidas y los objetivos fijados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁵¹, dentro del Componente 23, relativo a las *«Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo»*, donde se incluyen distintas reformas para modernizar y mejorar la eficiencia, abordando un conjunto de deficiencias estructurales y aportando soluciones a las mismas, todo ello en el marco del dialogo social. En concreto, se trata del grupo de Reformas 4, entre las cuales está la *«simplificación de los contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad de la contratación temporal y adecuada regulación del contrato de formación»*.

La última reforma laboral, sin duda, pretende lograr el objetivo de *«modernización y simplificación de las modalidades de contratación que permitan superar la segmentación injustificada del mercado de trabajo, así como las tasas de temporalidad, en especial las asociadas con personas jóvenes»*. Esto ha implicado una modificación de la redacción del art. 11 del ET, que supone en sí un *«cambio de modelo»*, estableciéndose *«un contrato formativo»*^{52,53} (en singular) con dos mo-

⁴⁹ DOUE, de 4 de noviembre de 2020.

⁵⁰ Dicho Real Decreto-ley 32/2021 supone, según los profesores Mercader Uguina y Moreno Solana (2022: 67), *«un nuevo episodio de la reforma laboral permanente, en afortunada expresión del Profesor Palomeque, que afecta, además, a uno de los ámbitos en los que de forma más notoria se han venido sucediendo las respuestas normativas de la más variada índole. La angustiosa necesidad de dar respuesta a los siempre alarmantes datos de desempleo juvenil, ha venido animando a los distintos legisladores a buscar soluciones de variada índole si bien, todas ellas, han concluido con un resultado común: su ineficacia para alcanzar los referidos fines. La última y actual reforma persevera en esta idea clásica»*.

⁵¹ Que aprobado formalmente por las instituciones europeas (a través del Consejo ECOFIN) el 13 de julio de 2021, tras ser adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril, presentado a la Comisión Europea el 30 de abril y valorado positivamente por dicha institución el 16 de junio.

⁵² Aunque los dos contratos temporales formativos anteriores (contrato para la formación y el aprendizaje y contrato de trabajo en prácticas) hayan sido reducidos a uno solo, lo que se hace constar en el rótulo del nuevo art. 11 del ET («Contrato formativo», en singular), hay que señalar que el contrato formativo continúa teniendo dos objetos diferentes (la formación en alternancia con la actividad retribuida y la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios), que se corresponden con los objetos propios de los dos contratos formativos que existían anteriormente. *Vid.* Mella Méndez (2022: 4).

⁵³ Sobre esta materia, *vid.* Vila Tierno (2022a: 23-54) y González Cobaleda (2011: 425-444).

dalidades que dependen de la formación y del nivel de cualificación profesional de la persona trabajadora:

- Primeramente, el contrato de formación en alternancia, que tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.
- En segundo lugar, el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios.

A nuestro humilde parecer, uno de los cambios más positivos que se han producido, como veremos, es el reforzamiento de la dimensión formativa de estos dos contratos, incluido el segundo de ellos (en la misma línea, Mella Méndez, 2022: 4; y Mercader Uguina y Moreno Solana, 2022: 67).

3.3.1. *El contrato de formación dual o en alternancia como clara apuesta de la reforma (art. 11.2 del ET)*

a) *Delimitación y alcance*

El nuevo contrato de formación en alternancia, que viene a sustituir al anterior contrato para la formación y el aprendizaje, surge movido por la clara vocación de impulsar la «dualización» de la formación, es decir, el conocido modelo «alemán» (Fernández Avilés, 2022: 2).

Tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida en una empresa con una actividad formativa en el ámbito de la formación profesional y de los estudios universitarios^{54,55}. Este sería, por ejemplo, el caso de una persona de 19 años que tiene solo el título de Graduado/a en Educación Secundaria Obligatoria (ESO) y es contratada con un contrato de formación en alternancia en una sastrería, ya que todavía no ha finalizado el Ciclo Formativo de Grado Medio en Confección y Moda (en este contexto, compatibilizará actividad laboral retribuida y actividad formativa).

⁵⁴ Aunque el anterior contrato para la formación y el aprendizaje tenía como objeto la «cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa», el nuevo contrato tiene por objeto la «formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena en los términos establecidos en el apartado 2», es decir, «compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo» (art. 11.1 y 2 del ET).

⁵⁵ También se acoge, por ende, la modalidad dual para los estudios universitarios.

En este contrato, tal y como se establece en el propio art. 11.2 del ET, *«la actividad desempeñada por la persona trabajadora en la empresa deberá estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral, coordinándose e integrándose en un programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras»*.

b) *Sujetos del contrato*

Las personas que pueden celebrar este contrato de formación en alternancia son, al igual que ocurría anteriormente, aquellas que carecen de titulación *«para concertar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional»*, de tal modo que, si tuvieran titulación previa, únicamente podrán acogerse a esta vía si no hubieran tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel y del mismo sector productivo. Únicamente podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada programa de estudios conducente a la obtención de la titulación (Monereo Pérez, Rodríguez Escanciano y Rodríguez Iniesta, 2022: 30).

El referido contrato solo se va a poder celebrar con personas menores de 30 años⁵⁶, elevándose, de esta manera, el límite de edad hasta ahora establecido en los 25 años. No obstante, no se aplicará límite de edad alguno cuando el contrato de formación en alternancia se suscriba en el marco de estudios universitarios, de formación profesional y certificados de profesionalidad de nivel 3. Tampoco será de aplicación dicho límite cuando se formalice con personas con discapacidad o entre empresas de inserción (que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente) y personas en situación de exclusión social.

Dispone el art. 11.2.d) del ET que la persona contratada contará con dos personas tutoras, una primera designada por el centro o entidad de formación y otra segunda designada por la empresa. Esta última, que deberá contar con la formación o experiencia adecuadas para tales tareas, tendrá como función dar seguimiento al plan formativo individual en la empresa, según lo previsto en el acuerdo de cooperación concertado con el centro o entidad formativa. Dicho centro o entidad deberá, a su vez, garantizar la coordinación con la persona tutora en la empresa.

⁵⁶ Esta edad máxima se fija en *«hasta 30 años»*, pero únicamente en el supuesto de que *«el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo»*.

c) *Requisitos formales*

La formalización del contrato para la formación en alternancia y el anexo relativo al convenio de colaboración suscrito entre el centro o entidad formativa deberá constar por escrito en los modelos oficiales establecidos por el Servicio Público de Empleo Estatal.

El contenido del contrato y sus anexos se comunicará al Servicio Público de Empleo correspondiente en el plazo de los 10 días siguientes a su concertación o finalización, así como sus prorrogas.

d) *Duración y prórroga*

La duración del contrato para la formación en alternancia será la que establezca el programa formativo. Ahora bien, con la reforma laboral, dicha duración se ha reducido, y no va a poder ser inferior a 3 meses (antes 1 año, pudiendo reducirse a 6 meses por medio de negociación colectiva) ni superior a 2 años (antes 3 años). Ahora bien, el límite en la duración máxima del contrato formativo no será aplicable a los contratos celebrados con personas con discapacidad o en situación de exclusión social. Lo anterior significa reducir los márgenes para la temporalidad derivada de este tipo de contratos, por lo tanto, debe considerarse como una medida que contribuye a favorecer la ansiada estabilidad en el empleo (en este sentido, Fernández Avilés, 2022: 3).

Es posible la prórroga del contrato si se celebra por una duración inferior a 2 años y no se ha conseguido el título que se asocia al contrato, pero en todo caso respetando el límite máximo de 2 años de contrato.

e) *Período de prueba*

La prohibición de fijar un período de prueba es, a nuestro juicio, uno de los cambios más relevantes de los contratos para la formación en alternancia. Esta prohibición queda contemplada en el art. 11.2.l) del ET, donde se dispone expresamente que «no podrá establecerse periodo de prueba en estos contratos».

Consideramos que este cambio ha sido muy positivo para la persona trabajadora y que, asimismo, ha sido muy razonable, teniendo en cuenta la finalidad de estos contratos, en gran medida, formativa, sin que resulte necesario que la empresa tenga que comprobar las capacidades de la persona trabajadora (para confirmar si estas se ajustan o no a lo que buscaba), dado que ya se presume que sus habilidades irán incrementándose conforme avance su formación (Cervilla Garzón, 2022: 35).

f) *Jornada*

Sobre esta materia, queremos destacar varias novedades que introduce la reforma:

- Se ha modificado la distribución de la jornada entre actividad laboral y actividad formativa, ampliándose (el primer año de contrato) el tiempo dedicado a la formación teórica:

Período	Antes de la reforma		Actualmente, tras la reforma	
	Actividad laboral	Actividad formativa	Actividad laboral	Actividad formativa
Año 1	75%	25%	65%	35%
Año 2	85%	15%	85%	15%
Año 3	85%	15%	—	—

Fuente: elaboración propia.

- En cuanto a la jornada, a partir de la reforma, ya es posible la contratación a tiempo parcial (en este sentido, cabe señalar que no se modifica el art. 11 del ET, sino el art. 12.2 del ET⁵⁷).
- Para todas aquellas personas contratadas con un contrato de formación en alternancia, se amplía la prohibición de realizar horas extraordinarias a las horas complementarias, salvo en el supuesto previsto en el art. 35.3 del ET (nos referimos a las horas extraordinarias «*para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes*»).
- Tampoco podrán estas personas realizar trabajos nocturnos ni trabajo a turnos. Solo se permite realización de estos trabajos si las actividades formativas no pueden desarrollarse en otro período (excepción del 2.º párrafo del art. 11.2.k) del ET: «*Excepcionalmente, podrán realizarse actividades laborales en los citados periodos cuando las actividades formativas para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros periodos, debido a la naturaleza de la actividad*»).

g) *Retribución*

En el art. 11.2.m) del ET se mantiene la siguiente limitación en lo que respecta a la retribución: en ningún caso, esta podrá ser inferior al Salario Mínimo Interprofesional (en adelante, SMI) en proporción al tiempo de trabajo efectivo,

⁵⁷ Se elimina la imposibilidad de concertar estos contratos a tiempo parcial, dado ya no se establece ninguna excepción.

y a partir de esta cantidad, lo que se estableciese para estos contratos en el convenio colectivo a aplicar. Sin embargo, se introduce una nueva previsión bastante razonable: que, en defecto de fijación en el convenio colectivo aplicable en la empresa, se aplicará la retribución correspondiente al grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas en los siguientes porcentajes:

- Año 1: 60%
- Año 2: 75%.

3.3.2. *El nuevo contrato para la obtención de la práctica profesional (art. 11.3 del ET)*

a) *Delimitación y alcance*

Deducimos de la redacción del art. 11.3 del ET que el nuevo contrato para la obtención de la práctica profesional (anteriormente conocido como contrato en prácticas) tiene por objeto la realización de una actividad práctica relacionada y ajustada al nivel de estudios que la persona trabajadora haya obtenido con carácter previo.

En otras palabras, podemos decir que este contrato tiene la finalidad principal de insertar a personas trabajadoras tituladas (es decir, que estén en posesión de un título de los que se mencionan más adelante) para adquirir experiencia laboral adecuada al nivel de estudios cursados. Podríamos mencionar, por ejemplo, el caso de un hotel que contrata a una persona joven de 26 años, que finalizó sus estudios de Ciclo de Grado Superior en Gestión de Alojamientos turísticos, a la que le ilusiona poder trabajar en una actividad que se corresponde con sus estudios cursados.

b) *Sujetos del contrato*

Tal y como establece el art. 11.3.a) del ET, este contrato se puede celebrar con aquellas personas que sean poseedoras de un título universitario o un título de grado medio o superior, especialista, master o certificado del sistema de formación profesional, ampliándose ahora a quienes hayan obtenido un título de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo.

En cualquier caso, como bien establece el art. 11.3.f) del ET, el puesto de trabajo tendrá que permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato. La empresa debe encargarse de elaborar el plan formativo individual en el que hay que especificar el contenido de la práctica profesional (no existía hasta ahora), y también tendrá que asignar a una persona tutora que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato.

Posiblemente, la principal novedad que introduce esta modalidad de contrato respecto al anterior contrato en prácticas es el refuerzo de la «*vis formativa*». Y es que, mediante la mencionada letra f), así como a través de la g) y de la j), del apartado 3 del art. 11 se incluye una reformulación de este contrato, cuya parte esencial es precisamente reforzar las acciones formativas asociadas a la práctica profesional (Puy, 2022: 63).

Dicho lo anterior, cabe destacar que el contrato de trabajo para la obtención de práctica profesional solo podrá celebrarse «*dentro de los 3 años, o de los 5 años si se concierta con una persona con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios*». Como podemos observar, para evitar su uso fraudulento, se reduce de 5 a 3 años, y de 7 a 5 años para aquellas personas con discapacidad, el período o espacio temporal en el que se puede realizar la contratación desde la obtención de la titulación. Esto, evidentemente, acerca el objeto del contrato aún «*más hacia la población joven a costa de reducir su ámbito de aplicación a un sector de la población o, lo que es lo mismo, disminuye su naturaleza como instrumento de inserción laboral y su objetivo formativo queda menos desnaturalizado. De esta forma, la supuesta transición hacia el empleo estable se pretende que suceda antes y se vuelve a incrementar la vertiente formativa del contrato*» (Cervilla Garzón, 2022: 39)⁵⁸.

Igualmente, puede señalarse que no será posible concertar este contrato «*con quien ya haya obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses, sin que se computen a estos efectos los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita esta contratación*» (art. 11.3.b) del ET).

c) *Requisitos formales*

Este contrato formativo deberá formalizarse por escrito, haciendo constar de manera expresa la titulación de la persona trabajadora, la duración del contrato y el puesto a desempeñar durante las prácticas.

Igualmente, deberá comunicarse al Servicio Público de Empleo Estatal en el plazo de los 10 días siguientes a su concertación, así como sus prórrogas.

d) *Duración y prórroga*

Con la última reforma laboral, la duración del contrato para la obtención de práctica profesional se reduce respecto de su antecesor (este es otro de los principales cambios que afectan a esta modalidad), el contrato en prácticas, tal y como prevé el art. 11.3.c) del ET. En particular, no podrá ser inferior a 6 meses ni exceder de 1 año (con anterioridad, podía llegar hasta los 2 años). De esta manera,

⁵⁸ Quien cita a Moreno Márquez (2010: 130) y Valle Muñoz (2017: 325-360).

«el plazo de duración máxima de esta variante formativa ha tenido un recorte sustancial respecto de su antecedente contrato en prácticas, que podía extenderse hasta 2 años. Medida limitadora que parece obedecer a reducción de temporalidad injustificada bajo los procesos de adquisición del complemento práctico de la formación ya recibida» (Fernández Avilés, 2022: 6).

Al igual que ocurría antes, dentro de los límites señalados, los convenios colectivos de ámbito sectorial (ya sea estatal, autonómico o inferior) podrán puntualizar la duración del contrato, teniendo en cuenta las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar. Ahora bien, al haberse producido la reducción de la duración máxima, los márgenes de la negociación colectiva son ahora muy escasos (así lo cree también Cervilla Garzón, 2022: 41).

e) *Período de prueba*

Respecto a este contrato formativo, se puede decir que se generaliza el período de prueba⁵⁹ máximo de 1 mes, ampliable por medio de la negociación colectiva (se podría aplicar, en nuestra opinión, lo previsto en el art. 14 del ET). Se elimina, de esta manera, el período de prueba más amplio de 2 meses que antes se establecía para las personas tituladas de Grado Superior o quienes tuvieran el certificado de profesionalidad de nivel 3. Al finalizar el contrato, si la persona trabajadora fuera contratada bajo otra modalidad, no se podría establecer un nuevo período de prueba.

Hay quienes (Mercader Uguina y Moreno Solana, 2022: 77; y Pérez del Prado, 2022: 32) han indicado que, quizá, teniendo en cuenta el marcado carácter formativo de este contrato, habría sido coherente haber eliminado aquí también, como se ha hecho en el contrato de formación en alternancia, el período de prueba, puesto que la finalidad de este continúa siendo la obtención de una formación mediante de la práctica, postura esta que compartimos.

f) *Jornada*

En relación a esta materia, hay que destacar varias novedades que introduce la reforma:

- En cuanto a la jornada, a partir de la reforma, ya es posible la contratación a tiempo parcial (en este sentido, cabe señalar que no se modifica el art. 11 del ET, sino el art. 12.2 del ET⁶⁰).

⁵⁹ Por lo que respecta al período de prueba en el contrato para la obtención de la práctica profesional, se produce más una simplificación que una mejora, ya que la remisión al convenio colectivo se hace sin límite alguno. Ahora bien, la referida simplificación redonda, sin duda, en beneficio de las personas trabajadoras. *Vid.* Pérez del Prado (2022: 31).

⁶⁰ Se elimina la imposibilidad de concertar estos contratos a tiempo parcial, dado ya no se establece ninguna excepción.

—A diferencia de lo que sucedía con su predecesor (el contrato en prácticas), con este contrato no va a ser posible realizar horas extraordinarias, excepto en el supuesto previsto en el art. 35.3 del ET, es decir, el de las horas extraordinarias «*para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes*». Al no prohibirlo expresamente, se sobrentiende, que en el supuesto de que el contrato se celebre a tiempo parcial las partes podrán acordar la realización de horas complementarias (Martínez Botello, 2022).

g) *Retribución*

La retribución aplicable va a ser la que fije para estos contratos el convenio colectivo aplicable en la empresa, pero en su defecto, va a ser la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, con el límite de la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia y del SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Se elimina, de esta forma, la reducción respecto del salario establecido para una persona trabajadora que desempeñe el mismo puesto o equivalente (60% durante el primer año, y al 75% durante el segundo año).

4. Para concluir

De todo lo expuesto hasta el momento...

De la visión panorámica ofrecida en los apartados anteriores, podemos extraer las siguientes conclusiones generales sobre la contratación laboral en el marco de la nueva reforma contenida en el Real Decreto-ley 32/2021:

I

Estamos ante una nueva reforma laboral que, a pesar de sus limitaciones (como las de cualquier otra reforma que se ha hecho en el ámbito laboral), nos parece realista, oportuna, coherente y comprometida con los graves problemas de los que adolece el mercado de trabajo español desde hace décadas (uno de ellos es, sin duda, la excesiva temporalidad). A nuestro juicio, tiene ya —o puede adquirir con el tiempo— una enorme relevancia como elemento dinamizador de:

—Un posible cambio de modelo, es decir, un cambio de paradigma, que ayude a avanzar desde un sistema de relaciones laborales especialmente frágil, débil e inestable (basado en la temporalidad) hacia otro mucho más justo y garantista, desterrando el desasosiego que la precariedad ha ocasionado en diferentes generaciones de personas trabajadoras de nuestro país.

- Y, asimismo, una conveniente transformación de las prácticas y de la cultura predominantes en lo que respecta a la utilización de las diferentes modalidades de contratos en España.

II

Como ya se ha señalado en este trabajo, uno de los principales problemas de nuestro mercado laboral, que viene ocupando una gran atención de la Unión Europea y se ceba especialmente con mujeres y jóvenes, es la elevada temporalidad en el empleo. Este lastre impide o dificulta a una parte importante de las personas trabajadoras ejercer de manera plena sus derechos laborales (remuneración suficiente, promoción a través del trabajo, sindicación...) y cívicos (salud, cultura, ocio, disfrute de una vivienda, creación de una familia...), pero también merma el crecimiento de las empresas (y, concretamente, su productividad) y tiene implicaciones negativas en nuestro modelo de protección social.

Para disminuir el uso de los contratos temporales y contribuir a la estabilidad en el empleo, desaparece la posibilidad de celebrar los contratos para la obra o servicio determinado (modalidad contractual fuertemente cuestionada por la jurisprudencia interna y comunitaria; *vid.* la STS, de 29 de diciembre de 2020 —rec. núm. 240/2018—, y la STJUE, de 24 de junio de 2021 —C-550/19—), siendo esta una de las modificaciones estrella de la reforma.

La modificación recogida en el párrafo inmediatamente anterior, además de lograr un evidente impacto estadístico, está consiguiendo desviar la contratación temporal hacia la contratación indefinida en cualquiera de sus modalidades:

- El contrato indefinido ordinario, al que la reforma otorga una absoluta primacía, con la finalidad de acabar con la precariedad laboral y la temporalidad en el empleo, ya que este contrato suele ser calificado como el más estable y el que goza de una mayor protección en nuestro país.
- El contrato indefinido fijo-discontinuo, que ha sido uno de los que más ha potenciado el legislador urgente en su lucha contra la excesiva temporalidad, ya que esta figura ofrece una mayor estabilidad (y, de esta manera, algo más de seguridad a las personas trabajadoras) que la mera reiteración de contratos temporales y, además, conlleva importantes avances en todo lo que respecta a la igualdad de derechos. Ahora bien, también hemos comprobado que, pese a las grandes mejoras que supone, este contrato no es una garantía de la calidad y la estabilidad en empleo, ni del fin de la precariedad.
- El contrato indefinido adscrito a la obra, cuyo cambio de denominación ha sido calificado por parte de la doctrina como cambio estético o decorativo, e incluso como una nueva máscara de la temporalidad. Ahora

bien, pese a las numerosas críticas que ha recibido esta figura contractual, hemos concluido que hay una clara orientación de la regulación hacia una mayor estabilidad contractual en el sector.

Por su parte, los contratos temporales estructurales persisten y podrán seguir siendo aplicados en un mayor número de supuestos:

- El contrato para la sustitución de la persona trabajadora, que pese a introducir algunas novedades que nos parecen necesarias y razonables (como la de regular la coincidencia entre la persona sustituida y la persona sustituta), preserva en su esencia los términos del régimen anterior.
- El contrato temporal por circunstancias de la producción, regulado en el art. 15.2 del ET, donde a diferencia de lo que ocurría en la anterior regulación, se especifican ahora de una manera más clara las dos circunstancias de la producción que permiten justificar la contratación temporal, unas «*imprevisibles*» y otras «*previsibles*», siendo este concepto de imprevisibilidad el que traza la «*línea divisoria*» (Gómez Abelleira, 2022: 23) entre la modalidad contractual de situación «*imprevisible*» que puede tener una duración máxima de 6 meses (ampliables hasta los 12 meses por convenio colectivo sectorial) y la otra modalidad de situación «*previsible*» con una duración mucho más reducida.

Como aspecto positivo a destacar, a excepción del contrato de sustitución de la persona trabajadora, todos los contratos temporales han disminuido su duración máxima, lo que ha contribuido a avanzar hacia una necesaria situación de estabilidad laboral de la persona trabajadora.

Por otro lado, cabe destacar que la reforma laboral ha pretendido lograr el objetivo de «*modernización y simplificación de las modalidades de contratación que permitan superar la segmentación injustificada del mercado de trabajo, así como las tasas de temporalidad, en especial las asociadas con personas jóvenes*». Esto ha implicado una modificación de la redacción del art. 11 del ET, que ha supuesto en sí un «*cambio de modelo*», estableciéndose un «*contrato formativo*» (en singular) con dos modalidades que dependen de la formación y del nivel de cualificación profesional de la persona trabajadora:

- Primeramente, el contrato de formación en alternancia, que tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.
- En segundo lugar, el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios.

La supresión de limitaciones como las que tienen que ver con la edad en el contrato para la formación en alternancia, la apertura de este contrato a los estudios universitarios y el reforzamiento de la dimensión formativa de ambos contratos son claros ejemplos de la intención de establecer una regulación eficaz de los contratos formativos.

III

¿Ha sido acertada la reforma laboral en relación a la contratación laboral? ¿Va a servir realmente para dar jaque mate a la temporalidad y la precariedad en el empleo? Nos resulta muy complicado responder a las dos preguntas anteriores, al menos hacerlo desde una postura de verdades únicas o absolutas.

No obstante, a la vista de todo lo expuesto en el presente trabajo, valoramos de manera muy positiva la reforma, puesto que entendemos que las distintas medidas que incluye en materia de contratación laboral conllevan un avance importante en el logro de la ansiada estabilidad en el empleo (que ya queda patente en las últimas estadísticas ofrecidas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, donde se refleja de manera clara que la reforma laboral está favoreciendo —y seguirá haciendo— que se utilicen cada vez más los contratos indefinidos, incluso en los meses tradicionalmente proclives a la contratación temporal) y, asimismo, una mejora en las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Para seguir avanzando en la consecución de estos objetivos, deberá aplicarse necesariamente una política pública de empleo adecuada y sensible con los problemas de nuestro tiempo.

Eso sí, está por ver cómo interpretan y aplican nuestros Tribunales el nuevo marco normativo que se ha conformado tras la reforma.

5. Bibliografía citada

ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, «Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos», *Labos*, vol. 3, núm. Extraordinario, 2022.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, «La contratación temporal estructural anterior al RD Ley 32/2021», *Blog «Una mirada crítica a las relaciones laborales»*, 2022 a, disponible en: <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-estructural-anterior-al-rdley-32-2021/#pre321>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, «Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (anterior y posterior al RD Ley 32/2021)», *Blog «Una mirada crítica a las relaciones laborales»*, 2022 b, disponible en: <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#3212>.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, «La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extra 1, 2022.

- CALVO GALLEGO, Francisco Javier y ASQUERINO LAMPARERO, María José, «Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador», *Temas laborales*, núm. 161, 2022.
- CERVILLA GARZÓN, María José, «El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo», *IUSLabor*, núm. 1, 2022.
- COMISIÓN EUROPEA (S.F.). «PLAN DE ACCIÓN DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES», *Unión Europea*, disponible en: <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/es/>.
- ESTEBAN MIGUEL, Alfonso, «El impacto de la reforma laboral de 2021 en el sector de la construcción: del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra», *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, vol. 1, núm. 13, 2022.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, «El nuevo contrato formativo en España: ¿una “res continet duo simul”?», *Noticias CIELO Laboral*, núm. Especial sobre la reforma laboral española de 2021, 2022, disponible en: <https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-533256?e=4f9b9eef95>.
- FERNÁNDEZ NAVARRO, Esteban, «Puntos esenciales de la nueva reforma laboral: Principales puntos de interés», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2022, disponible en: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi4.14310>.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina, «El contrato a tiempo parcial», en AA.VV., *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, 2022, Laborum, Murcia.
- FOLGOSO OLMO, Antonio, «El contrato de trabajo indefinido adscrito a obra de construcción», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 5, 2022 (monográfico «Reforma Laboral 2022»).
- GARCÍA VIÑA, Jordi, «El contrato por circunstancias de la producción», *Noticias CIELO Laboral*, núm. Especial sobre la reforma laboral española de 2021, 2022, disponible en: <https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-533256?e=4f9b9eef95>.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, «La contratación indefinida sigue en valores máximos», 2022 a, disponible en: <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/4115>.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, «Se dispara la contratación indefinida con la Reforma Laboral», 2022 b, disponible en: <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/4104>.
- GOERLICH PESET, José María, «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3., núm. Extraordinario, 2022.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *Labos*, vol. 3, núm. Extraordinario, 2022.
- GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel, «Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado «Coalición Progresista»: un análisis jurídico laboral», *E-revista internacional de la protección social*, vol. 5, núm. 1, 2020.
- GONZÁLEZ COBALEDA, Estefanía, «Los contratos formativos a la luz de las nuevas reformas laborales», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11, 2011.
- KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, «El nuevo contrato fijo-discontinuo», *Noticias CIELO Laboral*, núm. Especial sobre la reforma laboral española de 2021, 2022 a, disponible en: <https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-533256?e=4f9b9eef95>.
- KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, *Los nuevos contratos de trabajo y la nueva transformación del mercado de trabajo. Reforma laboral 2021*, 2022 b, Laborum, Murcia.

- MARTÍNEZ BOTELLO, Pablo, «Del contrato de prácticas al contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2022.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 29 edición, 2020, Tecnos, Madrid.
- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes, «Valoración general del Real Decreto-Ley 32/2021: una reforma laboral necesaria y ya efectiva», *Noticias CIELO Laboral*, núm. Especial sobre la reforma laboral española de 2021, 2022, disponible en: <https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-533256?e=4f9b9eef95>.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael y MORENO SOLANA, Ana, «La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. Monográfico, 2022.
- MOLINA HERMOSILLA, Olimpia, «El contrato para la sustitución de persona trabajadora», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G., Dirs.), *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2022.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «El contrato indefinido adscrito a obra: ¿cambio cultural», «cambio estadístico» o «nueva máscara de la temporalidad»?», *Noticias CIELO Laboral*, núm. Especial sobre la reforma laboral española de 2021, 2022 a, disponible en: <https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-533256?e=4f9b9eef95>.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Nuevos contratos indefinidos en la reforma: ¿modelos de transición-transacción para estabilizar al personal investigador público?», *IUSLabor*, núm. 1, 2022 b.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, «La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario», *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 2, 2022.
- MONTES ADALID, Gloria María, «Una mirada a la reforma laboral: Luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2021», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 2022, disponible en: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi4.14282>.
- MORENO MÁRQUEZ, Ana María, «Los contratos formativos», *Temas Laborales*, núm. 107, 2010.
- MORENO VIDA, María Nieves, «El contrato temporal por razones productivas», *Temas Laborales*, núm. 161, 2022.
- NAVARRO NIETO, Federico, «El contrato temporal de sustitución», *Temas Laborales*, núm. 161, 2022.
- PÉREZ DEL PRADO, Daniel, «Los contratos formativos tras la reforma laboral 2021», *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 13, 2022.
- PUY, Abril, «Contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 5, 2022.
- SICRE GILABERT, Fernando, «La contratación indefinida y la contratación fija discontinua», *Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Cádiz*, 2022, disponible en: <http://www.graduadosocialcadiz.net/blog/wp-content/uploads/2022/04/La-contratacion-indefinida-y-la-contratacion-fija-discontinua.pdf>.

- VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés, «El contrato en prácticas incentivado como mecanismo de inserción laboral de los jóvenes titulados», en AA.VV. (Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L.A., Dirs.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- VICENTE PALACIO, María Arantzazu, «Obituario contrato para obra o servicio determinado: descansa en paz. ¡viva el contrato fijo-discontinuo!», *AEDTSS*, 2022, disponible en: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>.
- VILA TIERNO, Francisco, *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022a.
- VILA TIERNO, Francisco, «El contrato formativo en sus dos modalidades», en AA.VV., *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, 2022 b, Laborum, Murcia.

LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTRATO DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2021 Y LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO[&]

*The conventional regulation of the fixed-term contract employment
after the 2001 labour reform and the employment stability*

FERNANDO ELORZA GUERRERO*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Pablo de Olavide, España

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el análisis de los convenios y acuerdos colectivos negociados tras la entrada en vigor de la reforma laboral realizada en virtud del Real Decreto-ley 32/2021, por lo que respecta al régimen convencional establecido en relación con los contratos de trabajo de duración determinada que se puedan celebrar en el marco del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, y tras una aproximación inicial al régimen legal en la materia se procede a analizar todo un conjunto de convenios y acuerdos publicados en el Boletín Oficial del Estado en el periodo de abril a octubre de 2022. Se trata por tanto de evaluar la acogida que, en el ámbito de la negociación colectiva, ha tenido esta reforma laboral, y los primeros resultados que está generando las capacidades regulatorias en la materia que la ley reconoce a los sindicatos y organizaciones empresariales.

Palabras clave: contrato de trabajo, duración determinada, estabilidad en el empleo, negociación colectiva.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the collective agreements and agreements negotiated after the entry into force of the labour reform carried out by virtue of Royal Decree-Law 32/2021, with regard to the conventional regime established in relation to the fixed-term employment contracts that can be held within the framework of art. 15 of the Workers' Statute. In this sense, and after an initial approach to the legal regime in the matter, we proceed to analyze a whole set of conventions and agreements published in the Official State Gazette in the period from April to October 2022. It is therefore a question of evaluating the reception that, in the field of collective bargaining, this labour reform has had, and the first results that the regulatory capacities in the matter that the law recognizes for unions and business organizations are generating.

Keywords: contract employment, fixed-term, employment stability, collective bargaining.

[&] El presente artículo forma parte de la labor investigadora que se viene desarrollando en el marco del Proyecto I+D UPO-1380994 FEDER-Junta de Andalucía: 'Bases jurídicas para la mejora de la estabilidad en el empleo de los trabajadores mayores de 45 años', del que el autor es investigador principal.

* **Correspondencia a:** Fernando Elorza Guerrero. Facultad de Derecho, Universidad Pablo de Olavide. Carretera de Utrera, km. 1 (Sevilla-España). — felogue@upo.es — <https://orcid.org/0000-0002-2872-9616>

Cómo citar: Elorza Guerrero, Fernando. (2022). «La regulación convencional del contrato de trabajo de duración determinada tras la reforma laboral de 2021 y la estabilidad en el empleo»; *Lan Harremanak*, 48, 57-91. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24074>).

Recibido: 16 noviembre, 2022; aceptado: 20 diciembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

El año 2021 ha conocido, como es sabido, una de las reformas laborales del régimen de la contratación laboral más ambiciosa desde la redacción del Estatuto de los Trabajadores en 1980. Sobre la misma, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha razonado que, dado que España encabezaba en los últimos años el ránking de la temporalidad laboral europea, con una diferencia porcentual que ronda los 12 puntos por encima de la media de la Unión Europea, resultaba oportuno, y necesario, proceder a la reducción de la misma mediante la simplificación de los tipos de contratos, la generalización de la contratación indefinida, y la devolución al contrato temporal de la causalidad que se corresponde con la duración limitada del mismo .

En todo caso, no se pretende realizar en estos momentos un análisis en profundidad de la reforma del régimen de la contratación de duración determinada ejecutada en esta ocasión, y sí por el contrario efectuar una reflexión sobre un aspecto que considero importante para el éxito de una reforma como la presente, como es el papel reservado a la negociación colectiva en la concreción de determinados aspectos de dicho régimen legal, y cuáles son los primeros frutos que esa negociación entre sindicatos y patronal está ofreciendo. En este sentido, y con carácter general, conviene comenzar señalando que nuestro país no ha sido ajeno en estos años al debate sobre la función que la negociación colectiva ha de cumplir en la regulación del mercado de trabajo. De hecho, con ocasión de cada reforma laboral siempre ha resultado interesante interrogarse sobre las transformaciones que, en cada caso, ha podido registrar la relación ley-convenio, pues dicho modelo relacional aporta importantes pistas sobre la forma en que en nuestro país se construye y configura el modelo democrático de relaciones laborales, y su proximidad, o mayor distancia, respecto de los planteamientos más ultraliberales.

En concreto, y por lo que respecta al tema que constituye el objeto de la presente reflexión, hay que comenzar advirtiendo que la relación material de la negociación colectiva con el régimen de la contratación laboral temporal, en cuando objeto negocial, ha tenido un carácter fluctuante. Así, y como evidencia de lo que señalo, cabe recordar que si a mediados de los noventa Rodríguez-Sañudo (1997:171) advertía , en un interesante estudio en la materia, que solo un número reducido de convenios colectivos habían explorado las posibilidades regulatorias que ofrecía el entonces vigente art. 15.1 a) ET —sobre la determinación por la negociación colectiva de los trabajos o tareas con sustantividad propia a efectos de proceder a la contratación de trabajadores por obra o servicio determinado—, en los años posteriores, en el presente siglo, los estudios realizados evidenciaban que las cláusulas convencionales al respecto eran mucho más frecuentes, sobre todo en el caso de los convenios colectivos sectoriales, y en particular en ciertos sectores como el de los servicios (Sanguinetti, 2004:188). No obstante, ya entonces se advirtió de que la aproximación de la negociación colectiva al fenó-

meno del régimen contractual laboral acostumbraba a tener finalidades bastante concretas (Palomo Vélez, 2008:99), relacionadas con la identificación de los supuestos en que procedía la realización de contratos por obra o servicios determinados —en este punto los convenios afrontaban la tarea de pulir las imprecisiones de la ley en la materia, por otra parte deliberadas—, la fijación de la duración máxima de los contratos eventuales —atendiendo en esta ocasión a la remisión expresa realizada por la ley de la época—, o la indemnización a la finalización de los contratos temporales. Menos habitual era, sin embargo, la inserción de cláusulas limitativas de la contratación temporal excesiva o abusiva.

De cualquiera de las maneras, anticipo que el análisis que realizaré tiene por objeto el estudio del régimen convencional del contrato de trabajo por circunstancias de la producción, y del contrato de trabajo por sustitución del trabajador (art. 15 ET), por ser el combate de la temporalidad excesiva el principal objetivo de la reforma laboral de 2021, como así reza la Exposición de Motivos de la norma que alumbró la misma. A estos efectos, y dado que el nuevo régimen de la contratación laboral entró en vigor el 31 de marzo de 2022, efectuaré un estudio de la negociación colectiva tomando como referencia los convenios colectivos, y acuerdos colectivos modificatorios de convenios, publicados en el BOE entre abril y octubre de 2022 —en total sesenta y cuatro, de los cuales veinticinco son de sector y treinta y nueve son de ámbito de empresa o grupo de empresas—. No obstante, y con carácter previo, creo importante realizar una reflexión sobre el papel que el Real Decreto-ley 32/2021 ha reservado a la negociación colectiva en esta materia.

2. La reforma de 2021 del régimen legal de los contratos de duración determinada: su incidencia sobre el régimen de la negociación colectiva en la materia

Identifica la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, no sin razón, el recurso a la contratación laboral temporal injustificada como «una práctica muy arraigada en nuestras relaciones laborales y generalizada por sectores, que genera ineficiencia e inestabilidad económica, además de una precariedad social inaceptable». De hecho, los estudios estadísticos realizados señalaban que, en 2021, en nuestro país el 25,2% de los trabajadores desarrollaban su actividad bajo una modalidad contractual de carácter temporal, cuando la media europea se situaba en el 14% (INE-EPA: 2021)¹. Al mismo tiempo, las

¹ Así lo indican las estadísticas del INE (Encuesta de Población Activa, 2021), que pueden consultarse en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259944107218&tp=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleFichaIndicador¶m3=1259937499084.

instituciones comunitarias venían desde hace años poniendo de manifiesto un conjunto de carencias que se apreciaban en el régimen de contratación laboral temporal (Navarro Nieto, 2019), en cuanto expresión de la transposición de la Directiva sobre el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo de duración determinada, que requerían más pronto que tarde la debida atención por parte de este país.

No es este desde luego el único objetivo de la presente reforma, pero sin duda, y como he indicado antes, la modificación del régimen de la contratación laboral de carácter temporal bien puede considerarse el objetivo principal de la misma, desde el momento en que dicha acción legislativa pretende «un cambio en las prácticas y la propia cultura de las relaciones laborales [...] cambiando las normas que favorecen esta temporalidad por otras que impulsen la estabilidad en el empleo». De hecho, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley refiere que la presente es una reforma que «camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos», siendo la de 2012 el antecedente más inmediato. Así, la reforma contrapondría «la recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas de flexibilidad interna», a lo que fueron los grandes principios que inspiraron casi una década antes (2012) la acción reformadora del Gobierno de aquel entonces, sustentados sobre ideas como el reforzamiento del poder unilateral del empresario en la gestión de las condiciones de trabajo, la generalización del trabajo precario, la devaluación salarial o la limitación del poder contractual colectivo de los trabajadores (Sanguinetti Raymond, 2022). El tiempo dirá si la reforma alcanza sus objetivos².

Mientras tanto, resulta innegable que el panorama legislativo sobre la contratación laboral de duración determinada en nuestro país ha sufrido una transformación notable. Y partiendo de dicha realidad toca reflexionar sobre algunas claves de la misma, aunque solo sea porque este régimen legal constituye el nuevo trasfondo sobre el que ha de desarrollarse la negociación colectiva en la materia.

² En este sentido, Ruesga y Viñas (2022: 176-177) han puesto de manifiesto que el logro de una mayor eficiencia en el mercado de trabajo exige un incremento del nivel de productividad del trabajo. Especialmente interesante me resulta su advertencia de que mientras en el mercado de trabajo español persista la estrategia de ajuste salarial las disminuciones en la rotación por temporalidad formal se van a trasladar a una mayor rotación en otras formas contractuales que no supongan para las empresas aumentos de costes sustanciales. En definitiva, y sobre esto convendría reflexionar, consideran estos profesores que: «En última instancia caminamos hacia un modelo de «contrato único», que no resuelve los problemas económicos de la intensa rotación laboral, sino que tan solo los transforma de modo formal, pero no efectivo». Sin duda, esta es una reforma que incide sobre la demanda existente en el mercado de trabajo, pero como ellos mismos advierten, la efectiva transformación del mercado de trabajo español, y la contención de la intensa rotación laboral, exigiría adoptar otras medidas, de carácter no laboral, que, a su vez, incidan sobre la conformación de la oferta en este mercado.

Pues bien, desde la perspectiva que aquí interesa, creo importante resaltar las siguientes novedades. En primer lugar, hay que dar noticia de la supresión, por el Real Decreto-ley 32/2021, del contrato por obra o servicio determinado³, una operación que se enmarca en los esfuerzos legislativos tendentes a conseguir efectivamente que «el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras».

La derogación de dicha modalidad contractual, que se opera mediante su eliminación del tenor del art. 15 ET, tiene lugar al tiempo que para dicha norma se recupera la fórmula legal establecida en la versión original del ET, y que textualmente rezaba, y reza: «El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido». Con la recuperación de esta fórmula legal, al tiempo que la adopción de otras medidas complementarias, como la introducción de una cotización adicional, a pagar por el empresario, en el caso de los contratos de duración determinada inferior a 30 días, la reformulación de la tipificación de las infracciones administrativas relacionadas con este tipo de contratos, o la individualización de las infracciones —«se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas»—, y el incremento de las correspondientes sanciones, se pretende reafirmar la consideración del contrato de trabajo indefinido como la fórmula contractual ordinaria de nuestro mercado de trabajo. No ha de olvidarse, en este sentido, que la configuración jurídica del art. 15 ET, y en definitiva la ordenación de las relaciones entre el contrato de trabajo indefinido y los contratos de duración determinada, a lo largo de estos años, ha sido objeto de hasta doce modificaciones, en un devenir legislativo que nos habla del interés por contener, con mayor o menor intensidad dependiendo del momento histórico, el recurso sobre todo al contrato por obra o servicio determinado.

La cuestión es que, como en algún caso ya se ha descrito de forma gráfica, «el contrato por obra o servicio determinados llegó a convertirse en el *alter ego* del contrato por tiempo indefinido», de tal manera que la evidente antinomia

³ Para su estudio en otro momento queda, por razón de espacio y perspectiva de análisis adoptada en el presente caso, la controvertida cuestión del alcance de los cambios que ha registrado el contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción, en virtud del art. 2 del Real Decreto-ley 32/2021, y que ha derogado el régimen del polémico «contrato fijo de obra» —regulado por el art. 24 del VI convenio colectivo general del sector de la construcción, en aplicación de lo establecido por la D.A. 3.^a de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción—. Como es conocido, dicha modificación tiene su origen en la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19), que dictaminó que el «contrato fijo de obra de la construcción» no prevenía el fraude en la temporalidad, desde el momento en que posibilitaba la renovación de contratos, de manera indefinida, en sucesivas obras, lo cual constituye una práctica abusiva, pues el trabajador en realidad termina desempeñando de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa que lo emplea.

Al respecto, remito, entre otros, a los análisis realizados por Aragón Gómez, Cristina (2022: 43-57); De Val Tena (2021: 143-155), o Rodríguez Escanciano (2022: 88-141).

entre una y otra modalidad contractual «no impidió que se percibieran ambos contratos como posibilidades alternativas, hasta de libre elección en virtud de las preferencias» (Cabero Morán, 2022). En este sentido, la supresión del contrato fijo de obra, en el caso del sector de la construcción, tal y como lo conocíamos hasta el momento, constituye también un reflejo de una situación insatisfactoria por la que el legislador, con el beneplácito de los agentes sociales, decide acabar vía ley con ciertas prácticas negociales insatisfactorias.

En segundo lugar, la reforma legal practicada replantea la formulación jurídica de las causas que justificarán en adelante el recurso al contrato de trabajo por circunstancias de la producción. En concreto se plantea por la norma legal que a esta modalidad contractual se podrá recurrir cuando: a) se aprecie un «incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1» —incluyéndose expresamente las que derivan de las vacaciones anuales⁴—; b) concurren «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y limitada» en los términos previstos en la propia norma —por no más de noventa días en al año natural, y no de manera continuada—.

Por lo que respecta al contrato para la sustitución de una persona trabajadora, su configuración jurídica no se ve alterada significativamente, más allá de su denominación⁵, manteniendo, por tanto, la lógica jurídica que tradicionalmente lo ha identificado como solución contractual idónea para dar respuesta a ciertas necesidades organizativas, identificadas ahora con: a) «la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo»; b) «completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampara en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo»; c) «la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo».

En cualquier caso, y desde la perspectiva que aquí interesa, posiblemente el aspecto más significativo de la reforma tiene que ver con la modificación que se ha producido de las relaciones entre ley y convenio colectivo en esta materia. Si,

⁴ Como se ha destacado desde un principio, la consideración de las vacaciones como causa lícita de contratación temporal no deja de ser una excepción a la regla general, respaldada también por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que negó en su momento la cobertura de vacaciones por esta vía, y que básicamente consiste en que las necesidades ordinarias de personal de carácter interno deben ser atendidas por el personal indefinido de la plantilla, cfr. Ballester Pastor, 2022: 65.

⁵ El cambio de denominación de este contrato —que de denominarse «contrato de interinidad» ha pasado a denominarse «contrato de sustitución»— ha sido criticado desde algunos ámbitos al estimar, no sin razón, que la misma no abarca todos los subtipos recogidos por el art. 15.3 ET, pues no en todos los supuestos contemplados puede hablarse propiamente de una «sustitución» (Navarro Nieto, 2022:135).

por ejemplo, con la reforma de 1994 uno de los aspectos que destacaban en la misma era el significativo papel otorgado a la negociación colectiva en la configuración final del régimen de la contratación laboral temporal (López Gandía, 1997:9)⁶, en el caso de la de 2021 hay que ser conscientes de que, pese a tratarse de una reforma que es fruto del diálogo social tripartito —sindicatos, patronal, y Gobierno—, la misma se caracteriza por un reforzamiento de la imperatividad *ex lege* de dicho régimen (Pastor Martínez, 2022:26), que se acompaña de una reducción, en cierta medida, del protagonismo de la negociación colectiva en esta materia, cuando no de un replanteamiento de los espacios donde la ley contempla la actuación de aquella⁷. Lo anterior es consecuencia no solo de la consabida simplificación de las modalidades contractuales temporales, caso de la eliminación del referido contrato de trabajo para la realización de una obra o servicio determinado⁸, sino también de la modificación de los espacios en los que la ley ampara la participación activa de la negociación colectiva en la regulación de determinados aspectos del régimen de los contratos, y en definitiva del margen con que la misma puede contar tras el replanteamiento del régimen legal.

No obstante, y antes de abordar las novedades y cambios significativos en los espacios reconocidos a la negociación colectiva, creo necesario comenzar por

⁶ Destaca este profesor cómo en esta materia, y en comparación con las regulaciones legales precedentes, «las relaciones entre ley y convenio colectivo se hacen ahora más complejas y diferenciadas», llegando incluso la ley a hacerse dispositiva en ocasiones —algo no habitual en materia de contratación laboral—, hasta el punto de que dicho jurista no puede evitar referir que parecería que el legislador pare considerar que «habría llegado ya el momento, incluso en las modalidades de contratación, de reconocer una cierta mayoría de edad a los sujetos colectivos para combinar tutelas garantistas con las nuevas exigencias del ciclo productivo».

⁷ Como ha señalado ya Cruz Villalón (2022:60), aunque la reforma laboral de 2021 es fruto de un acuerdo social, y como consecuencia de ello no debe extrañar la existencia de abundantes y significativas remisiones a la negociación colectiva, no solo en materia de contratación laboral, lo cierto es que también, y al mismo tiempo, se constatan ciertas decisiones legislativas que permiten apreciar la existencia de restricciones a la intervención de la negociación colectiva en relación con determinadas materias. Especialmente interesante es en este sentido, y así lo subraya este jurista, la recuperación de espacios antes concedidos a la negociación colectiva «bien porque la experiencia ha demostrado una falta de respuesta de la negociación colectiva o una actitud de mayor precariedad de las fórmulas contractuales» —citando a estos efectos ejemplos como el encadenamiento de contratos temporales, o el contrato de trabajo adscrito a obras; también decisiones legislativas limitativas de la autonomía colectiva, como el nuevo régimen de la jubilación forzosa, o, a los efectos que aquí interesa, la limitación legal de la duración de los contratos temporales (pp. 60 y ss)—.

⁸ Recuerdo que, por ejemplo, en el caso del contrato de obra o servicios determinados, hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, el ET contemplaba que por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, estos contratos podrían ver ampliada su duración hasta doce meses —alcanzando por tanto los veinticuatro meses— (art. 15.1 a) párrafo 1.º ET); igualmente, la norma establecía que los convenios colectivos sectoriales estatales, y de ámbito inferior, incluidos en esta ocasión también los «convenios de empresa», podrían identificar «aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza».

reseñar los aspectos que, desde esta perspectiva, no han registrado prácticamente cambios, en concreto:

- a) La «negociación colectiva» va a continuar siendo competente para establecer el medio por el que el empresario podrá comunicar a los trabajadores contratos temporales o de duración determinada la existencia de vacantes permanentes (art. 15.7 párrafo 1.º ET).
- b) También, los «convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales» —art. 15.8 párrafo 3.º ET, anteriormente art. 15.7 párrafo 3.º ET—.
- c) Igualmente, los «convenios colectivos» podrán establecer «criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos» —art. 15.8 párrafo 2.º ET, anteriormente art. 15.7 párrafo 2.º ET en términos prácticamente similares—.
- d) Por último, en cuanto criterio legal a tener en cuenta por los «convenios colectivos», el ET continúa afirmando que los mismos han de reconocer a los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada, cuando corresponda en atención a su naturaleza, los mismos derechos que a las personas con contratación indefinida, de manera proporcional, en función del tiempo trabajado —art. 15.6 ET—.

Vuelvo en todo caso sobre la cuestión de las novedades registradas en relación con los espacios reconocidos a la autonomía colectiva, para destacar las siguientes:

- a) En el caso del contrato de trabajo por circunstancias de la producción la norma estatutaria contempla el que el «convenio colectivo de ámbito sectorial» pueda ampliar la duración máxima de este contrato hasta un año (art. 15.2 párrafo 3.º ET) —siempre que en el origen de la contratación no esté la necesidad de atender situaciones ocasionales, imprevisibles, pues en este último caso la ley es clara: no podrá durar más de noventa días en un año natural—. Si consideramos subsumido en gran parte en esta modalidad el hoy desaparecido contrato de trabajo por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, puede afirmarse que la norma legal ha operado un cambio en el papel a desempeñar por la negociación colectiva, pues en el caso de esta última modalidad contractual el ET reconocía al «convenio colectivo» la capacidad de determinar la actividades en las que podrían contratarse trabajadores eventuales, así como fijar los criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa —art. 15.1 b) párrafo 3.º ET—.

- b) Por lo que respecta al contrato de trabajo de sustitución hay que comenzar recordando que, con anterioridad a la reforma de 2021, el ET no realizaba ninguna invocación a la negociación colectiva cuando del contrato de interinidad se trataba —la interinidad es uno de los supuestos cubiertos por el vigente contrato de sustitución—. Sin embargo, ahora el art. 15.3 párrafo 3.º ET sí contempla el que por «convenio colectivo» se pueda establecer una duración del contrato de trabajo inferior a los tres meses que, como duración máxima, contempla la propia ley. Adicionalmente, hay también que tener en cuenta el papel que indirectamente el ET otorga en esta ocasión al convenio colectivo, desde el momento en que el párrafo 2.º de ese mismo apartado de la ley establece que el contrato de sustitución podrá concertarse para completar la jornada reducida por otra persona cuando dicha reducción se ampare no solo en causas legalmente establecidas, sino también en las reguladas al efecto en «convenio colectivo».

Pero posiblemente es el ámbito de lo que puede considerarse el régimen común a los contratos de duración determinada ex art. 15 ET donde podemos apreciar las principales novedades.

Comienzo, no obstante, por resaltar una primera referencia legal que en el texto ha desaparecido, y que tiene que ver con el mandato legal contenido en el art. 15.5 párrafo 3.º ET por el que la «negociación colectiva» debía establecer —textualmente se decía «establecerá»— «requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados en empresas de trabajo temporal». La desaparición de esta previsión legal, que prácticamente revestía el carácter de mandato, no quiere decir que legislador hay bajado los brazos en la lucha contra el uso abusivo de los contratos de duración determinada. Simplemente ha modificado su visión de la forma en que considera que ha de abordarse la lucha contra el abuso en la contratación, otorgando mayor relevancia a la ley, y en este contexto se explica el que, como ya he señalado antes, junto al establecimiento de la presunción del contrato de trabajo como contrato indefinido —también la mayor concreción en que es posible el recurso a los contratos de duración determinada—, el legislador haya acompañado dicha previsión legal de una serie de disposiciones legales que en última instancia pretenden limitar el abuso en el uso de los referidos contratos de duración determinada: la introducción de una cotización adicional, a pagar por el empresario, en el caso de los contratos de duración determinada inferior a 30 días, la reformulación de la tipificación de las infracciones administrativas relacionadas con este tipo de contratos, o la individualización de las infracciones y el incremento de las correspondientes sancio-

nes. Con todo, ello no significa que la negociación colectiva no pueda abordar en el futuro esta materia, puesto que, como sabemos, salvo el caso de las normas imperativas de derecho absoluto —lo que no es el caso— la autonomía colectiva se encuentra habilitada para abordar el régimen de la contratación laboral, con carácter general, siempre que respete los mínimos legales establecidos por la ley⁹.

Sí constituyen una novedad —eso sí, relativa en algún caso¹⁰—, por el contrario, las referencias legales contenidas en el art. 15.8 ET, y que identifican como cuestiones que podrán abordar los «convenios colectivos», las siguientes:

- a) «Planes de reducción de la temporalidad», que lógicamente entiendo que pueden incluir disposiciones que contengan, tanto el abuso en el recurso a la contratación de duración determinada, como limitativas de la utilización de estos contratos.
- b) «Criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa», y que remite en última instancia a la idea que he expresado en el apartado anterior de que se espera de los convenios colectivos que adopten medidas para contener, aún existiendo todo un conjunto de disposiciones legales en la materia de obligado cumplimiento, el recurso a la contratación de duración determinada.
- c) «Porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas de incumplimiento de los mismos», y que apunta en la dirección antes propuesta de luchar contra el abuso, o el uso que pueda considerarse excesivo, de estas modalidades contractuales.
- d) «Criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición», y que, a diferencia de los criterios y porcentajes anteriores que pueden integrar perfectamente el contenido de los referidos planes de reducción de la temporalidad, se orientan a la gestión de la contratación de duración determinada.

⁹ Como ha señalado Almendros González (2022:362), no existe en nuestro ordenamiento jurídico una reserva material en la regulación de las condiciones de trabajo, ni a favor de la norma estatal, ni de la negociación colectiva.

¹⁰ Como ha advertido Almendros González (2022:374), el establecimiento de medidas o planes para la reducción de la temporalidad, y para el fomento de la contratación indefinida, era algo ya habitual en el caso de ciertos convenios colectivos, algunos tan significativos, por el volumen de trabajadores al que afecta, como el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio (BOE núm. 229, de 21 de septiembre de 2018, p. 91393 y ss).

Dejo para el final una cuestión que creo de especial interés, y que tiene que ver con las conexiones que se establecen entre los artículos 15, 11 y 16 ET como consecuencia del evidente interés del legislador por promover la estabilidad en el empleo de los trabajadores, más allá de la afirmación de la presunción como indefinidos de los contratos de trabajo (art. 15.1 ET). En efecto, el ET tras la reforma de 2021 refiere que los convenios colectivos pueden establecer lo que identifica como «planes de reducción de la temporalidad», y que esos mismos convenios pueden establecer criterios para la conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos. Sin embargo, sabemos que en nuestro mercado de trabajo la consecución de la estabilidad en el empleo no es fácil, y que este es un bien por el que también pugnan los trabajadores titulares de contratos formativos. De hecho, el art. 11.6 ET refiere que en la «negociación colectiva» podrán establecerse «compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido», por lo que una gestión coherente de la contratación indefinida aconsejaría poner en conexión las medidas y criterios que se adopten para promover la estabilidad referida tanto de los trabajadores vinculados a la empresa por contratos de duración determinada, como los que lo están en virtud de contratos formativos.

Pero es que también conviene tener en cuenta que el art. 16.5 ET contempla el que los «convenios colectivos de ámbito sectorial» puedan establecer «una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua». Compiten por tanto estos trabajadores por el mismo bien preciado, la estabilidad en el empleo —en este caso empleo efectivo, de forma continuada en el tiempo—, por lo que, como he señalado antes, sería conveniente que las previsiones al respecto se establecieran en forma coherente con las medidas y criterios que se pacten para posibilitar el acceso a la condición de indefinidos tanto de los trabajadores con contratos de duración determinada, como de los sujetos a contratos formativos.

3. La práctica negocial tras la entrada en vigor de la reforma de 2021

3.1. El régimen convencional de la contratación de duración determinada

Cuando uno se aproxima al estudio de la práctica negocial en materia de contratación de duración determinada creo que es importante partir de las realidades y no de las expectativas que pudieran crearse. Posiblemente en el ámbito de los deseos habría que situar una rápida asunción por la negociación colectiva del régimen legal establecido y de los nuevos espacios que la ley ofrece a la negociación colectiva. Sin embargo, las estadísticas nos indican que la negociación colectiva está encontrando dificultades para recuperar las cifras de convenios negociados pocos años antes del inicio de la pandemia del Covid-19. En efecto, si

en 2013, año en que se comenzó a salir de la crisis económica del periodo 2008-2013, las cifras oficiales indicaban la suscripción ese año de 2.502 convenios colectivos de los cuales 1.897 eran de empresa —afectando a 376.470 trabajadores—, y 605 de ámbito superior a la empresa —con incidencia sobre 4.871.105—, 2021 arroja un montante total de 1.436 convenios, de los cuales 1.101 son de empresa —afectando en este caso a 278.171 trabajadores—, y 335 de ámbito superior a la empresa —con incidencia en este ocasión sobre 4.366.077 trabajadores— (MTES:2022)¹¹. Como observará el lector, los datos indican una evidente reducción del número de convenios colectivos de empresa firmados en este año, en comparación con el referente que he situado en 2013 —461 convenios colectivos menos—, en tanto ese descenso resulta todavía más acusado cuando lo que se aborda es la «cosecha», si se me permite la expresión, de convenios colectivos sectoriales, 270 menos que en 2013 —y una disminución en el número de trabajadores que se benefician de la existencia de convenio colectivo que se sitúa en 505.028 trabajadores, lo que representa una disminución de un 10,36% respecto de las cifras alcanzadas en 2013—. No es el momento de indagar sobre las causas precisas de esta disminución de las manifestaciones de la negociación colectiva —sin duda, factores como la crisis económica desatada por la pandemia, o la inexistencia de un acuerdo estatal en vigor sobre estructura de la negociación colectiva (desde finales de 2020 no existe acuerdo que sustituya al IV Acuerdo estatal en la materia), son circunstancias que, al menos en parte, pueden explicar este fenómeno—, pero sin duda esta situación apunta a que, en principio, va a haber una participación limitada de la autonomía colectiva en el desarrollo y gestión de este nuevo Derecho de la contratación laboral que la reforma de 2021 ha impulsado en el plano legislativo.

Pues bien, desde la perspectiva que nos ocupa en estos momentos, entiendo que pueden ser de interés las respuestas que pueda ofrecer la práctica negociadora a cuestiones como las siguientes:

- a) ¿Cuál es el tratamiento convencional de las causas legales justificativas de la contratación laboral de duración determinada ex art. 15 ET tras la reforma de 2021?
- b) Balance en relación con aquellos aspectos donde la negociación colectiva ya era competente con anterioridad a la reforma laboral —comunicación de la existencia de vacantes permanentes (art. 15.7 párrafo 1.º ET); acceso a la formación profesional (art. 15.8 párrafo 3.º ET); criterios objetivos para la conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos (art. 15.8 párrafo 3.º ET)—.

¹¹ Datos extraídos del informe «Estadísticas de convenios colectivos de trabajo», editado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, consultados el 24 de octubre de 2022, y que pueden recabarse en: <https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>

- c) Tratamiento de aquellas materias que se han abierto a la regulación convencional: en concreto el establecimiento de límites temporales a la duración tanto del contrato de trabajo por circunstancias de la producción (art. 15.2 párrafo 3.º ET), como del contrato de trabajo para la sustitución de una persona trabajadora (art. 15.3 párrafo 3.º ET).

Comenzando por la primera cuestión, hay que reseñar la existencia de un primer grupo de convenios colectivos caracterizados por la falta de mayor concreción o desarrollo de las causas justificativas de la contratación laboral ex art. 15 ET, de tal forma que, en unos casos la previsión convencional, si existe, consiste en una mera remisión al precepto legal mencionado¹², en tanto en otras lo que hay es una incorporación *cuasi* literal, cuando no literal, del mencionado artículo estatutario¹³. Que esto sea así tampoco debe sorprendernos, pues ya sabemos que la autonomía colectiva, en ocasiones, suele necesitar tiempo para reconocer las posibilidades que ofrece el dictado legislativo¹⁴. Adicionalmente, la transformación operada en el régimen de la contratación laboral de duración determinada ha sido de tal entidad que entre los negociadores con frecuencia se impone la cautela a la hora de reconducir el mismo en un sentido o en otro¹⁵

¹² Véase el XXIII Convenio colectivo nacional de autoescuelas (BOE núm. 80, de 4 de abril de 2022, p. 45406 y ss.), cuyo art. 7.3 remite en materia de contratos de duración determinada a lo previsto en el art. 15 ET en la versión del Real Decreto-ley 32/2021. En el ámbito empresarial, el Convenio colectivo del Grupo Marítima Dávila SA y sociedades vinculadas 2022-2024 (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2022, p. 64011 y ss.), art. 14; el Convenio colectivo de Izmar SLU, para los años 2020-2023 (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022, p. 7389 y ss.) en su art. 10; el Convenio colectivo del Grupo Rodilla (BOE núm. 80, de 4 de abril de 2022, p. 45349 y ss.), en sus arts. 10 y ss; o el art. 14 Convenio colectivo de ámbito estatal para el sector de industrias de aguas de bebidas envasadas (BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022, p. 96687 y ss.), si bien en este último caso la remisión se acompaña en el art. 15 de algunas —pocas— disposiciones específicas en la materia.

¹³ Como ocurre con el Acuerdo marco del sector de la pizarra (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022, p. 73833 y ss.), art. 14; el Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE núm. 131, de 2 de junio de 2022, p. 75712 y ss.), art. 10; el Convenio colectivo estatal de las industrias cárnicas 021-2023 (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2023, p. 99833 y ss.), en su art. 28.; el VII Convenio colectivo de Patentes Talgo SLU (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022, p. 73947 y ss.); el Convenio colectivo de Izamar, SLU, para los años 2020-2023 (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022, p. 73879 y ss.), art. 10; o el Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE núm. 07, de 5 de mayo de 2022, p. 63152 y ss.) que en su art. 32 define las «situaciones ocasiones imprevisibles» y las «situaciones ocasionales previsibles» en forma absolutamente fiel a los términos en que se expresa el ET.

¹⁴ Aunque también algo de temor a adentrarse en la concreción de las nuevas formulaciones legales también puede haber en algunos casos. No en vano, la doctrina jurídica desde un principio ha apuntado la existencia de dudas significativas por lo que respecta a la comprensión del nuevo régimen legal de la contratación de duración determinada, particularmente por lo que respecta a sus causas justificativas, aunque no solo (remito en este sentido al análisis, entre otros, de Cabeza Pereiro (2022: 39-56)).

¹⁵ No obstante, en ocasiones encontramos formulaciones que no dejan de ser sorprendentes, como la identificación del contrato por circunstancias de la producción para atender situaciones ocasionales, previsibles, y que tengan una duración reducida y limitada, como el «Contrato de

—de hecho, algunos convenios y acuerdos colectivos que han visto la luz estos meses no albergan una sola referencia al nuevo régimen de la contratación laboral, cuando este es un aspecto central hoy día en el devenir de las relaciones de trabajo¹⁶; en todo caso, se ha de advertir que, en la mayoría de los casos apreciados se trata de convenios de empresa¹⁷, donde la referencia en materia de contratación con frecuencia la marca el convenio colectivo de sector¹⁸—.

No obstante, en ocasiones sí se encuentran algunas formulaciones convencionales específicas que adaptan la causalidad de los contratos del art. 15 ET a las circunstancias concretas de la actividad regulada¹⁹. Este es el caso de los Acuerdos de modificación del VII Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, cuando en su art. 19.2 párrafo 2.º menciona que el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción se podrá suscribir «para los supuestos de dotación excepcional de horas que estén condicionadas en el tiempo, así como, para programas temporales, y otros supuestos de carácter excepcional y temporal que tengan cabida conforme a la legislación educativa vigente»²⁰. En otros, sin em-

“90 días”, sin realizar ninguna otra consideración adicional sobre los supuestos en que este contrato será posible (art. 12 del IX Convenio colectivo del grupo Unide (BOE núm. 145, de 18 de junio de 2022, p. 84903 y ss.)).

¹⁶ El Acuerdo de modificación del XI Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2022, p. 117531 y ss.), por ejemplo, aborda en su art. 17 bis la regulación del contrato de trabajo fijo-discontinuo, no existiendo referencia alguna a los contratos de duración determinada.

¹⁷ Véase el Acuerdo de modificación y prórroga del Convenio colectivo del Grupo Cepsa (BOE núm. 128, de 17 de mayo de 2022, p. 73825 y ss.); el Acuerdo de modificación del Convenio colectivo de Tradia Telecom, SAU (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2022, p. 63944 y ss.); el Convenio colectivo de Finanzauto SA (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2022, p. 63088 y ss.); el II Convenio colectivo de Cemex España Operaciones, SLU, para los centros de trabajo dedicados a la actividad de fabricación y venta de cemento (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2022, p. 76436 y ss.); o el Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU (BOE núm. 145, de 18 de junio de 2022, p. 84853 y ss.).

¹⁸ Este es el caso del II Convenio colectivo empresa Contratas Públicas del Norte, SLU (BOE núm. 80, de 4 de abril de 2022, p. 45375 y ss.), donde hay una remisión al Convenio colectivo General del Sector de la Construcción en lo no dispuesto por este convenio (art. 4); o el II Convenio colectivo de Distrigal, SL (BOE núm. 80, de 4 de abril de 2022, p. 45375 y ss.), donde tras remitirse a la normativa contenida en el ET en materia de contratación laboral, refiere que, en relación con el «contrato eventual o por sustitución de persona trabajadora», habrá que estar a lo que disponga el convenio colectivo sectorial que pudiera ser de aplicación (art. 16).

¹⁹ En este sentido, suena como práctica de otro tiempo, o al menos ajena a lo que debería ser una cuestión a gestionar de forma coparticipada por los representantes de los trabajadores, disposiciones como la contenida en el Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU., Airbus Operation, SL, y Airbus Helicopters España, SA (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2022, p. 3882 y ss.) que otorga a la empresa, en exclusiva, la competencia para definir los «trabajos o tareas específicos de la empresa que puedan ser susceptibles de cubrirse» mediante contratos de duración determinada por circunstancias de la producción (art. 41.3).

²⁰ BOE núm. 138, de 10 de junio de 2022, p. 79750 y ss).

bargo, lo que hay es una concreción de las causas que justifican, en esta ocasión la celebración de un contrato de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora, que no es muy común, como ocurre con los supuestos de suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias —no es el supuesto de derecho a reserva del puesto de trabajo en el que comúnmente se está pensando—²¹.

Significativo también es el caso en el que la configuración jurídica más detallada de las causas tiene su origen en la naturaleza de las características de la actividad a cuya regulación atiende el convenio —me refiero al Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco de los años 2021-2024 (art. 7.3)²²—, y el convencimiento de las partes negociadoras de que «la contratación temporal y externa, responde única y exclusivamente a circunstancias excepcionales» —de hecho, se considera que la elasticidad que proporciona el personal fijo discontinuo es la solución que «se adapta perfectamente a las necesidades de la industria»—. De hecho, el referido convenio colectivo solo contempla el recurso a la contratación laboral temporal en las «situaciones de excepción» siguientes: «1. Cubrir bajas derivadas de I.T. 2. Por ausencias imprevistas. 3. Trabajos que por su especial cualificación no puedan ser cubiertos por el personal de plantilla. En este sentido se encuadrarían los oficios propios (electricistas, fontaneros, mecánicos, etc.). 4. La realización de pedidos imprevistos y no contemplados dentro de los planes productivos de las empresas. 5. Abundancia de materias primas y siempre que suponga una excepción dentro de cada campaña». E incluso, concurriendo los supuestos anteriores, el convenio establece que las partes firmantes del mismo acuerdan no efectuar contratación temporal o a tiempo parcial alguna, ni se haga uso de trabajadores cedidos por terceras empresas, «mientras no tenga plena ocupación todo el personal fijo y fijo-discontinuo de la empresa». Esto sí que es una apuesta de la autonomía colectiva por el empleo estable²³.

²¹ Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024 (BOE núm. 259, de 28 de octubre de 2022, p. 147673 y ss.), art. 17.

²² BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2022, p. 117434 y ss.

²³ De interés es también, desde esta perspectiva, la prohibición contenida en el Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 2022, p. 138595 y ss.), en relación con el contrato por circunstancias de la producción por incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, pues en el mismo se acuerda que no podrán utilizar esta modalidad contractual « las empresas que no tengan cubiertas las plantillas de trabajadores fijos establecidas en el presente convenio marco o el número que se determine en los convenios sectoriales de ámbito inferior, en desarrollo de lo previsto en el presente convenio marco estatal» (art. 12). En sentido parecido, el Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2022, p. 63955 y ss.), en su art. 12.3, establece que el «contrato eventual por circunstancias de la producción» no se podrá realizar «cuando exista personal fijo discontinuo con el mismo grupo profesional y especialidad en el puesto de trabajo vacante, sin ser llamados».

En cuanto a las materias donde la negociación colectiva ya era competente con anterioridad a la vigente reforma laboral, los convenios y acuerdos consultados arrojan algunos aspectos de interés. Comienzo en este sentido por referirme a la regulación del derecho a la formación profesional de los trabajadores con contratos de duración determinada, recordando que el art. 15.8 ET refiere que: «Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales».

Pues bien, lo primero que hay que señalar es que el tratamiento convencional del derecho a la formación de estos trabajadores no está siendo objeto de consideración específica, con carácter general, por parte de la negociación colectiva desarrollada tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021²⁴. Sí hay, sin embargo, algunos compromisos en relación con estos trabajadores en materia formativa que, desde luego, generalmente acostumbran a exigir una cierta antigüedad en la empresa, criterio en sí mismo discutible, toda vez que la ley no refiere la ostentación de una cierta antigüedad para acceder a acciones formativas, máxime cuando desde la perspectiva de este derecho bien puede considerarse a estos trabajadores como un colectivo vulnerable, dadas sus habituales fallas formativas.

Así, podemos encontrar convenios en los que el derecho a recibir de la empresa cursos formativos se vincula a una antigüedad de al menos un año en la empresa²⁵ —cuando no se exige un año de antigüedad para tener derecho a permisos retribuidos de formación²⁶—, periodo que, sin embargo, se reduce en otros casos a un mes, eso sí, en el caso concreto, siempre que el trabajador haya superado el correspondiente periodo de prueba²⁷. El requisito de la superación

²⁴ Sirva como ejemplo el tratamiento genérico del derecho a la formación que se hace en convenios como el Convenio estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE núm. 144, de 17 de junio de 2022, p. 84430 y ss.), art. 58. En todo caso, también es cierto que, con relativa frecuencia los convenios colectivos suelen contemplar el establecimiento de comisiones paritarias de formación, encargadas, entre otros cometidos, de «establecer los criterios orientativos para el acceso de los trabajadores a la formación» (véase, por ejemplo, el VI Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector cementero (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022, pp. 73915 y ss.), art. 23).

²⁵ Art. 35 del XXIII Convenio colectivo nacional de autoescuelas (BOE núm. 80, de 4 de abril de 2022, p. 45406 y ss.).

²⁶ Art. 42 del Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2022, p. 64040 y ss.); art. 19.2 del Convenio colectivo para la industria fotográfica (BOE núm. 187, de 5 de agosto de 2022, p. 115300 y ss.), o el art. 42 del Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2022, p. 130946 y ss.). Suele ser habitual el establecimiento de un permiso retribuido de veinte horas anuales, acumulables por periodos de cinco años.

²⁷ Art. 24 del VI Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector cementero (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022, pp. 73915 y ss.).

del periodo de prueba podría ser un criterio asumible, en su caso, si el mismo se hubiera fijado en convenio colectivo de empresa, pero cuando el criterio se fija en un convenio colectivo de sector, el mismo resulta cuanto menos discutible, toda vez que de un convenio de estas características sí es razonable esperar una mayor sensibilidad hacia aquellos trabajadores precarios que, entre sus debilidades, arrastran carencias formativas que, con frecuencia, tiene origen en esa misma situación de inestabilidad constante²⁸.

Discutible también es, por otra parte, el que, como algún convenio colectivo establece, la participación en acciones formativas genere en favor de la empresa un derecho resarcitorio, en línea con el que se puede derivar de la suscripción de un pacto de permanencia en el marco del art. 22.4 ET. Más concretamente, XXIII Convenio colectivo nacional de autoescuelas, establece en su art. 35 que los trabajadores que realicen cursos para «la obtención de otros títulos de docencia en educación vial» adquirirán un compromiso de permanencia en la empresa, de forma que «en caso de causar baja en la misma durante los 12 meses siguientes a la finalización del curso, el Empresario podrá detraer, de los emolumentos que correspondan a la persona trabajadora, una cantidad equivalente al coste del curso, o, en su caso, a la prorrata del mismo». No parece que el tipo de formación que está en el origen de la permanencia del trabajador sea la que justifica este compromiso en el caso del art. 22.4 ET.

En todo caso, los convenios analizados también nos permiten observar algunas previsiones convencionales donde sí se constata una preocupación efectiva por la protección de la formación como derecho de los trabajadores con contratos de duración determinada. Este es el caso del XXII Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales²⁹, cuyo art. 118 se titula precisamente «formación para el personal con contrato de duración determinada y con contrato a tiempo parcial». En concreto, la cláusula convencional establece que las secciones sindicales de los sindicatos firmantes del convenio colectivo, mediante acuerdo con la empresa, podrá establecer «planes de carrera profesional» para facilitar «el acceso efectivo de las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición, a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y mo-

²⁸ Desde la perspectiva expuesta puede ser de interés, sin embargo, planteamientos como el contenido en el Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2022, p. 63152 y ss), donde la formación profesional se aborda orientada a la «reconversión profesional», estableciéndose una preferencia en el acceso a cursos de formación del personal que haya participado en menos ocasiones en los mismos —trabajadores temporales de toda condición podría ser el caso—, y quienes estén desempeñando el puesto de trabajo relacionado con el objeto del curso (art. 40).

²⁹ BOE núm. 150, de 24 de junio de 2022, p. 89047 y ss.

vilidad profesionales» —este planteamiento se realiza también en el caso de los contratos de trabajo a tiempo parcial—. No obstante, ello no significa en el caso concreto que se opte por reconocer a los trabajadores con contratos de duración determinada la condición de colectivo de atención preferente en materia formativa³⁰, pues, como el propio convenio establece, son las personas trabajadoras fijas-discontinuas las que «tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad»³¹.

En otro orden de cosas, sabemos que la contratación de duración determinada suele tener rostro de mujer, sobre todo en ciertos sectores³². Pues bien, desde la perspectiva que aquí interesa, la formativa, hay que señalar que la práctica negociadora nos enseña que en estos momentos dos son los tipos de cláusulas convencionales, con carácter básico, que afrontan el despliegue de medidas de acción positiva. Por un lado, y en un formato que hoy día puede considerarse previsible, encontramos convenios que albergan compromisos convencionales en favor del fomento de la participación de la mujer trabajadora en las acciones formativas que se ejecuten³³. Alternativamente, sin embargo, también cabe apre-

³⁰ No se observa al menos en el tiempo presente una sensibilidad respecto a la importancia que puede revestir el reconocer la condición de colectivo preferente en materia formativa a los trabajadores con contratos de duración determinada. Sensibilidad de la que, sin embargo, se benefician otros colectivos, distintos de los trabajadores fijos-discontinuos, como es el caso de los trabajadores en situación de incapacidad permanente — como ejemplo, el Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU., Airbus Operation, SL, y Airbus Helicopters España, SA, cuyo art. 55 alberga el compromiso de las partes negociadoras del convenio de «prestar una atención especial y fijar prioridades, en cuanto a la formación se refiere, a aquellas personas que estén afectadas por cualquier tipo de incapacidad permanente».

³¹ Art. 118.2 del XXII Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales. Esta preferencia de los trabajadores fijos-discontinuos en el acceso a la formación también se establece en el Acuerdo marco del sector de la pizarra (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022, p. 73833 y ss.), art. 15.8.

³² Aunque las estadísticas oficiales indican que la brecha de género viene reduciéndose progresivamente desde 2007 —por lo que respecta a variables como la tasa de actividad, la tasa de empleo y el paro de 16 a 64 años—, y que las mujeres han incrementado su presencia en la contratación hasta alcanzar el 44,5% del total (MTES:2022), lo cierto es que tradicionalmente el número de mujeres con contrato temporal viene siendo superior al de hombres. Así lo indican las estadísticas del INE que, por ejemplo, en el tercer trimestre de 2022, en una tendencia de años, ha cifrado el número de asalariados hombres con contrato temporal en 1647.0 miles miles, en tanto en el caso de las mujeres la cifra alcanza los 1.865,5 miles miles (y que puede consultarse en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3961>). Igualmente, las estadísticas indican que la presencia de la mujer es mayoritaria en cinco ramas de actividad: hogar (87,8%); sanidad y servicios sociales (77,2%); educación (68,1%); administrativa (54,5%); y hostelería (53,1%) —Ministerio de Trabajo y Economía Social (2022) *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2021*, op. cit., p. 16—.

³³ Convenio colectivo de Automáticos Orenes, SLU para sus centros de trabajo de Murcia, Alicante, Valencia, Jerez, Almería y Madrid (BOE núm. 145, de 18 de junio de 2022, p. 84832 y ss.), art. 7.

ciar la existencia de convenios en los que se establece que, para garantizar el acceso con respeto absoluto al principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, «se podrán establecer cupos, reservas u otras ventajas a favor de las personas trabajadoras del sexo menos representado, en el ámbito al que vayan dirigidas aquellas acciones de formación profesional»³⁴. Como comprenderá el lector este último planteamiento no asume la adopción de medidas de acción positiva solo en favor de la mujer, abriendo por tanto a los hombres trabajadores el acceso a medidas que preserven su derecho a la formación, eso sí, siempre que se trate del colectivo menos representado, lo que, como he señalado, no suele ser el caso, al menos en ciertos sectores de actividad. No obstante lo señalado, el XXIII Convenio colectivo de contratas ferroviarias (art. 76)³⁵, nos ofrece una perspectiva interesante, desde el momento en que, al tiempo que establece la garantía del principio de igualdad de trato y oportunidades en la incorporación a la formación de personas trabajadoras con mayor dificultad de acceso a la misma, contempla el que las acciones de formación puedan incluir «acciones positivas respecto al acceso a la formación de personas trabajadoras pertenecientes a determinados colectivos (entre otros a jóvenes, inmigrantes, discapacitados, baja cualificación, personas trabajadoras con contrato temporal, víctimas de violencia de género, mayores de 45 años)».

Por lo que respecta a la comunicación de vacantes en puestos permanentes, que es una obligación de la empresa que se establece no solo respecto de los trabajadores con contratos de duración determinada o temporales, sino también de los que ostentan contratos formativos (art. 15.7 ET), recuerdo en este momento que el ámbito reservado por la ley en este punto a la negociación colectiva es aquel relacionado con el medio por el que dichas vacantes se comunican a los trabajadores. Pues bien, el análisis de los convenios colectivos considerados permite concluir que, como ocurría en el pasado, este no es un aspecto que suscite interés a los negociadores. De hecho, solo en contadas ocasiones la cuestión es tratada por los convenios colectivos consultados, y con frecuencia para reflejar a grandes rasgos la previsión legal del ET³⁶, encontrándonos con un número

³⁴ I Convenio colectivo de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE núm. 172, de 19 de julio de 2022, p. 102790 y ss), art. 58. En sentido parecido, la Disposición Complementaria Cuarta del Convenio Colectivo estatal del sector de industrias cárnicas (BOE núm. 170, de 16 de julio de 2022, p. 101238 y ss.); el art. 58 del I Convenio colectivo de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos; o el art. 87 del Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo.

³⁵ BOE núm. 154, de 28 de junio de 2022, p. 91063 y ss.

³⁶ Véase, por ejemplo, el VII Convenio colectivo de Patentes Talgo, SLU (art. 14.2), donde la obligación convencional de informar en estos casos, por parte de la empresa, tiene por destinatarios no solo a los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo de duración determinada o temporales, sino también a los que se encuentran vinculados por un contrato formativo. En sentido parecido se expresa el art. 73 del XXII Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales.

superior de casos en el que el colectivo que se beneficia de esta obligación es el de los trabajadores fijos-discontinuos³⁷ —lo que resulta expresivo de la idea existente en muchos casos de que son estos últimos trabajadores los que, de forma preferente, deben cubrir, en principio, los puestos de trabajo vacantes de carácter ordinario—.

La fijación de criterios objetivos para la conversión de contratos de duración determinada en indefinidos constituye, como se ha indicado, otro de los ámbitos de acción tradicional de la negociación colectiva (art. 15.8 párrafo 3.º ET). La cuestión es que el análisis de convenios colectivos realizados arroja un balance muy dispar en este aspecto, partiendo de la base, por supuesto, de que son los menos los convenios colectivos que abordan este aspecto, cuando no hay una mera transcripción de lo que refiere el ET en est punto³⁸.

Así, y, en primer lugar, hay que hacerse eco de la existencia de cláusulas convencionales que abordan esta cuestión de forma un tanto difusa. Este es el caso de los Acuerdos de modificación del XXIX Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU, que en su art. 11, y tras referir que la dirección de la empresa podrá hacer uso de la contratación temporal en el marco de la legislación vigente, establece «el compromiso de convertir en indefinidos el mayor número posible de dichos contratos siempre que el puesto tenga carácter de permanente y se consiga una correcta adaptación persona-puesto» —se obvia establecer una referencia que permita cuantificar este objetivo, no se concretan apenas los criterios que registrarán la conversión, y finalmente se introduce un factor como la «adaptación persona-puesto» que más bien parece destinada a salvar la posición de la empresa cuando la conversión, por la razón que sea, no interese—.

Curioso, por otra parte, es el caso del convenio colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas que, en principio, muestra un escaso compromiso con la conversión contractual referida —se contempla como una opción y no como una obligación convencional—, estableciendo que, a la finalización de los contratos de duración determinada o temporal, y al objeto de fomentar la colocación estable, aquellos «se podrán convertir en contratos de trabajo de carácter indefinido de acuerdo a la legislación vigente»³⁹ —sin concretar cuáles son los criterios a seguir en estos casos, sobre todo porque la posibilidad de conversión

³⁷ Es el caso del IX Convenio colectivo del grupo Unide, cuyo art. 12 aborda la cuestión, si bien la noticia en este caso es que la obligación de información se recoge solo respecto de los trabajadores fijos-discontinuos, a los efectos de que los mismos «puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa». En sentido parecido, el Acuerdo marco del sector de la pizarra (art. 15.2); también el Acuerdo de modificación del XI Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (art. 17 bis); o el Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024 (art. 16).

³⁸ Véase el caso del Convenio colectivo de acción e intervención social 2022-2024, art. 17.6.

³⁹ Art. 30.2.

también se contempla respecto de los trabajadores sujetos a contratos formativos—. Sin embargo, y a continuación, declara de forma solemne que: «Las personas trabajadoras con contratos de trabajo temporales, sustitución de la persona trabajadora y contratos formativos tendrán preferencia para ocupar en las empresas los puestos de trabajo de carácter indefinido»⁴⁰.

No obstante lo señalado, en otros casos, la aproximación a la cuestión resulta mucha más certera, tal es el caso del Convenio colectivo del sector de desinfección, desinsectación y desratización, que en su art. 17, titulado «Política de empleo», y tras establecer que las empresas a las que se aplica este convenio «realizarán preferentemente transformaciones de contratos temporales en indefinidos atendiendo a lo dispuesto en la legislación vigente de aplicación», formula un conjunto de principios generales en torno a los cuales ha de girar la política de empleo, y que también van a promover la referida conversión contractual, como son:

- Prioridad en la estabilidad y garantía en el empleo.
- Respeto de los principios reguladores y de causalidad de la contratación temporal.
- Promover la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres y contribuir a la eliminación de discriminación y al cumplimiento de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Principio de no discriminación por razón de la naturaleza del contrato. Las partes se comprometen a asegurar el principio de igualdad de trato de las personas contratadas a tiempo parcial o bajo alguna forma de contratación temporal, que habrán de disfrutar de los mismos derechos que los contratos indefinidamente.
- Racionalidad en la distribución del tiempo de trabajo para el desarrollo del empleo.
- Adecuación de las horas extraordinarias para la consideración de su sustitución por empleo estable, a tal efecto, se limitará el uso de horas extraordinarias.

Un supuesto también de interés, donde la conversión contractual de duración determinada a indefinido se liga a los casos de jubilación forzosa, lo encontramos en el VI Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector cementero (art. 26). Y lo señalo porque, como sabemos, no necesariamente, sobre todo en ciertas actividades, el puesto abandonado por el jubilado forzoso se va a cubrir por un nuevo trabajador, pues con frecuencia lo que ocurre es que aquél desaparece y se genera un puesto de diferentes características, si acaso. Pues bien, a los efectos de cumplir con los objetivos de mejora de

⁴⁰ Art. 30.3.

la estabilidad en el empleo, o en su caso con el relevo generacional, el Acuerdo dispone que, cuando se produzca la referida jubilación, las empresas efectuarán «o la transformación de un contrato temporal en indefinido o la contratación preferentemente indefinida de una nueva persona trabajadora, o la transformación de un contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo». Como observará el lector, la conversión de los contratos de duración determinada en contratos indefinidos no es la única opción que, a decir del Acuerdo, pueden barajar las empresas, y no lo es precisamente, entre otras cosas, por la circunstancia antes indicada.

Dejo para el final, en relación con este asunto de la conversión contractual, el tratamiento peculiar que hace al respecto el Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba). Y lo identifico como peculiar porque utiliza dos formulaciones que, hasta donde se ha podido ver, no tienen reflejo en otros convenios colectivos analizados. La primera previsión convencional la encontramos en el art. 11, y refiere que: «El personal eventual que haya trabajado durante dos años consecutivos por un periodo superior a 180 días cada año, en el año siguiente su contratación será mediante la modalidad de fijos discontinuos». Ocurre por tanto que la decisión convencional es que estos trabajadores puedan acceder a la condición de fijos-discontinuos, y no a la condición de trabajadores con contrato indefinido fijo, que es en lo que, básicamente, está pensando el art. 15.8 párrafo 3.º ET. La segunda, en este caso, está relacionada con el contrato de sustitución para los supuestos de cobertura de una interinidad, y dispone que: «En el caso de que el trabajador o trabajadora sustituido no se reincorpore a la empresa, finalizada la causa de sustitución, y exista continuidad en la prestación laboral del trabajador o trabajadora sustituto, el contrato de sustitución se transformará en contrato indefinido» (art. 12.4).

Por último, y en línea con el planteamiento expuesto al principio de este epígrafe, queda por analizar el tratamiento convencional que se está realizando de la limitación temporal de los contratos de duración determinada. Recuerdo en este caso que el ET contempla el que por convenio colectivo sectorial —esta es de las pocas ocasiones en que el legislador es preciso en cuanto al ámbito donde pactar depende qué asuntos— se pueda ampliar el contrato de trabajo por circunstancias de la producción que no sea para atender situaciones ocasionales, previsibles, hasta un año máximo, al tiempo que, en el caso del contrato de sustitución, reconoce al «convenio colectivo» la capacidad para establecer duraciones del mismo inferiores a los tres meses fijados por ley.

Sobre esta cuestión, cabe decir que, en el caso del contrato de trabajo por circunstancias de la producción para atender incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad y las oscilaciones, los convenios colectivos de sector acos-

tumbran, cuando deciden superar el límite inicial temporal de estos contratos⁴¹, a fijar el límite máximo establecido por la ley de un año⁴², si bien en algún caso —posiblemente por razón de la naturaleza de la actividad propia del sector, aunque tampoco es clara la razón— el límite máximo se ha fijado en nueve meses. Por su parte, y por lo que respecta al contrato de duración determinada para la sustitución, aunque la ley, como he indicado, ofrece a la negociación colectiva la oportunidad de acotar en el tiempo la duración de estos contratos por debajo del máximo legal permitido —no superior a tres meses—, la conclusión a la que llego es que esta una opción legal no ejecutada por ninguno de los convenios consultados⁴³ —parece no querer condicionarse en este punto la gestión de las empresas—.

⁴¹ En algún caso, y frente al no pronunciamiento de otros convenios colectivos sectoriales, también se encuentran convenios que optan por reiterar el plazo de duración máxima del contrato fijado por ley en este caso: seis meses (véase el art. 6.6 del Convenio colectivo para la industria fotográfica).

Adicionalmente, y pese a que la ley reserva esta cuestión de la ampliación de la duración del contrato de trabajo por circunstancias de la producción al convenio colectivo sectorial, también hay que dar cuenta de la existencia de algún que otro convenio colectivo de empresa que aborda la cuestión, si bien en forma que, en definitiva, refleja el ánimo que inspira a la ley en este punto. Me refiero en concreto al VII Convenio colectivo de Patentes Talgo, SLU, cuyo art. 14 establece que estos contratos no podrán tener una duración no superior a los seis meses, «salvo que el Convenio Colectivo de ámbito sectorial amplíe la duración máxima del contrato hasta un año»; también en sentido parecido se expresa el Convenio colectivo de Refresco Iberia SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba), en su art. 12. Igualmente, el Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU., Airbus Operation, SL, y Airbus Helicopters España, SA (art. 41) manifiesta que «teniendo en cuenta la alta especialización que requieren las actividades inherentes al negocio aerospacial, lo que conlleva implícito largos periodos de adiestramiento, se acuerda estar a la duración máxima del contrato que establezca la normativa que resulte aplicable».

⁴² Véase, por ejemplo, el art. 14 del Acuerdo marco del sector de la pizarra; el art. 8 del Acuerdo de modificación y la actuación de las tablas salariales del IX Convenio colectivo nacional de enseñanza y formación reglada (BOE núm. 187, de 5 de agosto de 2022, p. 115254 y ss.); el art. 24 del Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE núm. 18, de 5 de agosto de 2022, p. 115263 y ss.); o el art. 15 del Convenio colectivo de ámbito estatal para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas.

Interesante asimismo es el caso del Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, que en su art. 8 establece que la duración máxima de estos contratos será en principio de un año, a expensas de que la Comisión Paritaria prevista en el convenio para analizar la problemática de la contratación en el sector considere que es aconsejable fijar una duración temporal inferior.

Curioso, cuanto menos, es a su vez, en este punto el Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas, en el que la posibilidad de extender la duración de estos contratos hasta el máximo legal se limita a la vigencia del presente convenio colectivo —cuestión que no ha de ser extraña, pues todo convenio colectivo con la finalización de su vigencia última la eficacia de su cláusulas—, y para ello se da una explicación que no es al uso: «La firma del texto del convenio colectivo se realizó el pasado 20 de diciembre de 2021. Es decir, antes de la aprobación del Real Decreto 32/2021, de 28 de diciembre de 2021. En este sentido y dadas las circunstancias previas, las partes alcanzan un acuerdo transitorio y de duración limitada consistente en la posibilidad de ampliar hasta un año el contrato por circunstancias de la producción» (D.T. 1.ª).

⁴³ A lo más, el silencio de los convenios en este punto se sustituye por un pronunciamiento expreso en favor de la duración de estos contratos hasta los tres meses referidos (véase en este sentido el art. 12 del IX Convenio colectivo del grupo Unide).

3.2. La gestión de la estabilidad en el empleo, y la contención de la temporalidad en la contratación, por la negociación colectiva

Como he señalado en páginas anteriores, uno de los aspectos centrales de esta reforma del régimen legal de la contratación de duración determinada tiene que ver con las medidas adoptadas por el legislador para convertir a estos contratos en modalidades excepcionales, al tiempo que promover la estabilización en el empleo de los trabajadores que, como consecuencia de este tipo de contrataciones, se encuentran en situación precaria. En este sentido, y a los efectos que aquí interesan, hay que apreciar que el legislador considera que esta labor, difícil por otra parte, no es solo suya —no es suficiente con reducir notablemente los supuestos en que estará justificado el recurso a la contratación de duración determinada o temporal e incrementar el régimen sancionatorio—, y de ahí la propuesta que realiza a las organizaciones sindicales y patronales para que, al nivel negociador que estimen oportuno, se impliquen en todo este asunto: fijando «planes de reducción de la temporalidad»; «criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa»; «criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición»; o «criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos» —cuestiones todas recogidas en el art. 15.8 ET como ya referí—.

A los criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos ya me he referido el epígrafe anterior, y no voy a reiterar lo dicho. Pero, ¿qué está haciendo la negociación colectiva en relación con las otras propuestas de acción contenidas en el art. 15.8 ET?

En primer lugar, habría que decir que existen convenios colectivos donde el tratamiento de todas estas cuestiones es inexistente, y por tanto, registran poca ambición, o escaso interés en implicarse, en la gestión de la siempre compleja cuestión de la contención de la contratación de duración determinada y la promoción de la estabilidad en el empleo de los trabajadores⁴⁴. De la misma ma-

⁴⁴ Este es el caso del XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas, o del Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios. En el ámbito empresarial, también es el caso del Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU.

Sin embargo, en algún caso la cuestión es que la entrada en vigor de la reforma de 2021 les ha sorprendido al final del proceso negociador y por ello si bien en el convenio colectivo se establece un régimen de contratación laboral, se acuerda igualmente que en el plazo de tres meses la empresa trasladará una propuesta de redacción final de dicho artículo —el 29 en este caso— para, por un lado delimitar la gestión de la contratación, y, por otro, facilitar los principios de la reforma laboral estableciendo «parámetros para el control de la contratación temporal indicando porcentajes de temporalidad con la flexibilidad necesaria de cara a afrontar pedidos de producción puntuales y el aumento del empleo estable» (Convenio colectivo de Bridgestone Hispania Manufacturing, SL (BOE núm. 131, de 2 de junio de 2022, p. 7504 y ss.).

nera que otros convenios se limitan a reproducir las previsiones de la ley sobre la adquisición de la condición de fijo de aquellos trabajadores que se encuentren vinculados a la empresa por un contrato de duración determinada vulnerando la legislación vigente —el art. 15.4 y 5 ET, fundamentalmente—⁴⁵.

Sin embargo, en algunos casos sí he encontrado planteamientos convencionales que considero de interés —aunque ya anticipo que no necesariamente los convenios colectivos están dando cumplida respuesta a la propuesta de acción realizada desde el art. 15.8 ET por el legislador—. Este es el caso de la decisión de constituir observatorios o comisiones dedicadas al estudio de la realidad laboral de cada sector, a efectos de determinar cuál es la mejor estrategia para alcanzar los objetivos planteados por la ley en esta materia⁴⁶. Estos observatorios y co-

⁴⁵ Véase el art. 11 del IX Convenio colectivo del grupo Unide, o el art. 14 del Acuerdo marco del sector de la pizarra; también el art. 15 del Convenio colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE núm. 181, de 29 de julio de 2022, p. 109786 y ss.).

En todo caso, a veces se encuentran formulaciones convencionales de efectividad relativa cuanto menos, como ocurre con la forma en que el Convenio colectivo del Grupo Rodilla aborda la cuestión del empleo y la contratación de trabajadores, al manifestar en su art. 8 que «al objeto de fomentar la competitividad, el empleo estable y la cohesión social, los firmantes del presente convenio colectivo suscriben en su integridad el contenido del Acuerdo para la Mejora y el Crecimiento del Empleo»... que es de 2006. Declaración que se completa expresando que: «La contratación de trabajadores/as se ajustará a las normas legales generales sobre empleo, comprometiéndose la empresa a la utilización de los diversos modos de contratación de acuerdo con la finalidad de cada uno de los contratos» ...no se espera otra cosa.

⁴⁶ Véase en este sentido, el art. 17 del Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización, donde se contempla la constitución de un «observatorio del empleo», con el objetivo declarado de «avanzar y profundizar en el conocimiento del sector, la situación del mismo, la cantidad de empleo que se genera», integrado por las organizaciones firmantes del convenio colectivo, y que elaborará «informes de la evolución del empleo», que se supone que, al menos, contribuirán a evaluar correctamente los compromisos adquiridos por las organizaciones firmantes del convenio —el observatorio no está previsto, al menos en este caso, que vaya más allá de la realización de análisis de situación—.

Igualmente, el Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas, donde al tiempo que se contempla la constitución de un «Observatorio sectorial estatal de industrias cárnicas» en un plazo máximo de tres meses (D.A. 8.^a) —con un planteamiento más incisivo de sus capacidades desde el momento en que se estima que su actividad puede contribuir a definir medidas en relación con el mantenimiento y la creación de empleo—, se prevé la constitución de una «Comisión Paritaria de Seguimiento del Empleo y las modalidades de contratación», cuya misión será «analizar y estudiar anualmente el comportamiento del empleo y las modalidades de contratación utilizadas en la industria cárnica a raíz del cambio normativo producido en esta materia durante la vigencia temporal del presente Convenio Colectivo», y que podrá dar lugar a que esta Comisión eleve a la comisión negociadora del convenio conclusiones e informes técnicos que puedan servir para futuros acuerdos (D.A. 10.^a). En sentido parecido, el Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos, prevé la constitución de una «Comisión paritaria sobre contratación», a efectos de «analizar la situación del sector y abordar la adaptación, de los cambios legislativos en materia de contratación a la realidad y necesidades del sector, al objeto de coadyuvar al mantenimiento del empleo y a la conversión de los contratos de duración determinada a contratos de tiempo indefinido», trabajo cuyas conclusiones podrán ser

misiones de estudio se estiman que darán fruto a medio y largo plazo. Pero, ¿y mientras tanto?

Pues mientras tanto, la negociación colectiva está adoptando medidas como las siguientes:

- a) Limitación convencional de la cuantía de contratos de duración determinada que pueden realizarse. En este sentido, generalmente lo que se hace es establecer un porcentaje último sobre el total de plantilla, oscilando el mismo en función del sector⁴⁷. En otros casos la contención de la contratación de duración determinada se perfila por contraposición al porcentaje mínimo que se considera admisible en el caso de la contratación indefinida y fija discontinua⁴⁸, formulándose en algunos casos de

trasladadas a la comisión negociadora del convenio colectivo, para tras su aprobación, incorporarlas al texto del mismo.

El Convenio colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024 (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022, p. 99888 y ss.) cuya D.A. 2.^a contempla la constitución de un «Observatorio sectorial de jardinería», entre cuyas funciones se encuentra el «análisis y evaluación de todos los temas que afecten al desarrollo del sector, en especial sobre las medidas legislativas que actúen sobre las condiciones laborales de las empresas y los trabajadores» y la «formulación de propuestas que contribuyan eficazmente a la mejora del sector».

El I Convenio colectivo de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, donde además de atribuir a la «Comisión Paritaria de Seguimiento del Empleo y las Modalidades de Contratación» las habituales funciones de estudio del sector, se le encomienda, en forma precisa, el estudio de «la adecuación de la duración temporal de la vigencia del porcentaje de fijeza establecido en el texto del convenio, así como de la vigencia de la ampliación a nueve meses de los contratos por circunstancias de la producción» (D.A. 4.^a).

⁴⁷ Así, el VI Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector cimitero (art. 10 A).3 establece que el número de trabajadores contratados bajo la fórmula del contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción para el incremento ocasional e imprevisible de la actividad, «no podrá ser superior al 7% de la plantilla de la empresa, entendiéndose por plantilla la media en cómputo anual de trabajadores que hayan prestado actividad laboral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de contratación». Limitación que, sin embargo, alcanza el 25% de la plantilla en el caso de los Acuerdos de modificación del VII Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (art. 17), si bien no se precisa cómo se calcula la plantilla en este caso, pero eso sí, se advierte que «si el porcentaje supone decimales, se redondeará por exceso».

⁴⁸ Es el caso del I Convenio colectivo de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, que contempla «un porcentaje mínimo de indefinidos (fijos y fijos discontinuos) del 80% a partir del 1 de enero de 2023 y hasta la fecha de finalización de la vigencia del convenio, en cómputo anual y a jornada completa» (art. 30).

No obstante, existen planteamientos de mayor complejidad, como el contenido en la Cláusula Adicional Décima del Acuerdo de modificación del V Convenio colectivo de la Compañía Logística Acotral, SA, y Acotral Distribución Canarias SA (BOE núm. 40, de 13 de junio de 2022, p. 81007 y ss.), donde, tras establecer que la empresa estará sometida a la obligación del mantenimiento del volumen de empleo indefinido, dispone que para ello «se tomará como referencia el número medio global habido en cada año natural y se comparará con el valor medio para el conjunto del año anterior, no pudiendo existir una diferencia de más de 4 puntos porcentuales en entre ellos y así sucesivamente. Para el año 2023 y 2024, dicho límite quedará establecido en el 2%.».

una forma más directa dicha limitación, con independencia de que concurran las causas que justifican la celebración de contratos de duración determinada: «No se podrán realizar contratos bajo esta modalidad, cuando exista personal fijo discontinuo con el mismo grupo profesional y especialidad en el puesto de trabajo vacante, sin ser llamados», cláusula convencional que, todo sea dicho, casa con el espíritu del ET en materia de contratación laboral.

- b) Establecimiento de bolsas de empleo, normalmente de carácter sectorial. En principio la idea es buena, la cuestión es, sin embargo, que las bolsas suelen constituirse para favorecer la promoción en el empleo, e inducir la estabilidad, de los trabajadores fijos-discontinuos, y no de los trabajadores con contratos de duración determinada⁴⁹.
- c) Valoración de la experiencia laboral adquirida, incluso en el marco de la contratación laboral temporal. A lo que me refiero en este caso es a que en ocasiones los convenios colectivos están realizando apuestas preferentes por contratar a quienes ya cuentan con experiencia laboral, aunque haya sido en forma no estable, sujeta a contratos de duración determinada. Expresivo de ello es la disposición del XXIII Convenio colectivo de contratas ferroviarias, que en su art. 11 establece que: «Se valorará para el ingreso, en igualdad de méritos, quienes hayan desempeñado o

Curiosa también es la fórmula planteada por el XXIII Convenio colectivo de contratas ferroviarias, donde el interés por cogestionar la contratación laboral lleva a establecer la siguiente fórmula jurídica (art. 13):

«Las Empresas, y siempre que se produzca aumento o disminución de la carga de trabajo, negociarán junto con la representación de los trabajadores/as, unitaria o sindical, las plantillas de los centros de trabajo afectados por dichas circunstancias.

Cuando dicha negociación no se efectúe por causa imputable a la empresa, fehacientemente requerida para llevar a cabo la misma, sin que esta haya atendido el requerimiento en un plazo prudencial de cinco días, esta vendrá obligada a mantener el mismo número de personas con contrato por tiempo indefinido hasta que dicha negociación se realice.

Cuando la causa sea imputable a la representación de los trabajadores/as, sindical o unitaria fehacientemente requerida para llevar a cabo dicha negociación, sin que esta haya atendido el requerimiento en un plazo prudencial de cinco días, la empresa quedará liberada de la obligación de la negociación y autorizada para la modificación de su plantilla sin necesidad del requisito establecido.

La comisión paritaria será la encargada de arbitrar por trámite de urgencia debiendo resolver en un plazo máximo de cinco días los conflictos que surjan en esta materia como consecuencia de las discrepancias habidas en la negociación.

No obstante, para los aumentos de ejecución inmediata, ambas representaciones, articularan los medios necesarios para garantizar el principio de equidad sin menoscabo de la ejecución inmediata del servicio encomendado».

⁴⁹ Véase el Acuerdo marco del sector de la pizarra (art. 15); el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (art. 25) que prevé, en lo que es un clásico en este sector, la constitución de una bolsa sectorial de empleo, de carácter provincial, a gestionar por la Fundación Laboral de la Construcción, integrada solo por trabajadores fijos-discontinuos.

desempeñen funciones en la empresa o empresas del sector con carácter eventual, interino o por cualquier otro contrato por tiempo determinado, contrato a tiempo parcial»⁵⁰. O la previsión del art. 12.3 del Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba), que establece que: «Cuando un mismo trabajador o trabajadora sea contratado bajo esta modalidad contractual [contrato eventual por circunstancias de la producción] durante un total mínimo de ciento veinte días en un periodo de doce meses, adquirirá la condición de personal eventual preferente».

- d) Establecimiento de elementos penalizadores de la contratación de duración determinada. Dos ejemplos en este sentido: a) en primer lugar, el Acuerdo de modificación del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción (art. 24.1) contempla que, una vez finalizado el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción por expiración del tiempo convenido, conforme a lo establecido en el art. 15.1 ET, el trabajador tendrá derecho a «percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por 100 calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio aplicable devengados durante la vigencia del contrato, y siempre y en todo caso, respetando la cuantía establecida en el citado artículo 49.1.c) del ET»; b) en segundo lugar, y entiendo que planteando una fórmula que resulta un tanto discutible, pues el efecto que genera es solo una mejora retributiva de los trabajadores que vienen prestando servicios en la compañía, el Acuerdo de modificación del V Convenio colectivo de la Compañía Acotral SA, y Acotral Distribución Canarias, SA (Cláusula adicional primera), establece que, en el caso de que la empresa no respete los límites del volumen de empleo indefinido establecidos en el propio convenio colectivo, «la Empresa abonará a los trabajadores en activo y con carácter retroactivo un 1% adicional sobre las retribuciones salariales abonadas por cada uno de los años de incumplimiento, el cual quedará consolidado en las tablas, al igual que en el resto de las cantidades económicas que se le aplicaría dicha revisión pero que no generarían atrasos».
- e) La identificación del trabajador fijo-discontinuo como trabajador favorito —circunstancia inducida por cierto desde el propio ET—. Ello es así cuando se observa la existencia de disposiciones convencionales como: a) la del Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (art. 12.3)

⁵⁰ En sentido parecido, el art. 7.2 del Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y mariscos para los años 2021-2024, establece que, en la contratación temporal, la empresa «deberá dar preferencia en lo posible en las reiteraciones de tales tipos de contratación a aquellos productores que ya hayan prestado servicios en la misma».

que dispone que, «no se podrán realizar contratos bajo esta modalidad [contrato eventual por circunstancias de la producción]», cuando exista personal fijo discontinuo con el mismo grupo profesional y especialidad en el puesto vacante sin ser llamados»; b) la del Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco para los años 2021-2024, en el que, atendiendo a los parámetros de actividad productiva irregular», y las «características de la actividad que viene marcada por una acusada aleatoriedad en el suministro de primeras materias», se concluye que «las partes consideran que la elasticidad que proporciona el personal fijo discontinuo se adapta perfectamente a las necesidades de la industria» (art. 7.3).

- f) El contrato de trabajo indefinido como meta. Un ejemplo de este planteamiento, de nuevo inspirado por la ley, pero que está empezando a calar cada vez más en la negociación colectiva: el art. 11, de nuevo del Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba), en el que se recoge el compromiso de las partes del convenio de analizar «cada año la evolución de las modalidades de contratación en la empresa, al objeto de determinar las acciones e iniciativas que promuevan unas políticas de recursos humanos tendentes a la adecuación de la contratación y transformación de la plantilla en contratos de carácter indefinido».

Por último, ¿qué decir de la gestión integrada del empleo a partir de la consideración de lo que establecen los arts. 11, 15 y 16 ET en relación con la consolidación del empleo indefinido? ¿Se está haciendo algo? Lo primero que hay que señalar es que ese planteamiento integrado que sugerí en páginas anteriores es solo una idea. De tal manera que los convenios colectivos consultados no parecen estar en esa línea, aunque sea una idea —una buena idea— no descartable a medio plazo.

En todo caso, de los convenios analizados me permito resaltar el VI Plan de empleo de Airbus Defence & Space, SA, Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters, SA., y que se incorpora como una suerte de anexo al convenio colectivo de este grupo empresarial. En dicho Plan se establece una pauta de comportamiento en materia de contratación laboral que resulta muy interesante. Así, el Plan contempla que:

- a) En primer lugar, se promocionarán los contratos formativos y, en especial, el contrato formativo para la adquisición de la práctica profesional, con el fin de fomentar el empleo joven.
- b) En segundo lugar, seguida o alternativamente a la utilización de un contrato formativo, cuando medie necesidad estructural, se usará, como regla general, el contrato indefinido.

- c) Finalmente, solo en el caso de que concurran «necesidades de carácter temporal», se podrán suscribir contratos por circunstancias de la producción, en los términos fijados por la ley.

Esta pauta de comportamiento en materia de contratación se acompaña, a su vez, de un conjunto de disposiciones convencionales adicionales que resultan de interés, como es el caso de:

- a) En el Plan se prevé tanto la constitución de una Comisión central de empleo, y de las correspondientes comisiones de centro de trabajo, con la misión específica de conocer previamente las necesidades de nuevos ingresos a las compañías, así como de las renovaciones de contratos, realizan, a su vez, un seguimiento de la contratación laboral temporal.
- b) La selección de los trabajadores candidatos a ingresar se realizará con la participación de los sindicatos «en vigilancia de los acuerdos suscritos».
- c) Se valorará la utilización de figuras como el contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial, en una correlación de un 40% de jornada ordinaria y un 60% de horas complementarias.
- d) Se crearán bolsas de personas candidatas al ingreso —como solución ante las exigencias de cualificación que demanda la cobertura de los puestos de trabajo en este grupo empresarial—, integradas por personas que acrediten capacitación para la ocupación de posibles vacantes, de tal forma que se acuerda que, aquellos trabajadores que ya hayan prestado servicios en este grupo empresarial, pasen automáticamente a integrar dicha bolsa, al tiempo que se buscará favorecer su incorporación.
- e) Respecto de los contratos temporales de obra y servicios determinados suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2021, que a la firma del convenio estén en vigor, se establece el compromiso de analizar y, en su caso, realizar una conversión ordenada a indefinido a partir de los criterios de conversión establecidos por el propio plan, y que maneja elementos como: i) la evaluación positiva del manager; ii) existencia de una «posición de carácter estructural que pueda ser cubierta por el empleado». Esta conversión se contempla que se produzca de forma progresiva y paulatina, en base a la fecha de inicio de la relación laboral, y a través de tandas periódicas de incorporación durante el periodo marzo a octubre de 2022, para lo que se fija un calendario orientativo.

4. Conclusión

El orden público laboral siempre ha sido un concepto de difícil aprehensión. De hecho, algunos de los juristas que se han acercado a su conocimiento han venido manifestando desde tiempo atrás que precisamente por su carácter vago,

impreciso y dinámico, el procedimiento para su identificación no podía ser sino indirecto, de forma que, partiendo de la «idea del interés general (como interés esencial de la sociedad, como valor superior y común, como principio clave de la organización social en relación con el específico ámbito laboral), dicho interés pueda concretarse en específicos valores o principios, la suma de los cuales da entidad y contenido a ese orden público laboral. Una relación de valores o de principios (a veces traducidos en normas y reglas) respecto de los que, de forma individualizada, hay que establecer y demostrar esa conexión con el interés general» (González Ortega, 2011:240).

En este sentido, se ha considerado que sería el contrato de trabajo unos de los elementos integrativos del referido concepto de orden público laboral. Para justificar dicha apreciación se ha expuesto que, «en la medida, pues, en que el contrato de trabajo es un tipo contractual que se basa en y expresa la desigualdad, el principio de protección del contratante débil se constituye en una parte esencial de la totalidad del ordenamiento laboral y, por ello mismo, del orden público laboral; que se manifiesta, además, no solo de forma activa sino, sobre todo, de manera prohibitiva, limitando un principio básico (valor también en cuanto contenido del orden público laboral) como es la autonomía individual frente a su titular en situación de inferioridad mediante reglas impeditivas de la disposición incondicionada de derechos».

De alguna manera, la reforma laboral de 2021, por lo que respecta al tratamiento jurídico de la contratación laboral de duración determinada, es expresión de esta concepción del contrato de trabajo como elemento integrante del orden público laboral. De hecho, en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021 en algún momento se plantea que dicha norma pretende «dar lugar a un marco normativo novedoso, descargado de lo que la práctica ha demostrado que no funciona, sobre el que sustentar un modelo de relaciones laborales más justo y eficaz», señalando como uno de los motores de dicha reforma «la recuperación de los derechos laborales y su garantía». En este contexto, y a efectos de «promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal», el legislador ha entendido —junto con los agentes sociales— que resultaba oportuna una intervención más incisiva de carácter legal que replanteara el espacio en el que puede desenvolverse la negociación colectiva⁵¹, afirmando el protagonismo de la ley a la hora de fijar su régimen jurídico, en lugar de continuar dejando al albur

⁵¹ Aunque tampoco debemos olvidar que la inexistencia de invocaciones específicas a la negociación colectiva no implica que la misma no pueda abordar todos aquellos aspectos del régimen legal de la contratación de duración determinada que la autonomía colectiva estime oportuna, pues como en algún caso se ha señalado, en materia de empleo, «los límites de la negociación colectiva son la imperatividad de la ley, el respeto al orden público laboral y las propias prohibiciones al respecto», de tal manera que cuando se remite a la negociación colectiva «no autoriza la negociación de las materias remitidas, sino que la incentiva» (Tarabini-Castellani Aznar, 2014: 331).

de esta la gestión ordinaria de la contratación temporal, vista la alta tasa de temporalidad y la elevada rotación laboral de nuestro mercado de trabajo, así como la necesidad de que este mercado ajuste más su comportamiento a las exigencias derivadas de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada.

Se dibuja, por tanto, un nuevo escenario al que la negociación colectiva deberá ajustar su dinámica de pactos y acuerdos, si bien, como en algún caso se ha señalado ya, se echa en falta una mayor implicación de esta negociación con la estabilización de la situación de los trabajadores en el mercado de trabajo, pues normalmente las invocaciones a la misma en la ley suelen tener un carácter opcional (Almendros González, 2022:375), no obligando a los negociadores a comprometerse con el establecimiento de criterios y medidas que promuevan la conversión de los contratos de duración determinada en indefinidos. En este sentido, parece que se sigue asumiendo que la estabilización del personal es una cuestión que compete básicamente al legislador, y ello no debería ser así. Aunque, por otra parte, tampoco podemos olvidar las limitaciones que registra el establecimiento de compromisos de empleo en sede de la negociación colectiva, circunstancia cuyo origen se ha radicado con acierto, aunque no sea el único motivo, en «las dudas que planean sobre su eficacia jurídica, sobre su carácter obligacional o normativo, y a los problemas derivados de inexigibilidad judicial de su cumplimiento»(Cardona Rubert, 2005:203)⁵².

En todo caso, y desde la perspectiva del régimen de la negociación colectiva en materia de contratación de duración determinada, nuevamente hay que lamentar un tratamiento poco riguroso de las invocaciones a la misma⁵³, pues si unas veces las remisiones se realizan a la «negociación colectiva», en otros casos lo son a los «convenios colectivos», o al «convenio colectivo sectorial». De la misma manera, también hubiera sido interesante un tratamiento integrado del acceso de los trabajadores temporales, o que no tienen una vinculación indefinida, a dicha condición, de forma que en un único precepto se hubiera abordado la cuestión de la capacidad de los convenios colectivos para establecer criterios y medidas que favorezcan la estabilidad en el empleo.

⁵² En todo caso, y para una mayor profundización en esta problemática, remito a las consideraciones realizadas por Costa Reyes (2020:205-220) en relación con los límites jurídicos que, con carácter general, registran hoy día los compromisos de empleo en la negociación colectiva.

⁵³ No obstante, también hay que dar cuenta de la actuación, en aras de la seguridad jurídica, que ha supuesto la reforma del art. 84.2 d) ET por el posterior Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, donde a efectos de evitar futuros conflictos interpretativos, que pudieran cuestionar el protagonismo de los convenios colectivos sectoriales en materia de contratación, se ha eliminado la referencia a que los convenios colectivos de empresa tendrán prioridad aplicativa en relación a la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley «a los convenios colectivos», sustituyéndola por una referencia explícita, que ya existía antes de la reforma de 2021, a los «convenios de empresa».

Con todo, no debemos ver la botella medio vacía, sino medio llena, pues como el análisis de la negociación colectiva más reciente nos ha permitido establecer en páginas anteriores, la autonomía colectiva está generando —o más bien continúa generando— prácticas que deberían ser tomadas en consideración a los efectos de lo que es la promoción del trabajo indefinido y una gestión más racional, desde esta perspectiva, de los contratos de duración determinada. Particularmente interesante es la dinámica que puede derivarse de la actividad desplegada por los observatorios de empleo y las comisiones paritarias constituidas para profundizar en el conocimiento de las dinámicas de empleo y contratación en los distintos sectores de actividad. Los análisis y estudios que generen deberían inducir una toma de decisiones en el ámbito de la autonomía colectiva más incisiva y racional en relación con la gestión ordinaria de la contratación laboral de duración determinada, toda vez que, con más fuerza que nunca posiblemente, se ha afirmado por el legislador el principio de que, en el mercado de trabajo español, la relación de trabajo de carácter indefinida ha de ser la regla general, en tanto el contrato de trabajo de duración determinada ha de ser la excepción. Desde esta perspectiva, considero que también sería deseable una respuesta unitaria e integrada por parte de la negociación colectiva a la forma en que los titulares de contratos de duración determinada, contratos formativos, y los que trabajan en la modalidad fijo-discontinua, van a poder acceder a la condición de trabajadores con contrato indefinido.

En relación con esta última cuestión, coincido con quienes en fechas recientes han puesto el acento en que se dé un desarrollo efectivo de la negociación colectiva sectorial, a la hora de establecer planes efectivos de reducción de la temporalidad (Lahera Forteza, 2022:95-96), para lo que sería de inestimable ayuda el que los agentes sociales volvieran a concertar un nuevo Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva, que estableciera un conjunto de criterios sobre la forma en que la negociación colectiva⁵⁴, en sus distintos niveles, puede afrontar la gestión de la estabilidad en el empleo. Especialmente interesante es, desde esta perspectiva, la articulación que pueda formularse entre la negociación colectiva sectorial y la de empresa, de forma que se establezcan criterios de racionalidad en una cuestión que cabalga entre la indefinición de legislador a la hora de identificar la unidad comercial donde preferentemente se debe atender a la regulación de determinados aspectos de la contratación de duración determinada, y la previsión del art. 84.2 d) ET, que reconoce la preferencia aplicativa de los convenios de empresa frente a los de ámbito superior, en relación

⁵⁴ Cruz Villalón (2022: 64-65), entre otros, se ha pronunciado precisamente sobre la oportunidad de la firma de un acuerdo de estas características. Como es sabido, el último Acuerdo Interconfederal (IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva) data de julio de 2018, y, salvo por una referencia al interés de los firmantes del mismo por recuperar el contrato de relevo en términos reconocibles para los intereses de los interlocutores sociales, será recordado por su escasa atención a las cuestiones relacionadas con la gestión del empleo y la lucha contra la temporalidad.

con la «adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa»⁵⁵.

5. Bibliografía citada

- ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, «Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral», *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, 366-385.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, «Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario O (dedicado a la reforma laboral 2021), 2022, 43-57.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- CABERO MORÁN, Enrique, «La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad», *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, «Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis», *Revista de Derecho Social*, núm. 98, 2022, 39-56.
- CARDONA RUBERT, Belén, «Cláusulas de empleo», en ALBIOL MONTESINOS, Ignacio (Dir.), *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, CCNCC-MTAS, Madrid, 2005, 203-222.
- COSTA REYES, Antonio, «La negociación colectiva y el empleo. Límites y eficacia de las cláusulas de empleo, un problema no resuelto», en SAEZ LARA, Carmen y NAVARRO NIETO, Federico (Coords.) *La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del siglo XXI*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2020, 187-229.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia», *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, 11-66.
- DE VAL TENA, Ángel Luis, «El contrato temporal fijo de obra en el sector de la construcción: límites al encadenamiento de contratos y sucesión de empresa. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19)», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 1, 2021, 143-155.
- GARCÍA BLASCO, Juan, «La contratación laboral en la reforma legal de 2012: entre el estímulo de la contratación indefinida y la preocupación por el empleo», *Documentación Laboral*, núm. 95-96, 2012, 7-24.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «El orden público laboral», en GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, GARCÍA MURCIA, Joaquín y ELORZA GUERRERO, Fernando (Coords.), *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social. (Libro homenaje al profesor Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez)*, Sevilla: CARL, 2011, 225-238.
- LAHERA FORTEZA, Jesús, *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, 2022, Valencia.

⁵⁵ De hecho, para Lahera Forteza (2022:97) mientras no se diseñe un modelo convencional sectorial en esta materia, la negociación colectiva de empresa podría perfectamente ocupar este espacio, pues, a su juicio, «lo contrario, aceptar el vacío regulador, va en contra del objetivo de la propia reforma».

- LÓPEZ GANDÍA, Juan, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2021*, 2022, en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/situacion-mujeres/Mujeres-y-Mercado-de-Trabajo-2021.pdf
- NAVARRO NIETO, Federico, «El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada», *Diario La Ley*, núm. 9441, 2019.
- NAVARRO NIETO, Federico, «El contrato temporal de sustitución», *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, 133-154.
- PALOMO VÉLEZ, Rodrigo Ignacio, «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la contratación temporal en España y su eficacia», *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2018, 87-121.
- PASTOR MARTÍNEZ, Alberto, «La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 152, 2022, 21-43.
- RIVERO LAMAS, Juan, «Los espacios de la ley, la negociación colectiva y el contrato de trabajo en la regulación de las condiciones de trabajo», *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 2, 1994, 109-136.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Avanzando soluciones frente a la temporalidad en el empleo en el sector de la construcción: el “contrato indefinido adscrito a obras”», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 3, 2022, 88-141.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, «Aportación de la negociación colectiva a la regulación de las modalidades de contratación», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997, 165-176.
- RUESGA, SANTOS Miguel, y VIÑAS, Ana Isabel, «La reforma laboral de 2022 en perspectiva económica», *Labos*, Vol. 3, núm. 1, 2022, 153-179.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, «Lectura y relectura de la reforma laboral de 2021», *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, «Entre la liberalización y el control: la negociación colectiva sobre contratos temporales estructurales», en Escudero Rodríguez, Ricardo (Coord.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 180-233.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita, *Empleo en la negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2014.

LA VIGILANCIA DE LA SALUD LABORAL Y EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR

*Monitoring of occupational health and the right to confidentiality
of the worker's personal data*

RUBÉN LÓPEZ FERNÁNDEZ*

Universidad de Murcia, España

RESUMEN

La vigilancia de la salud laboral continúa siendo un terreno controvertido para la disciplina de la Prevención de Riesgos Laborales. Su dispersión normativa y su conflictividad, unidas a un desconocimiento generalizado por parte del empresariado español, levantan no pocas dudas aplicativas a las que conviene dar respuesta: qué reconocimientos médicos son obligatorios y cuáles no; en qué actividades profesionales, en qué momentos de la relación laboral y con qué periodicidad se deben realizar o, al menos, ofrecer por parte de la empresa; qué consecuencias puede traer a un trabajador el negarse a someterse a uno de los que se consideran obligatorios; qué implica una declaración de inaptitud; cómo se gestiona la fricción entre la seguridad laboral de la colectividad y el derecho a la intimidad del trabajador. Interrogantes todas que ya ha resuelto el propio legislador, aunque de manera parca y desperdigada, y adonde no ha llegado este lo viene haciendo la doctrina judicial. A la exposición de estas cuestiones se dedican las páginas siguientes, abordando someramente los supuestos de consumo de alcohol y drogas en el trabajo.

Palabras clave: vigilancia de la salud, reconocimientos médicos, protección de datos personales, consumo de drogas.

ABSTRACT

Surveillance of occupational health continues to be a controversial topic regarding the field of Occupational Risk Prevention. Its regulatory dispersion and divisiveness, together with a widespread lack of knowledge among the Spanish business community, raise many doubts such as determining which medical examinations are mandatory and which are not, and the professional activities where they are compulsory; establishing the moment and the frequency to be carried out, at least, offered by the company; knowing the consequences for a worker who refuses to submit to a mandatory examination; and, eventually, clarifying how to manage the balance between the job security of the community and the worker's right to privacy. All these questions have already been solved by the legislator himself, albeit in a sparse and scattered manner, and where he has not given an answer, the judicial doctrine has been doing so. The following pages are dedicated to exposing these issues, paying attention to cases of alcohol and drug use at work.

Keywords: health surveillance, medical examination, personal data protection, alcohol and drug use.

* **Correspondencia a:** Rubén López Fernández. Avenida de Europa, 73, puerta 8 (30500 Molina de Segura-Murcia). — ruben.lopez1@um.es — <https://orcid.org/0000-0002-0152-5840>

Cómo citar: López Fernández, Rubén. (2022). «La vigilancia de la salud laboral y el derecho a la confidencialidad de los datos personales del trabajador»; *Lan Harremanak*, 48, 92-115. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23878>).

Recibido: 05 septiembre, 2022; aceptado: 02 noviembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

La vigilancia de la salud de los trabajadores, en todo lo atinente al desempeño de sus funciones, es un tema clásico en la materia de prevención de riesgos laborales. Así lo corrobora el elenco de normas internacionales, comunitarias e internas que vienen a regular una cuestión tan concreta, aunque con tantas implicaciones constitucionales y de orden social. Desde la ya lejana aparición de la LPRL, en 1995, uno de sus aspectos más controvertidos es la obligatoriedad o no de que ciertos empleados realicen un reconocimiento médico, su alcance y las repercusiones que pueden derivarse de los resultados, así como de la no realización en los supuestos en que estos sí se consideren preceptivos.

La temática sigue generando conflictividad, quizá por no venir regulada en una norma de desarrollo destinada específicamente a tal fin, en la que se establezca el sentido en el que han de resolverse sus múltiples vericuetos a propósito de cada actividad laboral y de la tipología de los trabajadores en cuestión. Al contrario, sus líneas maestras vienen salpicadas —con profundidad escasa— en distintas normas, las cuales se podrían sintetizar en: el art. 14 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio¹, el art. 22 LPRL, el art. 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención² y los arts. 243 y 244 LGSS.

Como se sabe, la complejidad de la cuestión reside en que, a este punto, colisionan dos derechos protegidos constitucionalmente, como son el derecho a la intimidad del trabajador, de un lado, y a la seguridad y salud laboral del propio empleado y de terceras personas, de otro. Ello sin perder de vista las preocupaciones añadidas en torno al uso que pueda hacer el empresario de los datos médicos, o el hecho de que la declaración como no apto de un operario mediante reconocimiento médico pueda revestir causa justificativa de despido objetivo³, cuando no sea posible adaptar su puesto de trabajo o reubicarle en otro compatible con su estado.

En el plano comunitario, el mencionado art. 14 Directiva Marco establece desde 1989 que, en lo referente a promover la mejora de la seguridad y salud laboral, se garantizará una «adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos» al puesto en cuestión, para lo cual se fijarán medidas de «conformidad con las legislaciones y los usos nacionales (...) que permitirán que cada trabajador, si así lo deseara, pueda someterse a una vigilancia a intervalos regulares». De la redacción —bastante superficial— de lo hasta aquí reproducido se desprende ya la voluntariedad de los reconocimientos médicos

¹ La conocida como Directiva Marco, en materia de seguridad y salud laboral.

² Aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero. En adelante RSP.

³ «Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa» (art. 52.a ET).

como mandato general, base sobre la que pivota toda la regulación interna, y el carácter periódico de su realización. La ubicación del precepto llama la atención, en tanto que viene en la Sección IV de la Directiva, dedicada a «disposiciones varias», cuando *a priori* parecería más lógico encontrarlo en la Sección II sobre «obligaciones de los empresarios». Tal vez se quisiera de este modo destacar el aspecto de su voluntariedad, marcando así diferencia con las disposiciones de obligado cumplimiento recogidas en dicha Sección II (Lousada y Núñez-Cortés, 2016: 14). En cambio, el legislador español prefirió configurar su régimen jurídico en torno a la obligación empresarial de practicar la vigilancia de la salud, aunque haciendo a esta compatible con la libertad de la persona trabajadora para someterse o no a reconocimientos médicos allí donde tenga derecho a decidir⁴.

Bajando ya a la normativa interna, es el art. 22 LPRL el que traspone en esencia al recién referido art. 14 Directiva Marco, en los términos que más adelante se verán. Aquel, en conjunción con los otros preceptos mencionados más arriba, completa una regulación que presenta significativas dificultades de interpretación y numerosas dudas de implementación práctica, seguramente por estarse ante una cuestión en la que aparecen solapados tantos bienes constitucionales —el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, a la dignidad, a la intimidad, a la protección de los datos personales—. Y a intentar analizar la polvareda que levanta tan compleja convivencia se van a dedicar las páginas que siguen.

2. La regulación de la vigilancia de la salud: entre su vocación prevencionista y el respeto a los derechos fundamentales

La cara prevencionista de la vigilancia de la salud laboral es su perspectiva de más tradición⁵. El punto 1 del art. 14 LPRL, después de afirmar que los trabajadores tienen derecho a «una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo», establece que la vigilancia de la salud, en los términos previstos por la Ley, forma parte de esa protección eficaz. En el mismo sentido, el apartado 2

⁴ Distinto signo se desprende, por la obligatoriedad de los reconocimientos, de lo dispuesto en otras Directivas como la 82/605/CEE, de 28 de julio, sobre exposición al plomo metálico y a sus componentes iónicos durante el trabajo; la 83/477/CEE, de 19 de septiembre, sobre exposición al amianto durante el trabajo; la 92/91/CEE, de 3 de noviembre, sobre industrias extractivas por sondeos; o la 92/104/CEE, de 3 de diciembre, sobre industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas.

⁵ Siendo la única existente en la normativa que vino a derogar la LPRL, en tanto que aquella no contemplaba el principio de voluntariedad, ni mencionaba siquiera el derecho a la intimidad de los trabajadores. De esta manera, la mayoría de los reconocimientos médicos resultaban obligatorios. Ello puede observarse en el RD 1036/1959, de 10 de junio, sobre servicios médicos de empresa, y en la Orden, de 21 de noviembre de 1959, por la que se aprobó el Reglamento de los servicios médicos de empresa.

dice, por su parte, que la vigilancia de la salud constituye una de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la genérica deuda de seguridad que pesa sobre el empresario en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Se aprecia, pues, una clara semejanza con este precepto en el art. 22 LPRL, en tanto que se redacta en similares términos a los que el legislador emplea para construir el deber general de protección empresarial⁶. Lo cual no puede ser de otro modo, habida cuenta de que la figura objeto de estudio se encuentra en conexión inmediata con el mandato de los poderes públicos para velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE) y —siendo esta algo más mediata— también con el derecho a la vida y la integridad física de las personas (art. 15 CE).

El carácter generalista del deber empresarial de vigilar la salud laboral se proyecta en dos aspectos concretos. El primero surge de la utilización del verbo «garantizar» por parte del legislador y consiste en que la empresa viene obligada, cuando menos, a ofrecer la realización de los reconocimientos médicos. Deberá ser la persona trabajadora quien, en virtud de lo que ha dado en llamarse principio de voluntariedad, acepte o renuncie a su derecho, salvo que se esté ante alguno de los supuestos excepcionales. En caso de que el operario rehúse su realización, la empresa hará bien en recogerle mediante formato escrito una renuncia expresa, firmada y fechada, dejando así constancia de que aquel tiene conocimiento de tal derecho y libremente renuncia. Ello para poder acreditar el cumplimiento de este deber frente a ulteriores requerimientos por parte de la Inspección de Trabajo, u otros organismos o empresas. Diferente dinámica rige para los supuestos en los que la práctica del reconocimiento médico es obligatoria —los cuales se analizarán con detenimiento *infra*—, por cuanto el empleador deberá imponer su realización en virtud del poder disciplinario que le asiste y en aras de no incurrir en las distintas responsabilidades que se pueden derivar del no cumplimiento de esta obligación preventiva⁷. Y el segundo aspecto viene en relación con la no especificación de las pruebas a realizar. En efecto, el art. 22 LPRL solo habla de «reconocimientos o pruebas» o «medidas de vigilancia y control», pareciendo dar por sentado así que la prueba por antonomasia de la vigilancia de la salud laboral ha de ser el reconocimiento médico. Eso sí, sin descartar la posibilidad de realizar otras. Más precisa se antoja la redacción ofrecida por el RSP, en su art. 37.3.c, al versar sobre «exámenes de salud» y comprender en todo caso una historia clínico-laboral, con «los datos de anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios».

Pero una lectura completa del art. 22 LPRL arroja que la cara preventivista de la vigilancia de la salud laboral casi se agota con la afirmación de que el

⁶ Al afirmar que el empresario debe garantizar «a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo».

⁷ Desde sanciones administrativas graves hasta delitos de resultado, pudiendo además compatibilizarse estas o aquellas con indemnizaciones civiles y recargos de prestaciones.

empresario «garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo»; mientras que su cara garantizadora de derechos fundamentales emerge con hasta cuatro concreciones (Lousada y Núñez-Cortés, 2016: 2016). A saber:

1. La voluntariedad, establecida con carácter general, en la medida en que la vigilancia «solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento». Como se sabe —y se tendrá oportunidad de recordar más adelante—, se prevén excepciones por las que los reconocimientos médicos pasan a ser obligatorios.
2. La proporcionalidad en las pruebas a practicar, pues estas deben adecuarse a «los riesgos inherentes al trabajo», ser «proporcionales al riesgo», y buscar siempre la causación de «las menores molestias al trabajador».
3. La igualdad/indemnidad, por cuanto los resultados de los reconocimientos «no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador».
4. Y la confidencialidad de los datos médicos, solo accesibles al personal y las autoridades sanitarias. No así al empresario, u otros, «sin consentimiento expreso del trabajador».

3. El tiempo de la vigilancia de la salud

Las implicaciones que el tema analizado puede tener en términos temporales son diversas. No obstante, solo algunas de estas serán abordadas aquí —y a vue-lapluma— por evidentes motivos espaciales y por no tratarse de un aspecto central para el objeto de estudio. Así, se van a referir dos cuestiones a este respecto: de un lado las repercusiones derivadas del mandato de que el ejercicio de este derecho/deber no puede suponer ningún coste al empleado; de otro, los distintos momentos en que deben realizarse reconocimientos médicos.

El art. 243 LGSS dispone que los reconocimientos serán «a cargo de la empresa», y que esta abonará, de haber lugar a ellos, los «gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa pueda [el trabajador] dejar de percibir». Ello en clara consonancia con lo establecido en el art. 14.5 LPRL en cuanto a que el coste de las medidas preventivas «no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores». Con apoyo en estos dos preceptos, la jurisprudencia ha considerado como tiempo de trabajo el dedicado a la realización de reconocimientos médicos de empresa⁸, incluyendo a estos efectos también los desplazamientos

⁸ Muy ilustrativa resulta la STSJ de Andalucía/Granada, de 16 de noviembre de 2005 (Rec. 2498/2005), en la que, después de recordar que la deuda empresarial de seguridad abarca también a la vigilancia de la salud, dispone que la gratuidad para el trabajador es propia de todas las me-

necesarios para el desempeño de los mismos⁹. Naturalmente, si la empresa utiliza unidad móvil no hay desplazamientos que devengar. Y con parecida lógica se razona cuando el tiempo empleado en la prueba de salud excede de la jornada ordinaria, debiendo abonarse la hora de exceso como extraordinaria.

En lo atinente a los distintos momentos en que han de practicarse los reconocimientos, el art. 37.3.c RSP va mucho más allá de la escueta referencia a la periodicidad del art. 22.1 LPRL. A saber:

1. Una evaluación inicial después de la incorporación al trabajo o de la asignación de tareas específicas que representen nuevos riesgos para la salud: La redacción del precepto es desafortunada, al hablar de un examen de salud «después de la incorporación al trabajo», lo cual debe entenderse como inmediatamente posterior a la contratación y, siempre, anterior al inicio de los trabajos (San Martín, 2004: 199).
2. Una evaluación a quienes reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con el propósito de descubrir sus posibles causas profesionales y recomendar una acción protectora apropiada: No obstante, si la dolencia causante de la baja reviste un «claro origen común» no será preceptivo realizar estas pruebas de salud, para no suponer una molestia evitable al empleado (García y González, 1996: 218).
3. Una vigilancia a intervalos periódicos: No se especifica ni aquí ni en el art. 22 LPRL la concreta periodicidad a la que ha de estarse. Ahora bien, puesto que el art. 9.3 RSP maneja la anualidad como referencia temporal básica, también se empleará el año como pauta más usual a efectos de la realización genérica de reconocimientos médicos.

Además de los recién expuestos, se pueden sacar hasta cuatro supuestos temporales más no contemplados por esta norma, y que sería bueno el legislador

didadas que se hayan de adoptar en aras de la seguridad e higiene laboral. Gratuidad esta que debe ser «entendida en un sentido amplio, que incluso podría trascender del mero campo de lo económico, pero que desde luego ha de significar que el trabajador no sufra perjuicio alguno por la realización de estos reconocimientos, uno de los cuales es sin duda la permanencia a disposición de la empresa fuera de la jornada si en horario distinto a la misma se practican los reconocimientos. Si estos se llevan a cabo (...) fuera de la jornada, ese tiempo ha de considerarse como parte de la misma y soportar su coste el empresario, lo que puede traducirse en una reducción correspondiente de la misma».

Más recientemente, la SAN de 2 de marzo de 2020 (Rec. 279/2019) considera que los reconocimientos de carácter voluntario también se han de realizar dentro de la jornada laboral o, subsidiariamente, reconocerse como tiempo de trabajo efectivo. A este punto, la sentencia afirma que el principio de gratuidad impuesto por la LPRL debe interpretarse «no solo desde el punto de vista económico, sino también social», al objeto de que se traduzca ello en una mínima injerencia en la esfera personal del empleado, también en términos de horario.

En mismo sentido, las SSTSJ del País Vasco, de 9 de enero de 2018 (Rec. 2375/2017) y de 4 de noviembre de 2014 (Rec. 2034/2014).

⁹ Véase, por ejemplo, la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 4 de junio (Rec. 1425/1999).

agrupara expresamente de alguna manera. El primero de ellos es la obligación de practicar reconocimientos médicos previos a la incorporación para aquellos colectivos profesionales a los que así venga dispuesto por una norma legal o reglamentaria. El ejemplo por antonomasia sería el art. 243 LGSS, al imponer «un reconocimiento previo a la admisión de los trabajadores» que ocupen puestos susceptibles de generar una enfermedad profesional. Se trata, pues, de un tipo temporal que abarca múltiples supuestos, en la medida en que deben realizarse para todas las actividades vinculadas a alguna enfermedad listada por el cuadro del Anexo I del RD 1299/2006¹⁰.

El segundo supuesto son los solicitados por los operarios cuando experimentan una alteración de salud que consideran relacionada con el trabajo. Pese a no contemplarse expresamente en norma alguna, estos reconocimientos médicos deben entenderse como un verdadero derecho con base en los arts. 15 y 40.2 CE y 14 LPRL. A este punto, la labor central del médico actuante debe consistir en dilucidar si las alteraciones de salud referidas por la persona trabajadora tienen vínculo con el puesto desempeñado por cuenta ajena para, en caso afirmativo, realizar una evaluación y aplicar las medidas correctoras que correspondan sobre el agente causante (Toscani, 2012: 17-61).

Otro supuesto viene dado por la aplicación de normas concretas sobre reconocimientos médicos en ciertas actividades, en tanto que estas —al margen de los previos al inicio de los trabajos— pueden establecer periodos especiales. Sirva de ejemplo el RD 286/2006¹¹ cuando, en su art. 11.2, establece la obligación de practicar controles de la función auditiva con una periodicidad de 3 o 5 años, en función de si se sobrepasan los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción o solamente los valores inferiores. O el *Protocolo de vigilancia sanitaria específica para amianto*, aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, al establecer una obligación bienal para los trabajadores que estén o hayan estado expuesto al amianto en el desarrollo de sus funciones.

El cuarto y último supuesto temporal viene recogido en el art. 22.5 LPRL, el cual señala que allí donde «la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen». Se trata de los llamados reconocimientos post-ocupacionales. Puede servir de ejemplo otra vez la normativa específica sobre amianto, concretamente el Reglamento sobre trabajos con riesgo de amianto¹². Como se sabe, en tanto la empresa solo es garante

¹⁰ De 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

¹¹ De 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido.

¹² Aprobado por Orden de 31 de octubre de 1984.

de la seguridad de los trabajadores «a su servicio», estas pruebas corren a cuenta del Sistema Nacional de Salud.

4. El principio de voluntariedad y la amplitud de sus excepciones

4.1. Distintas aristas en la nueva casuística: Grupo PRISA vs Altrad

El art. 22 LPRL, inmediatamente después de afirmar que la figura empresarial debe garantizar la vigilancia de la salud de sus empleados, establece que esta «solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento». De este modo configura una suerte de principio de voluntariedad —en términos generales— respecto de la práctica de los reconocimientos médicos. El fundamento último de este principio descansa en los derechos fundamentales ya comentados, y se traduce en que el operario es a priori libre para decidir si se somete o no a las pruebas médicas consintiendo, en caso afirmativo, analíticas y exploraciones sobre su cuerpo. Así, el legislador de 1995 puso en cuestión la supremacía de la salud sobre otros derechos como la dignidad o la intimidad y, apoyándose en la libertad individual del ser humano, dejó atrás a este respecto la concepción paternalista de la salud como un bien innegociable (Goñi, 1999: 11).

Sin salir del mismo art. 22 LPRL, y a propósito de los reconocimientos voluntarios, se desprende una serie de requisitos necesarios para que el consentimiento obrero sea eficaz. Consentimiento este que ha de ser informado, personalísimo, específico y revocable (Lousada y Núñez-Cortés, 2016: 51), y en cuyos caracteres se va a detener este estudio en las páginas siguientes.

4.2. El consentimiento del trabajador

Así las cosas, el empleador debe ofrecer la posibilidad de realizar el examen de salud y el trabajador tiene la potestad de elegir si se somete o no, accediendo en su caso a intromisiones en su esfera corporal en forma de exploraciones y analíticas (Bernardo, 2002: 1149-1166). El consentimiento es, pues, *conditio sine qua non* para poder practicar cualquier medida de vigilancia de la salud, excepción hecha de los supuestos obligatorios.

La doctrina mayoritaria, en ausencia de precisión alguna, apunta a que la forma de este consentimiento es tácita. Basta por tanto con que la empresa ofrezca el reconocimiento médico y el operario se presente a la hora y en el lugar indicados para que este se presuma, sin necesidad de que se dé una comunicación afirmativa por escrito.

El consentimiento ha de estar informado, esto es, que quien lo presta debe haber dispuesto de una información rigurosamente exacta y objetiva, versando esta sobre todos los aspectos que en relación con la intimidad y la salud del con-

sentidor se vayan a poner al descubierto en la prueba médica. De manera que solo puede considerarse cumplido este extremo si el médico proporciona una explicación sencilla y adaptándose a la capacidad de comprensión de la persona trabajadora. En caso contrario habrá de concluirse la invalidez del consentimiento y, por extensión, la arbitrariedad de las pruebas realizadas. A este respecto, la STC de 15 de noviembre de 2004 (Rec. 1322/2000), paradigma de las cuestiones abordadas en el presente apartado, distingue entre casos en los que la práctica de los reconocimientos exige la necesidad de información expresa y otros en los que no; siendo aquellos los que siguen:

- a) Cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, esto es, (...) incidan en el pudor o el recato corporal de la persona.
- b) ... pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquella forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad.
- c) Cuando las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad de la normativa de la vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo.

Entiende la sentencia que está ante uno de aquellos, porque en el supuesto sobre el que se pronuncia se realizaron pruebas que, no afectando a la intimidad corporal, sí tenían como objeto la obtención de datos sensibles en la medida en que el consumo de drogas encaja con el segundo de los supuestos recién expuestos en nota al pie, por cuanto «provoca a menudo un juicio social de reproche en sectores significativos de la comunidad». La empresa, por tanto, hubiera debido informar de las pruebas a realizar, su alcance y la finalidad perseguida con las mismas. El incumplimiento de lo anterior podría suponer la nulidad de los despidos fundamentados en una ineptitud revelada por un examen de salud consentido, allí adonde la información recibida no hubiera sido estricta; tal cual ocurrió con los hechos analizados por la sentencia.

El consentimiento se otorga específicamente para un reconocimiento, es decir, que cada vez que se vaya a realizar un examen médico el trabajador tiene que prestarlo a tal efecto, así como para cada prueba concreta a realizar en el marco de dicho examen. Por tanto, el consentimiento a una genérica vigilancia de la salud no es suficiente ni justifica que se puedan realizar cuantas pruebas se quiera, pues el operario debe encontrarse en una posición adecuada para aceptar o rechazar su sometimiento (García y González, 1996: 203).

El consentimiento, claro está, es personalísimo si se atiende a la literalidad del art. 22 LPRL, por cuanto afirma que la vigilancia solo podrá llevarse a cabo cuando «el trabajador» así lo preste. Lo concede el trabajador en cuestión y no otra persona, salvo que se trate de menores de edad e incapaces que además presenten unas condiciones de inmadurez palpables (art. 3.1 Ley Orgánica 1/1982,

de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

Por último, el consentimiento tiene carácter revocable. Podrá, pues, con base en distintos preceptos sanitarios, revocarse en cualquier momento antes de la realización de la prueba (Cavas, 2004: 1-8; Pedrosa, 2005: 101). Ello sin que se derive responsabilidad alguna sobre la persona del trabajador, libremente, y sin necesidad de alegar causa. La negativa del operario a realizar un control sobre su estado de salud, *a posteriori* de haber expresado su consentimiento, no puede acarrearle bajo ningún concepto responsabilidad laboral.

4.3. Las excepciones a la voluntariedad de los reconocimientos médicos

El derecho del operario a realizar un examen médico pasa a ser deber cuando concurre alguna de las tres excepciones que dispone el art. 22.1 LPRL. Se trata de los supuestos en que:

... la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

De esta manera, el derecho a preservar la intimidad personal cede frente al derecho de los demás que pudieran verse afectados por un hipotético estado patológico del trabajador en cuestión, y frente al derecho de la empresa a tener conocimiento de estas situaciones susceptibles de generar riesgos añadidos para cuantos desempeñan laborales en su centro de trabajo. (Pérez de los Cobos y Thibault, 2008).

Pero si la norma general es la voluntad del empleado, las excepciones a este mandato deben entenderse de manera restrictiva, no aplicándose a supuestos o momentos distintos de los expresamente comprendidos en ellas. Dándose lo anterior, la STS de 28 de diciembre de 2006 (Rec. 140/2005) interpreta que la obligatoriedad se convierte en regla general, siempre que se respete la dignidad y confidencialidad a que se refiere el art. 22 LPRL en sus puntos 2 y 4 y se tenga el estricto objeto de controlar la salud de los empleados en función de los riesgos del trabajo concreto. Siendo ello de tal manera que el exceso del reconocimiento respecto de su finalidad objetiva o de las circunstancias descritas, salvo consentimiento expreso del afectado, supondría una intromisión ilegítima en la intimidad personal (Lousada y Núñez-Cortés, 2016: 64-65).

Si se atiende a la tercera de las excepciones —esto es, a la obligatoriedad cuando «así esté establecido en una disposición legal en relación con la protec-

ción de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad»—, los supuestos de más trascendencia vienen sin duda por mediación del art. 243 LGSS, en donde, como ya se ha dicho, se establece que todas las empresas que hayan de cubrir puestos con riesgo de enfermedad profesional están obligadas a practicar reconocimientos, previos y periódicos, conforme a lo que dicte el Ministerio de Trabajo (apartado 1). Se está, pues, ante una norma en blanco que cabe entender en forma de remisión al RD 1299/2006. Y es esa condición de norma en blanco la que puede levantar, entre el colectivo trabajador, el temor a que las pruebas médicas se utilicen por parte de la empresa de manera arbitraria. Aunque, a este punto, cabe volver a la STC de 15 de noviembre de 2004 (Rec. 1322/2000) para observar cómo argumenta que los reconocimientos médicos no pueden constituir para el empresario una facultad de «verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar».

Así las cosas, desde la aparición de la LPRL los reglamentos posteriores vienen asumiendo un papel de subordinación al principio de reserva material de ley, dejando a criterio de la empresa —que por supuesto habrá de apoyarse en el asesoramiento de su servicio de prevención— si concurre alguno de los otros dos supuestos que obligan a realizar los exámenes médicos (Pedrosa, 2005: 112). Excepción hecha de lo dispuesto en el RD 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo, cuyo art. 1 se separa de la regla general de voluntariedad. Esta obligación previa no solo viene justificada en función de los riesgos inherentes al trabajo a bordo de buques —que también— sino en aras de preservar la seguridad marítima en su sentido más amplio.

Al margen de lo anterior, ha sido la jurisprudencia la que ha venido ampliando los supuestos con abundancia, sirviéndose de la espita dejada por el legislador en la segunda de las excepciones del art. 22.1 LPRL: «para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa». En efecto, son numerosos y variados los pronunciamientos judiciales que han entendido obligatoria la vigilancia de la salud con el fin último de que el estado de la persona trabajadora no pueda causar daños a terceros.

Con encaje en esta segunda excepción se planteó, durante los peores momentos de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, si una empresa puede o no obligar a miembros de su plantilla a pasar reconocimiento médico al ser dados de alta tras un contagio. Tanto el Comité Europeo de Protección de Datos como la Agencia Española de Protección de Datos cumularon con la tesis de que la situación vivida durante el estado de emergencia podía legitimar ciertas restricciones a la libertad individual, siempre proporcionadas y limitadas, y por tanto, en la medida en que dichas pruebas de salud contribuían a re-

ducir la transmisión del virus en las empresas, ello justificaba la práctica de estos controles. Es más, el Ministerio de Sanidad reconoció la importancia de la detección precoz en la lucha contra la pandemia —lo cual podría considerarse extrapolable a futuras situaciones epidemiológicas que revistieran una gravedad similar— y llamó a los servicios de prevención de riesgos laborales «a colaborar con las autoridades sanitarias en la detección precoz de todos los casos compatibles con COVID-19 para controlar la transmisión» .

Antes de cerrar el apartado, procede decir que sorprende la no obligatoriedad respecto de los trabajadores nocturnos a que se refiere el art. 36.4 ET. Tampoco son preceptivos para los trabajadores temporales (art. 28.3 LPRL), aunque ello resulte para este estudio menos llamativo. Ambas normas se limitan a remitir genéricamente a lo dispuesto en la normativa específica o a los términos establecidos por «esta Ley y en sus normas de desarrollo».

4.4. Las responsabilidades derivadas de la no realización de un reconocimiento médico obligatorio

En cuanto a los deberes en materia de vigilancia de la salud hasta aquí expuestos, cabe plantearse qué consecuencias se derivarían de un incumplimiento allí donde los reconocimientos médicos fueran obligatorios. Y, como se sabe, las responsabilidades pueden ser varias.

En primer lugar, el art. 244.2 LGSS prevé que la ausencia de reconocimientos previos o periódicos por parte de la empresa le «constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora». Se está ante una forma específica de resarcimiento para con la entidad aseguradora del riesgo, por considerarse que tal contingencia no hubiera tenido lugar de haber cumplido el empresario escrupulosamente con las atribuciones de vigilancia a las que viene obligado.

De otra parte, el art. 12.2 TRLISOS califica como infracción grave el «no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados». Incumplimiento preventivo que lleva aparejada una multa de al menos 2.451 euros, en su grado mínimo, y que podría conducir, además, claro está, a la aplicación del recargo en las prestaciones económicas de Seguridad Social previsto en el art. 164 LGSS, si este produjera —apreciándose nexo causal— un daño para los trabajadores en forma de, en este caso, enfermedad profesional. No está de más refrescar que dicho recargo pesaría directamente sobre la empresa infractora de manera íntegra, no pudiéndose concertarse operaciones de seguro destinadas a cubrirlo total ni parcialmente; y que su responsabilidad es

«independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal» que pudieran derivarse de la misma infracción.

Así las cosas, también en el orden penal podrían generarse responsabilidades derivadas de incumplimientos de seguridad y salud laboral. Sin poder detenerse demasiado en ellos este estudio, baste saber que se trata de los llamados delitos de resultado¹³ y delitos de riesgo¹⁴. No obstante, hay que recordar también que, en virtud del principio *non bis in idem*, no puede castigarse a la vez al sujeto infractor con sanciones derivadas del orden penal y del administrativo. Asimismo, cabe referir también a vuelapluma que la ausencia de reconocimientos médicos, allí donde resulten obligatorios, es un elemento a considerar a efectos de la cuantificación de una indemnización por daños y perjuicios para quien sufriera un daño laboral por ello.

Por último, podría además hablarse de responsabilidad de orden contractual para estos supuestos, en tanto en cuanto el trabajador afectado reclamase resolver su contrato de trabajo vía art. 50 ET. En efecto, al tratarse de un incumplimiento grave, el operario podría solicitar la resolución de su relación laboral con derecho a la indemnización prevista para el despido improcedente, esto es, 33 días de salario por año de antigüedad, con tope en 24 mensualidades. Eso sí, debe tratarse de un supuesto en el que el examen de salud sea obligatorio, generándose la duda para aquellos casos de voluntariedad previstos como de carácter general (Lousada y Núñez-Cortés, 2016: 47).

Pero la ausencia de los reconocimientos médicos preceptivos también puede achacarse a la negativa del trabajador en cuestión. Y cabe igualmente preguntarse qué consecuencias debe acarrearle una conducta incumplidora al empleado que, adecuadamente informado de tal obligación, decide obviarla poniendo así en peligro no solo la salud propia sino la de terceras personas. Desde la perspectiva de la empresa, se cuenta con la potestad disciplinaria para aplacar de manera tajante comportamientos del estilo. Y es que para el art. 29.3 LPRL los incumplimientos en materia preventiva son considerados como laborales «a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores»¹⁵. De tal manera que una desobediencia persistente y continuada de la persona trabajadora en este sentido habilita a la empresa para suspenderle de empleo y sueldo o incluso fundamentar un despido disciplinario (Gala, 2016: 9). Además, la acreditación de estos extremos puede servir al deudor de seguridad para defenderse en mejores condiciones de posibles imputaciones o demandas de responsabilidad, por

¹³ Arts. 142.1, 146, 152.1 y 621 CP.

¹⁴ Arts. 316-318 CP.

¹⁵ Art. 58.1 ET: Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

Sobre el poder disciplinario del empresario puede consultarse a Moreno (2009).

cuanto constituiría prueba de su diligencia preventiva y de una actitud no consentidora de incumplimientos, así como del reiterado comportamiento infractor del empleado.

5. El principio de confidencialidad de los datos resultantes de los reconocimientos médicos

La información referente a la vigilancia de la salud laboral se encuentra protegida mediante dos principios. Por un lado está el principio de confidencialidad, para que los datos no puedan circular fuera de cierto ámbito de personas e, incluso, para que dentro de ese ámbito no todas las personas puedan acceder a toda esa información, con el propósito de excluir la posibilidad de que esta sea utilizada por la empresa con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador afectado¹⁶. Por otro, el principio de protección tiene el propósito de que los datos sean gestionados conforme a unos parámetros de calidad, consentimiento informado, secreto, y comunicación y reconocimiento de derechos a los trabajadores.

En lo que respecta a la LPRL, su Exposición de Motivos dice que en lo atinente a la vigilancia de la salud se prestará una atención especial a «la protección de la confidencialidad y el respeto a la intimidad en el tratamiento de estas actuaciones». Esta intención del legislador es concretada por el apartado 4 de su art. 22, en orden a establecer determinadas restricciones de acceso a la información resultante de las pruebas médicas practicadas. Y a comentar el contenido de esas concreciones se va a dedicar todo este apartado.

5.1. El acceso a la información por parte del personal médico

El art. 22.4 LPRL afirma que el acceso a la «información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador». Interpretando la redacción en sentido amplio, el mandato comprendería no solo los datos estrictamente médicos, sino también aquellos otros que hayan podido ser requeridos por el personal actuante, o confiados por el operario reconocido,

¹⁶ Solo cuando venga previsto en una disposición legal se podrá practicar un reconocimiento médico en procesos de selección. Por ejemplo, el art. 61.5 RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto Básico del Empleado Público, que establece la posibilidad de practicarlos en los procesos selectivos o cuando haya riesgos específicos en el puesto a cubrir, para comprobar que la salud del aspirante es compatible con el desempeño de las tareas. Piénsese en puestos relacionados con el sector sanitario como, por ejemplo, un cirujano o un policía (STC 196/2004, de 15 de noviembre y STS de 28 de diciembre de 2006, respectivamente).

para la adecuada valoración de tales datos médicos: por ejemplo, consumo de alcohol o estupefacientes, información de carácter sexual, familiar, referente a dolencias psíquicas (Pedrosa, 2005: 124; Lousada y Núñez-Cortes, 2016: 115).

En lo atinente a los sujetos referidos en el precepto, surgen algunas interrogantes sobre su posible alcance práctico. Primeramente, respecto al «personal médico», ¿incluye la expresión solo a quienes sean doctores en Medicina o se extiende también a los enfermeros, habida cuenta de que los servicios de prevención deben tenerlos en su plantilla? *A priori*, que el art. 37.3.a RSP disponga que estos deben tener «ATS/DUE de empresa» no parece argumento suficiente para integrarlos en el círculo conocedor de los datos de máxima confidencialidad. Por tanto, el hecho de que hayan podido acceder a determinada información, por haber participado en la práctica del reconocimiento, no les habilita en ningún modo a conocer o disponer de los datos a los que sí entran los médicos. De lo que no cabe la menor duda es de que tal expresión deja fuera a los profesionales del servicio de prevención que no sean personal sanitario, esto es, a los administrativos y a los auxiliares no sanitarios; con lo cual, el director debe tomar las precauciones pertinentes para evitar el acceso de estas personas a la información médica y garantizar la confidencialidad de la misma¹⁷.

De otro lado, y atendiendo a la exigencia de que dichos profesionales sean los que lleven «a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores», se ha de concluir que no todo el personal médico debe tener acceso a la totalidad de la información, sino solo quienes realicen las pruebas de salud. Por tanto, el ser médico de un servicio de prevención no habilita para disponer de todos los datos de salud relativos a todos los operarios que se sometan a reconocimiento en sus instalaciones, sino a los estrictamente necesarios para el desempeño de sus funciones y circunscribiéndose a los exámenes practicados por ellos.

Por último, en lo que respecta a las «autoridades sanitarias», y atendiendo a que el art. 22.4 LPRL no parece poner límites, cabe preguntarse cuál es el al-

¹⁷ En el supuesto de que una empresa cambie de servicio de prevención, el traspaso de los datos referentes a la vigilancia de la salud de los empleados debe producirse respetando los principios de minimización y de limitación de la finalidad, lo cual implica que estos solo puedan comunicarse al nuevo servicio de prevención y no a otro, y que la comunicación deba darse directamente entre los servicios médicos de ambas entidades involucradas. Por tanto, que el servicio de prevención cesante entregue los datos al empleador para que este los haga llegar al nuevo representaría una vulneración del derecho a la protección de datos. Evidentemente, la persona trabajadora tiene derecho a ser informada de este traspaso, y el servicio de prevención que cesa debe conservar los datos médicos en los términos previstos por la normativa de aplicación, la cual establece por ejemplo un período de cuarenta años para operarios expuestos a agentes cancerígenos (art. 9.3 RD 665/1997). Agencia Española de Protección de Datos (2021) *Guía de la protección de datos en las relaciones laborales*, 76-78.

A más abundamiento, léanse los informes 2020-0098: *Sobre la utilización de la historia clínica al amparo del artículo 9.2 f) RGPD*. 12/05/2021 y 2018-0114: *Sobre el acceso del empresario a datos de salud laboral de sus empleados*. 10/09/2018.

cance de su acceso a estos datos médicos personales. La respuesta habría que remitirla a las funciones atribuidas en los arts. 10 LPRL y 32-34 Ley 3/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. De entre ellas cabe destacar —estando presente en ambas leyes— la confección de sistemas de información sanitaria, de carácter laboral, que permitan «la elaboración, junto con las autoridades laborales competentes, de mapas de riesgos laborales, así como la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores, así como hacer posible un rápido intercambio de información». Y a la vista de la redacción de la norma no parece que la elaboración de tales herramientas requiera —ni que ello justifique a las autoridades señaladas— entrar al conocimiento de los datos personales de una manera directa. Ahora bien, del art. 11.2 Ley 16/2003¹⁸ sí se desprende tal cosa, en la medida en que habilita a las Administraciones Públicas a adoptar las «medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso (...) cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica lo justifique». Se hace obvio, pues, que entre esas medidas especiales podría comprenderse un acceso puntual a los datos personales resultantes de la vigilancia de la salud laboral (Lousada y Núñez-Cortés, 2016: 118).

5.2. El acceso a las conclusiones por parte del empresario

No obstante lo anterior, el mismo apartado 4 del art. 22 LPRL dispone también que «el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección».

En atención a este párrafo, el médico actuante debe comunicar a la empresa las conclusiones del examen de salud que se practique. Eso sí, tal comunicación no debe contener ninguna indicación de carácter médico, limitándose a trasladar la aptitud o no aptitud del operario respecto del concreto puesto desempeñado y, en su caso, las restricciones que hayan de observarse —temporal o permanentemente— en orden a salvaguardar su integridad y la de terceras personas¹⁹.

¹⁸ De 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹⁹ Pero ello no significa que la empresa pueda proceder a despedir por causas objetivas a un trabajador declarado no apto sin más, sin haber intentado antes adaptar las condiciones del puesto ocupado o reubicarlo en otro compatible con su estado. La ineptitud sobrevenida del operario requiere que este haya perdido las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas del puesto, o de cualquier otro disponible en la empresa. Léase a Poquet (2017).

Las conclusiones, por tanto, no pueden referirse a cuestiones ajenas a lo estrictamente preventivo ni ser usadas por la empresa para tomar decisiones que se salgan de las competencias preventivas en juego, pues ello conculcaría la prohibición de usar los datos resultantes de la vigilancia de salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador²⁰. Con todo, no faltan ocasiones en las que la información permitida deja entrever inevitablemente aspectos del estado de salud del trabajador examinado. Lo cual trae otra vez la llamada a la cautela del personal médico respecto de las palabras a emplear para dar a conocer la aptitud o no, con el propósito de evitar posibles recelos empresariales que deriven en perjuicio para los trabajadores (Montoya y Pizá, 1996: 91).

Cuando se trate de un empresario con personalidad jurídica, la remisión de las conclusiones se restringe a la persona u órgano que ostente la gestión del personal, solo debiendo salir de ahí dicha información en caso de que sea preciso ponerla en conocimiento de quienes tengan atribuciones en materia de preventiva así como de los compañeros directamente afectados. Las empresas de trabajo temporal, por tanto, en los supuestos de contratos de puesta a disposición son las primeras en conocer estas conclusiones en la medida en que la obligación

²⁰ La STSJ de Galicia, de 16 de enero de 2017 (Rec. 3940/2016), concede la concreción horaria denegada por parte de Televisión de Galicia a una trabajadora que la solicitaba por motivos de conciliación laboral y familiar. La empresa la venía negando por interpretar que la migraña padecida por la trabajadora hacía desaconsejable que esta desempeñara el turno intensivo de fin de semana que pretendía, por tratarse de un horario prolongado que no contribuiría a una mejor higiene del sueño y podría empeorar la patología referida en reconocimiento médico. La sentencia razona que la empleadora demandada utilizó los datos de la vigilancia de la salud para justificar la denegación de la pretensión de ejercitar un derecho de conciliación, a conveniencia, y fuera de los parámetros legales y constitucionales que prevén que tal información debe utilizarse siempre con una finalidad estrictamente preventiva. Además, la trabajadora tuvo conocimiento de las conclusiones derivadas del examen de salud el mismo día del juicio oral, y solo tuvo acceso a los resultados completos *a posteriori*; la inadecuación de la realización del turno intensivo de fin de semana no pasa de ser una recomendación expresada en las conclusiones del reconocimiento médico, habiendo sido la operaria declarada apta para desempeñar el puesto y habiéndose reiterado esta en su pretensión; y la persona contratada interinamente para cubrir el turno solicitado hubiera preferido ocupar el horario de la demandante.

Por su parte, la STSJ de Cataluña, de 29 de enero de 2021 (Rec. 3542/2020), declara nulo el despido disciplinario practicado a una trabajadora a la que se acusa de bajo rendimiento desde su contratación hasta la fecha, concluyéndose que el motivo real es la no facilitación de información sobre un problema de salud padecido. La trabajadora volvía de una incapacidad temporal, durante la cual la empresa había mostrado un «excesivo interés en conocer la causa de la incapacidad (...) produciéndose varias llamadas telefónicas, y envío de mensajes a través de la aplicación WhatsApp, en que de forma evidente se insistía en conocer la naturaleza de la patología presentada, para producirse, días después, la medida extintiva». (...). Resulta evidente que la insistencia en preguntar sobre la patología determinante del proceso de incapacidad temporal no tenía por objeto conocer la duración del mismo, que la empresa conocía desde que le fue entregado el parte correspondiente». Se declara, pues, la nulidad del despido y se condena a la empresa a pagar salarios de tramitación y una indemnización por daños y perjuicios a la trabajadora afectada, por no haber resultado probada la existencia de causas suficientes para calificar de razonable la decisión extintiva en una obvia situación de protección de derechos fundamentales.

de vigilancia de la salud recae sobre ellas (art. 28.5 LPRL); pero es obvio que la inaptitud —o la aptitud con restricciones— de algún empleado debe ser trasladada a la empresa usuaria y su servicio de prevención, por ser esta la deudora de seguridad en todo lo referente a las condiciones presentes en su centro de trabajo. De la misma manera, esta información debe trascender en los supuestos de grupo empresarial cuando un trabajador sea trasladado de una empresa a otra del mismo grupo; y en los de contrata o subcontrata, por cuanto la empresa principal ostenta el deber de vigilar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral por parte de quienes prestan servicios en sus propio centro de trabajo (art. 24.3 LPRL).

Conforme al art. 23.1 LPRL, las empresas deben conservar a disposición de la autoridad laboral, entre otros documentos, los resultantes de la práctica «de los controles del estado de salud de los trabajadores previstos en el artículo 22 de esta Ley y conclusiones obtenidas de los mismos en los términos recogidos en el último párrafo del apartado 4 del citado artículo». Así pues, las autoridades laborales no reciben tales documentos pero los deudores de seguridad deben conservarlos a su disposición por si aquellas decidieran requerirlos, constituyendo su no cumplimiento una infracción grave para el art. 12.4 TRLISOS²¹.

Cabe referir a vuelapluma que, a propósito de la información de salud relativa al COVID-19, la pretensión empresarial de conocer si un aspirante a ser contratado ha pasado el virus es considerado por la Agencia Española de Protección de Datos como una vulneración de la normativa de protección de datos. La normativa sobre protección de datos personales se aplica de manera íntegra también en situaciones de pandemia, en tanto que dirigida a salvaguardar un derecho fundamental (Poquet, 2020: 30-31)²². De manera que solicitar informaciones atinentes al estado de inmunidad frente al virus excedería de los derechos y deberes que la legislación sociolaboral impone a las empresas. Primeramente

²¹ Puede leerse la SJS de Murcia, de 12 de junio de 2018 (Rec. 200/2017), que considera ajustada a derecho la sanción por parte de la Inspección de Trabajo a una empresa que, por mediación de su servicio de prevención, se negó a facilitar los datos de los reconocimientos médicos de los cuatro años anteriores. La empresa, dedicada al sector del mármol, negó la remisión de tales documentos argumentando que, de hacerlo, estaría conculcando el art. 22.4 LPRL, añadiendo que «la no aportación por este SPA de los reconocimientos médicos solicitados responde a nuestro respeto por la esencial y máxima regla de confidencialidad de los trabajadores protegidos en su derecho a la intimidad, y a cuya información médica solo puede accederse por personal médico y/o Autoridad Sanitaria». Ignoraba, pues, la empresa que el art. 11.2 Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal disponía que no era preciso contar con el consentimiento del afectado cuando la cesión de la información estuviera habilitada por una norma con rango de ley; y que tal norma viene prevista en el art. 18.1.d Ley 23/2015 Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Por ello, la sentencia confirma la sanción, aparejada a la infracción muy grave por obstrucción a la labor inspectora contenida en el art. 50.4.a TRLISOS.

²² Véase el *Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 17/2020*. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>.

porque la persona en cuestión todavía no es empleada y, por tanto, no existen obligaciones o derechos patronales para con ella. Segundo, porque las autoridades sanitarias consideran que estos datos no contribuyen de forma significativa a la protección del resto de la plantilla. Y por último, porque el mismo tratamiento habría de darse a cualquier otro tipo de enfermedad contagiosa, sin que tal cuestión haya sido planteada en la actualidad por parte de las autoridades sanitarias (Poquet, 2020: 32)²³.

Naturalmente, donde haya consentimiento expreso del trabajador, el conocimiento por parte de los distintos actores aquí mencionados puede ir más allá de lo expresado en las conclusiones²⁴. Ahora bien, ante una sanción o despido realizado al trabajador, por su ineptitud o puesta en peligro de terceros, si este denuncia se ha de levantar tal garantía de confidencialidad para actuar en juicio, pues al demandar estaría aceptando tácitamente el conocimiento sobre su estado de salud²⁵. Otra excepción a la necesidad del consentimiento expreso por parte

²³ Sobre el tema, puede leerse además a Tarabini-Castellani (2021) o a Muñiz (2020).

²⁴ Especialmente curiosa resulta la STS de 15 de junio de 2021 (Rec. 57/2020), que entiende ajustado al art. 20.4 ET el contratar una empresa externa para la verificación del estado de salud de los empleados de baja por incapacidad temporal, a efectos de justificar las faltas de asistencia y controlar el absentismo laboral, aun teniendo la empresa un servicio médico integrado en el servicio de prevención propio. Ello no conculca el art. 22.4 LPRL, ni la normativa sobre protección de datos, si la empresa externa solicita la aportación del historial médico o el resultado de las pruebas practicadas a propósito de la baja vigente o de anteriores, siempre y cuando en el documento remitido se deje constancia de la finalidad de la medida, de que el trabajador puede negarse a tal remisión, de que los datos serán tratados y conocidos estrictamente por personal médico, y del derecho al acceso, rectificación, cancelación, oposición o limitación de los datos por parte del operario.

Véase, sobre dicha sentencia, un análisis detenido en Cano (2021).

²⁵ La STSJ de Madrid, de 8 de junio de 2022 (Rec. 413/2022), declara improcedente el despido objetivo practicado por El Corte Inglés a un empleado que, tras sufrir un ictus con hemorragia cerebral, ve mermadas sus cualidades para el trabajo y le es reconocida una discapacidad del 33 %. El servicio de prevención declara no apto al trabajador para continuar desempeñando sus funciones como subjefe de carnicería, motivo por el cual se le intenta reubicar sin éxito en otros departamentos como charcutería, menaje o frutería. Ante la no adaptación del demandante a los puestos referidos, la empresa le comunica la resolución de su contrato por causas objetivas, fundamentada en ineptitud sobrevenida, y pone a su disposición la indemnización correspondiente. No obstante, la sentencia razona que no basta con «asumir acríticamente la calificación de no aptitud dada por el servicio de prevención y además (...) no queda probada la falta de aptitud porque para ello sería preciso que se proyecte sobre el conjunto de las tareas propias del puesto o constitutivas del objeto del contrato de trabajo y no solo sobre algunas de ellas aisladamente consideradas». La estructura de la carga de la prueba ofrece serias dificultades en un caso como el aquí resumido, pues «la empresa no podrá consignar usualmente, en relación con la capacidad del trabajador, otra cosa distinta que la calificación de «no apto» resultante del informe del servicio de prevención. Ahora bien, como correctamente señala el trabajador en su recurso, esa mera calificación dada por el servicio de prevención es totalmente insuficiente para justificar la extinción por ineptitud, porque lo contrario sería atribuir al servicio de prevención funciones jurisdiccionales, de manera que su decisión se impondría sobre las partes e incluso sobre los órganos judiciales (...). En cuanto a la protección de datos, hemos de pensar que al impugnar el despido es el propio trabajador el que convierte en objeto del debate procesal su situación de salud, lo que implica su consentimiento para que sobre dicho objeto se desarrolle la

del trabajador examinado sería el caso de su fallecimiento, en aras de que sus causahabientes pudieran disponer de los datos relevantes para preparar un juicio en donde se vaya a discutir sobre la laboralidad de una contingencia o un posible incumplimiento de medidas de precaución.

5.3. Los supuestos de consumo de alcohol o drogas

Uno de los aspectos más controvertidos en el marco de la vigilancia de la salud laboral es el alcance de la potestad empresarial en los supuestos de embriaguez o toxicomanía de los trabajadores. En efecto, el empresario puede —y hasta debe— interesarse por la posible ingesta de alcohol u otras sustancias tóxicas por parte de sus operarios allí donde esta pueda tener una repercusión negativa vinculada con los riesgos inherentes al trabajo (Taléns, 2013: 179)²⁶. Para ello puede servirse de los reconocimientos médicos, aunque respetando siempre el derecho a la intimidad de la persona trabajadora en los términos que se han venido analizando por este estudio.

Como se sabe, no se considera intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el art. 18 CE —entre otros, la intimidad— el supuesto en el que haya una norma que la autorice o medie consentimiento expreso²⁷. Con todo, aun en estos casos se exige que el trabajador en cuestión haya sido informado de manera completa acerca de las pruebas que se le van a practicar, pues en caso contrario tal consentimiento estaría viciado. Y a este punto cabe volver a traer la STC de 15 de noviembre de 2004 (Rec. 1322/2000), por cuanto consideró que la autorización por parte del afectado implica que este «sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esta exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal». A la vista de este criterio, no es válido el consentimiento otorgado para con una prueba médica cuando el operario no ha sido informado de que el objeto del análisis es, entre otros, el consumo de estupefacientes. Es más, debido a la especial sensibilidad social que despierta el tema, el beneplácito debe concederse precisamente con ese fin, pues no puede haber consentimiento en aquello que se desconoce, o que se conoce parcialmente (Cavas, 2004: 2).

actividad procesal ordinariamente necesaria, esencialmente la alegación de los hechos, el debate entre las partes sobre los mismos y la práctica de prueba. (...)Y ello implica que la empresa, para levantar la carga de la prueba que pesa sobre ella, podrá solicitar como prueba la presentación en juicio del informe emitido por el servicio de prevención y la documentación obrante en el mismo que apoye sus afirmaciones».

²⁶ Art. 54.2.f ET.

²⁷ Véase la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, encargada de regular la protección civil de los derechos contenido en el art. 18 CE, esto es, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

De las tres excepciones a la voluntariedad general analizadas *supra*, la que guarda relación con el posible consumo de estupefacientes es la de cuando el reconocimiento resulta imprescindible para «verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa». A este punto, en la medida en que el empresario podría verse responsable de un daño a la salud de sus operarios, y atendiendo además a que no se debe emplear a personas que no estén aptas para desempeñar según qué funciones²⁸, aquel tiene la potestad de imponer la realización del reconocimiento médico siempre que informe a los afectados en tiempo y forma. En estos casos, pues, prevalecería la salud y la integridad física de la colectividad por encima del derecho a la intimidad del individuo. Y en este sentido se entienden obligatorios los exámenes médicos, por ejemplo, para los conductores de ambulancia, autobús u otros medios de transporte terrestre, aéreo o acuático, o para los obreros de cualquier rama de la construcción²⁹.

Pero la pregunta que surge inevitablemente al hilo de lo anterior es qué sucede si el empleado se niega a realizar un reconocimiento cuyo objeto principal es constatar un consumo de drogas. Y la respuesta solo puede venir en consonancia con todo lo ya visto en páginas anteriores: depende del carácter obligatorio o no de la prueba en cuestión. Así, en los casos en que el reconocimiento sea voluntario, la persona trabajadora no verá castigada su negativa y, en caso de suceder esto, las consecuencias serán enervadas por los tribunales. Por el contrario, de estarse ante un reconocimiento de carácter obligatorio, el empleado deberá ser sancionado, pudiendo incluso acabar siendo despedido si la desobediencia fuera continuada (Taléns, 2013: 186)³⁰.

²⁸ Véase el art. 25.1 LPRL, en cuyo segundo párrafo establece que los trabajadores no serán «empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no responden a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo».

²⁹ A título de ejemplo puede leerse la SJS de Santander, de 20 de abril de 2010 (Rec. 97/2010), que considera a la empresa «completamente legitimada» para requerir a su empleado el sometimiento a pruebas para la detección de consumo de sustancias estupefacientes. Ello por cuanto un conductor de ambulancia, que circula a ciertas velocidades por la vía pública y transporta heridos, bajo la influencia de dichas sustancias se colocaría en una situación de peligro a sí mismo, a las demás personas presentes en la ambulancia y a la ciudadanía en general.

No así la varias veces referida STC de 15 de noviembre de 2004 (Rec. 1322/2000), al no considerarse obligatoria una prueba del estilo en relación a una profesional administrativa.

³⁰ A más abundamiento, puede leerse a Ortega y Guindo (2020).

6. Conclusiones

A veintisiete años vista de la aparición de la LPRL, la vigilancia de la salud continúa siendo un aspecto que suscita numerosas dudas. ¿Cuándo es obligatorio el sometimiento a un reconocimiento médico? ¿Para qué actividades? ¿Cuáles son los momentos de la relación laboral en los que se han de practicar o, al menos, ofrecer por parte de la empresa? ¿Cuáles son las repercusiones que le puede acarrear al trabajador la negativa a someterse a aquellos que resulten preceptivos, o una declaración de inaptitud? ¿En qué vías de responsabilidad puede incurrir el deudor de seguridad si no acomete la realización de estas pruebas de salud en tiempo y forma? ¿Cómo se gestiona la fricción entre la seguridad y salud de la colectividad y el derecho a la intimidad del trabajador en los supuestos de consumo de alcohol o drogas? Es verdad que a la mayoría de estas interrogantes ha dado respuestas el propio legislador —las cuales se han intentado exponer aquí—, y adonde no ha llegado la letra de la norma lo viene haciendo la doctrina judicial. Con todo, se aprecia en la regulación del tema una dispersión normativa poco funcional y que hace recomendable la elaboración de un reglamento *ad hoc* que desarrolle pormenorizadamente todas las recién referidas cuestiones.

En relación a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 —y ello puede hacerse extensible a cuantas otras pudieran venir—, no existe razón para que la normativa sobre protección de datos personales deje de aplicarse plenamente. Por tanto, no cabe solicitar, por parte de las empresas, datos referentes a su estado de inmunidad frente al virus a candidatos a ocupar determinado puesto de trabajo. Ello por cuanto la persona en cuestión todavía no tiene vínculo contractual con la mercantil y no existen, pues, obligaciones ni derechos entre ellas, y sobre todo porque las autoridades sanitarias han concluido que estos datos no tienen una incidencia determinante de cara a proteger al resto de la plantilla.

Capítulo especial ha merecido para este artículo la problemática existente con el consumo de drogas y alcohol por parte de los trabajadores. A este respecto, no está de más recapitular que una prueba médica solo puede entrar en estos menesteres cuando el estado de salud del operario represente un peligro para sí mismo y para terceras personas, o bajo el consentimiento expreso y adecuadamente informado de este. Si un examen médico —realizado con respeto a las previsiones comentadas en este estudio— revela embriaguez o toxicomanía de la persona trabajadora, pero su conducta es aislada o no repercute negativamente en la marcha empresarial ni pone en peligro a terceros, ello no será causa justa de despido disciplinario. De practicarse tal despido y ser este denunciado, en sede judicial será declarado improcedente, por lo que la empresa deberá escoger entre readmitir al trabajador abonando los salarios de tramitación o persistir en el despido pagándole una indemnización acorde a 33 días de salario por año de antigüedad. De otro lado, si el despido se ha practicado con fundamento en una información de-

rivada de reconocimiento médico invasor de la intimidad personal del operario, o se hubieran vulnerado las disposiciones sobre la confidencialidad de los datos, o se hubiera utilizado el consumo de sustancias con fines discriminatorios, se estará ante un despido nulo y la empresa no tendrá otra alternativa más que la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir. Por último, de haberse realizado el examen de salud conforme a lo establecido por la normativa, si la embriaguez o toxicomanía revela una asiduidad en el consumo unida a una repercusión negativa para la empresa, o el trabajador en cuestión desempeña una actividad peligrosa para la colectividad, el despido será procedente.

Se pone, pues, de manifiesto que son muchas y muy complicadas las cuestiones jurídicas que suscita el tema, a las cuales, con mayor o menor profundidad, se ha querido dar respuesta desde aquí. Huelga decir que, en una disciplina tan viva como esta, los perfiles de la problemática abordada seguirán evolucionando. En un futuro, que convendría fuera cercano, el legislador habrá de abrirse a la consideración como enfermedad profesional de distintas dolencias psicosociales incuestionablemente vinculadas al mundo del trabajo. Ello extenderá la obligatoriedad de los reconocimientos médicos a numerosas ocupaciones del sector servicios en virtud del art. 243 LGSS y, por extensión, levantará para con estas las mismas dudas aplicativas, o tal vez más.

7. Bibliografía

- ALEGRE NUENO, Manuel, «Los reconocimientos médicos previos, estado de salud del trabajador y protección de datos», *Gestión práctica de riesgos laborales*, n.º 197, 2021.
- BERNARDO JIMÉNEZ, Ignacio, «Vigilancia de la salud de los trabajadores: los reconocimientos médicos», *Aranzadi Social*, n.º 20, 2002.
- CANO GALÁN, Yolanda, «La no vulneración de la normativa sobre protección de datos de carácter personal por el encargo a empresa externa de la vigilancia de la salud de los trabajadores», *Diario La Ley*, n.º 9954, 2021.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 196/2004, de 15 de noviembre», *Aranzadi Social*, n.º 19, 2004.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier, *La vigilancia de la salud de los trabajadores*, León, Eolas, 2009.
- GALA DURÁN, Carolina, «Los reconocimientos médicos obligatorios vinculados a los riesgos laborales: alcance y responsabilidades», *La Administración Práctica*, n.º 7, 2016.
- GARCÍA BLASCO, Juan y GONZÁLEZ LABRADA, Manuel: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo* (dirigido por Sempere Navarro, Antonio Vicente), Madrid, Civitas.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, «Los reconocimientos médicos obligatorios en la doctrina reciente de los tribunales», *Revista de Información Laboral*, n.º 5, 2017.
- GOÑI SEIN, José Luis, «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales», *Revista de Derecho Social*, n.º 5, 1999.

- LOUSADA AROCHENA, José Francisco y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar: *La vigilancia de la salud laboral*, Madrid, Tecnos.
- MARÍN MALO, Mirentxu, «La realización de reconocimientos médicos para la detección de Covid-19 a los trabajadores», *Lan Harremanak*, n.º 43, 2020.
- MINISTERIO DE SANIDAD, *Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnosticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas*, Madrid, 2020.
- MINISTERIO DE SANIDAD, *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*, Madrid, 2020.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo y PIZÁ GRANADOS, Jaime: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, McGraw Hill.
- MUÑIZ AGUIRREURRETA, David, «COVID-19. Relaciones laborales y protección de datos», *Aranzadi Digital*, n.º 1, 2020.
- PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel, *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, Madrid, CES, 2005.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y THIBAUT ARANDA, Javier, «Artículo 22. Vigilancia de la salud», *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2008.
- POQUET CATALÁ, Raquel, «La difícil conjugación del deber de protección de datos de carácter personal y la vigilancia de la salud», *Congreso Prevencionar 2017*, Madrid, 2017.
- POQUET CATALÁ, Raquel, «Vigilancia de la salud, derecho a la intimidad y COVID-19», *Lan Harremanak*, n.º 44, 2020.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n.º 2, 2021.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, «La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 53, 2004.
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique, «La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas», *Revista española de drogodependencias*, n.º 2, 2013.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita, «Vigilancia de la salud de los trabajadores con motivo de la crisis COVID-19 y protección de datos», *Trabajo y Derecho*, n.º 78, 2021.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, «Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 3, 2012.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, «Reconocimientos médicos de los trabajadores», *Capital humano*, n.º 363, 2021.

LAGUNAS EN TORNO A LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA MODALIDAD DE TELETRABAJO

Gaps around the qualification of occupational accident in the telework mode

NURIA J. AYERRA DUESCA*

Universidad de Zaragoza, España

RESUMEN

La Ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia, define el teletrabajo como una modalidad de trabajo a distancia caracterizada por el uso de herramientas tecnológicas y por el desempeño de la actividad laboral fuera del centro de trabajo de la empresa, generalmente, en el domicilio de la persona trabajadora o lugar que esta elija. Esta nueva forma de organización del trabajo lleva consigo la aparición de nuevos riesgos y, por consiguiente, la posibilidad de sufrir accidentes. Por este motivo, el presente artículo pone de manifiesto, por un lado, la existencia de ciertas lagunas de las que adolece la Ley, como es la ausencia de definición específica de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo y, por otro lado, analiza la posible extensión al teletrabajo —generalmente realizado en el domicilio de la persona trabajadora— del concepto legal de accidente laboral regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre —Ley General de la Seguridad Social—, así como de la doctrina judicial existente al respecto.

Palabras clave: teletrabajo, trabajo a distancia, accidente de trabajo, relación de causalidad y presunción de laboralidad.

ABSTRACT

Law 10/2021, of 9 July, on remote work, defines telework as a form of remote work characterized by the use of technological tools and by the performance of the work activity outside the company's workplace, generally, at the home of the worker or place that he chooses. This new form of work organization brings with it the appearance of new risks and, consequently, the possibility of suffering accidents. For this reason, this article highlights, on the one hand, the existence of certain gaps that the Law suffers from, such as the absence of a specific definition of work accident in the telework modality and, on the other hand, it analyzes the possible extension to teleworking —generally carried out at the worker's home— of the legal concept of occupational accident regulated in Royal Legislative Decree 8/2015, of 30 October —General Social Security Law—, as well as the judicial doctrine existing about it.

Keywords: telework, remote work, work accident, causality relationship and presumption of employment.

* **Correspondencia a:** Nuria J. Ayerra Duesca. Plaza José María Forqué, número 13, escalera derecha, 6.º A (Zaragoza, España). — nayerra@unizar.es — <https://orcid.org/0000-0002-1266-7465>

Cómo citar: Ayerra Duesca, Nuria J. (2022). «Lagunas en torno a la calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo»; *Lan Harremanak*, 48, 116-140. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23881>).

Recibido: 07 septiembre, 2022; aceptado: 07 noviembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

La definición legal de accidente de trabajo contenida en el artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social —en adelante, LGSS¹—, es de una gran complejidad —tal y como se especifica en la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de julio de 2020 (rec. 711/2019)²—, la cual reconoce la evolución que va experimentado dicho concepto según las nuevas formas de prestación de servicios y, actualmente, a la espera de una posible aplicación al teletrabajo.

En efecto, el uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), junto con el acceso a Internet y la pandemia provocada por la Covid-19, han hecho posible la aparición de nuevas formas de organización del trabajo —teletrabajo a domicilio, en telecentros, en centros satélites, teletrabajo móvil, etc.—, y una mayor flexibilización del tiempo de trabajo (González-Menéndez *et al.*, 2019: 3). Es decir, aparecen nuevas formas, lugares y tiempos de prestación de servicios y, por consiguiente, nuevos riesgos laborales asociados al teletrabajo como son los riesgos ergonómicos, organizativos y psicosociales, que pueden ocasionar contingencias profesionales (Venegas, 2018: 57).

En relación con este nuevo escenario, surgen dudas sobre la posible aplicación al teletrabajo de la definición legal de accidente laboral y toda la jurisprudencia al respecto para el trabajo presencial y, por ende, la extensión de la protección por contingencias profesionales al ámbito del teletrabajo, puesto que la Ley de Trabajo a Distancia no ha recogido una definición de accidente laboral, cuando el mismo ocurra, sobre todo, en el domicilio de la persona trabajadora (Poquet, 2021: 156).

Ante esta ausencia de regulación específica, parte de la doctrina sostiene que esta cuestión tendría que haberse tratado en la normativa correspondiente de seguridad social (Gala, 2021: 3-5), con la finalidad de regular toda la compleja casuística que presenta el accidente de trabajo en el ámbito del teletrabajo (Vicente-Herrero *et al.*, 2018: 290), o bien, que los convenios colectivos o acuerdos entre empresarios y trabajadores estableciesen delimitaciones claras (Cervilla *et al.*, 2015: 24), ya que, aunque se entienda que puede aplicarse por analogía al teletrabajo la definición legal y la jurisprudencia relativa al concepto de accidente de trabajo y presunción de laboralidad del artículo 156 LGSS, no está exento de dificultad la definición de los conceptos de lugar y tiempo de trabajo en la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

¹ Ley General de la Seguridad Social de 2015. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre. RCL 2015\1700. BOE 31 octubre 2015, núm. 261, [pág. 103291, Núm. Págs. 228].; rect. BOE, núm. 36, [pág.10898].

² Tribunal Superior de Justicia TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2.ª) Sentencia núm. 1012/2020, de 8 julio (JUR\2020\248989).

Por este motivo, serán los tribunales, atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto, los que tendrán que dar respuesta a las múltiples casuísticas que se puedan plantear (Moreno, 2021: 476, 487), tendiendo a una interpretación flexible que posibilite la aplicación de la doctrina judicial existente para los supuestos de trabajo presencial (Igartua, *et.al.*, 2021: 202).

En definitiva, la prestación laboral fuera del centro de trabajo tradicional, generalmente en el domicilio de la persona trabajadora o lugar que esta elija, mediante el uso de forma predominante de herramientas tecnológicas y donde escasamente se producen desplazamientos, da lugar a cierta incertidumbre sobre la posible extensión o aplicación del concepto de accidente de trabajo a la modalidad de teletrabajo, que los tribunales tendrán que resolver.

2. Aplicación del concepto de accidente de trabajo al teletrabajo: relación de causalidad y presunción de laboralidad

La Ley de Trabajo a distancia, Ley 10/2021, de 9 de julio³ —en adelante, LTD—, no define expresamente el concepto de accidente de trabajo, por lo que habrá que recurrir a la definición legal de accidente laboral contenida en el artículo 156.1 de la LGSS: «se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». En este sentido, el Tribunal Supremo⁴ destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, bien de manera estricta —por consecuencia, considerándola una *verdadera causa*—, o bien de manera más amplia —con ocasión, considerándola una *condición* o una *ocasionalidad relevante*—, de tal manera que, en este último caso, basta la existencia de una causalidad indirecta, es decir, que el accidente producido, de alguna forma, guarde relación con la ejecución del trabajo, pero, excluyendo del carácter laboral la *ocasionalidad pura*.

En relación con ello, es consolidada doctrina del Tribunal Supremo⁵ la calificación de accidente de trabajo cuando:

De alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, basando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin nece-

³ Ley de trabajo a distancia, Ley 10/2021, de 9 julio. BOE 10 julio 2021, núm. 164 [pág. 82540, Núm. Págs. 43]. (RCL 2021\1335).

⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia de 6 julio 2015 (RJ\2015\4682).

⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia núm. 442/2018, de 25 abril (RJ\2018\3201); Sentencia de 8 marzo de 2016 (RJ\2016\965); Sentencia núm. 363/2016, de 26 abril (RJ\2016\2131); Sentencia de 29 abril de 2014 (RJ\2014\2676); Sentencia de 10 diciembre de 2014 (RJ\2014\6767); Sentencia de 18 diciembre de 2013 (RJ\2013\8476); Sentencia de 14 marzo de 2012 (RJ\2012\4702); Sentencia de 15 junio 2010 (RJ\2010\2705); Sentencia de 22 diciembre de 2010 (RJ\2010\160); Sentencia de 27 febrero de 2008 (RJ\2008\1546).

sidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante.

Y ello, siempre y cuando no se acredite de manera suficiente e inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo realizado y la lesión sufrida.

Por otra parte, el artículo 156.3 LGSS dispone que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo». Se trata de una presunción *iuris tantum*, de tal forma que, para que opere dicha presunción legal a la parte interesada⁶

Le incumbe la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo; más con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo.

Además, la definición de accidente de trabajo como lesión corporal,

[...] se refiere no solo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo. Por ello, el juego de la presunción exigirá que, de negarse su etiología laboral, se acredite la ruptura del nexo causal, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal; lo que sucederá con facilidad en los supuestos de enfermedades en las que el trabajo no tuviere influencia; pero se hace difícil en los casos de las lesiones cardiacas, las cuales no son extrañas a las causas de carácter laboral.

Por tanto, la presunción no se destruye porque la enfermedad tenga etiología común, o porque se padeciese con anterioridad, ni tampoco por la existencia de antecedentes o por la aparición de síntomas antes de comenzar el trabajo, puesto que lo que se tiene en cuenta para la calificación de accidente laboral y su consiguiente acción protectora, es la acción del trabajo y las condiciones en las que se presta como desencadenantes o coadyuvantes de la crisis —que es lo que se tiene en cuenta para aplicar la presunción—, pero no la acción del trabajo como causante de la propia dolencia o lesión. Por ello, resulta indispensable para la calificación como laboral de un accidente la concurrencia de tres elementos fundamentales: la lesión, el trabajo y la relación de causalidad.

⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia de 9 mayo 2006 (RJ\2006\3037).

Asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁷ afirma que para que opere la presunción de laboralidad tienen que darse los dos requisitos de lugar y tiempo del trabajo del artículo 156.3 LGSS, es decir, que la lesión que sufre la persona trabajadora se produzca durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Por este motivo, no basta para que actúe la presunción, que la persona trabajadora se encuentre en el lugar de trabajo (vestuarios de la empresa, en la obra etc.) sino que tiene que darse el requisito legal de que el padecimiento se produzca también en tiempo de trabajo. Y ello, en base al cómputo del tiempo de trabajo que establece el artículo 34.5 ET:

[...] referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto de trabajo, en el que se presume que se ha comenzado a realizar algún tipo de actividad o esfuerzo —físico o intelectual— que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y por ello opera la presunción analizada.

Sin embargo, el Alto Tribunal⁸ ha considerado como tiempo de trabajo determinados intervalos de tiempo en los que la persona trabajadora no se encuentra de forma rigurosa en su puesto de trabajo, pero sí llevando a cabo actuaciones imprescindibles para la ejecución de este; incluso, ha sido flexible en cuanto a la consideración de tiempo de trabajo cuando el accidente sucede, sin más, en el mismo lugar de trabajo, como se expondrá más adelante.

Por todo ello, para poder aplicar la relación de causalidad y la presunción de laboralidad del accidente de trabajo a la modalidad de teletrabajo y, por ende, extender su acción protectora a estos supuestos, será fundamental tener en cuenta una serie de consideraciones en relación con los conceptos de tiempo y lugar de trabajo.

En principio, la Ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia (artículo 2) define el teletrabajo como una modalidad de trabajo a distancia que se presta, generalmente, en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar que esta elija, mediante el uso preponderante de herramientas tecnológicas durante toda la jornada o parte de ella y con carácter regular.

El hecho de que la persona trabajadora, por una parte, pueda decidir acerca del lugar donde va a llevar a cabo la prestación laboral —nos referiremos principalmente a su domicilio— aunque podrían ser varios los lugares en los que se desarrolle la actividad laboral y, por otra parte, cuente con una gran flexibilidad horaria que ofrecen los dispositivos tecnológicos y que habrá que tener en cuenta a la hora de delimitar el tiempo de trabajo, tendrán consecuencias im-

⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia de 20 diciembre 2005 (RJ\2006\534); Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 20 noviembre 2006 (RJ\2006\8367); Sentencia de 22 noviembre 2006 (RJ\2006\9215); Sentencia de 14 marzo 2007 (RJ\2007\3843).

⁸ *Vid. Infra.*

portantes en muchos aspectos de las relaciones laborales (García, 2021: 34), que deberán concretarse de forma clara en el contenido del acuerdo de trabajo a distancia (Lahera, 2021: 167).

En este sentido, la Ley de Trabajo a distancia (artículo 7) regula el contenido del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de lo regulado en los convenios o acuerdos colectivos, estableciendo como contenido mínimo obligatorio el siguiente:

- [...] c) Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad.
- d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso.
- e) Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.
- f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia [...]

Además, de conformidad con lo establecido en dicho acuerdo y la negociación colectiva, se regula el derecho al registro horario, que deberá reflejar de forma precisa el tiempo dedicado a la actividad laboral (artículo 14 LTD) especificando el horario de inicio y fin de la jornada (artículo 34.9 ET), y ello, sin perjuicio del derecho a horario flexible de las personas que trabajan a distancia, eso sí, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y los tiempos de trabajo y descanso (artículo 13 LTD).

Todo ello, tendrá que detallarse con precisión en el acuerdo de trabajo a distancia, no obstante, dichas cuestiones son difíciles de conciliar, ya que pueden ocurrir accidentes en diferentes lugares —incluso, en un lugar distinto al elegido por la persona trabajadora—, antes de iniciar la jornada o después de finalizar la misma, durante los tiempos de desconexión o descanso, en posibles desplazamientos al centro de trabajo o en caso de reuniones, accidentes domésticos etc., de difícil calificación.

A este respecto, algún autor entiende que, a través de la remisión a las reglas de disponibilidad del acuerdo, puede dar lugar a una interpretación del tiempo de trabajo más flexible (Pérez de los Cobos, 2021: 186). Otros, en relación con el teletrabajo realizado en el domicilio de la persona trabajadora consideran que habrá que estar a criterios de racionalidad y flexibilidad respecto al tiempo y lugar de trabajo, a fin de evitar situaciones desproporcionadas (Moreno, *op. cit.*, 2021: 496-498), porque, precisamente, el teletrabajo lo que permite es una mayor flexibilización del tiempo y autoorganización de la persona trabajadora dependiendo del tipo de actividad que se desarrolle (Gil, 2021: 223, 230).

Sea como fuere, habrá que cohonestar el derecho a horario flexible —siempre respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria (art. 13 LTD), el de-

recho a la desconexión digital (Ayerra, 2022: 51, 52) y la seguridad y salud laboral— desde una perspectiva preventiva, a través de la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, que tendrá en cuenta los riesgos ergonómicos, organizativos y psicosociales —(art. 15, 16 y 18 LTD), el derecho a la intimidad y protección de datos (art. 17 LTD)—, junto con el derecho al registro horario, que indicará el inicio y fin de la jornada (art. 14 LTD) y, además, con el lugar elegido por la persona teletrabajadora para la ejecución del trabajo, lo cual, no está exento de dificultades interpretativas (Jurado, 2021: 317, 318).

3. Análisis jurisprudencial y su posible extensión al teletrabajo

3.1. Lugar y tiempo de trabajo

Una vez analizada la aplicación del concepto legal de accidente de trabajo al teletrabajo, se van a considerar diferentes situaciones que podrían ocurrir y la posible extensión jurisprudencial existente para el trabajo presencial, a la modalidad de teletrabajo, en ausencia tanto de definición legal específica como de interpretación por parte de los tribunales, puesto que, hasta ahora, son escasos los pronunciamientos judiciales al respecto.

Como se ha expuesto anteriormente, el accidente de trabajo se ha definido como toda lesión corporal, enfermedad o alteración del proceso vital, siempre que haya una relación de causalidad con la ejecución del trabajo y, además, existe una presunción *iusuris tantum* de laboralidad cuando dichos padecimientos ocurren durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

No obstante, puede suceder que el accidente en la modalidad de teletrabajo ocurra en un lugar distinto al elegido por la persona trabajadora para la prestación de servicios y, por consiguiente, no especificado en el acuerdo de trabajo a distancia, como una habitación distinta o la cocina en el caso de trabajo prestado en el domicilio de la persona trabajadora, o, pueden ser varios los lugares elegidos para la ejecución del trabajo, como un espacio *coworking*, la segunda residencia etc., lo cual, dificulta la calificación como laboral del suceso ocurrido.

En estos supuestos, surge la duda de la posible aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo⁹, que considera accidente laboral el ocurrido en los vestuarios de una empresa —considerándolos lugar de trabajo— y, por lo tanto, aplicando la presunción de laboralidad. Ahora bien, se exige el elemento temporal, es decir, que el accidente se produzca durante el tiempo de trabajo, cuando la persona trabajadora se encuentre en su puesto de trabajo entendiéndose por

⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 4 octubre 2012 (RJ\2012\10305); Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia de 9 mayo 2006 (RJ\2006\3037).

ello que ha comenzado a realizar alguna actividad, y es entonces cuando opera la presunción de laboralidad; por ello, la importancia de que el acuerdo de trabajo a distancia refleje con exactitud el horario de trabajo indicando el inicio y fin de la jornada, y el lugar o los lugares de trabajo elegidos por la persona trabajadora para llevar a cabo la prestación de servicios que, además, habrá que conciliar con el derecho a horario flexible.

Sin embargo, el Alto Tribunal mantiene que no opera la presunción cuando el accidente ocurre en los vestuarios de la empresa, generalmente cambiándose de ropa, fuera del horario laboral, antes de iniciar la jornada o después de finalizada la misma. Este razonamiento nos lleva a pensar si tampoco se aplicaría la presunción a los supuestos de accidentes ocurridos en la habitación de la vivienda donde la persona está cambiándose de ropa, o el accidente acaecido en la ducha o en la cocina antes del inicio o después del fin de la jornada. Aun así, en estos casos, al no operar la presunción podría considerarse accidente laboral en el supuesto de acreditar la relación de causalidad entre la actividad desarrollada y el suceso acaecido.

Pese a ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2012 (rec. 3402/2011)¹⁰, matiza y determina que opera la presunción en un supuesto de infarto de miocardio ocurrido en los vestuarios, antes del inicio de la jornada de trabajo, pero después de haber fichado y mientras la persona trabajadora se proveía de los equipos de protección individual obligatorios. Además, percibía un plus de puntualidad solo si se realizaban estas operaciones previas a la incorporación a su puesto de trabajo, y acudía al trabajo en el autobús de la empresa cuya ruta estaba establecida por la misma teniendo en cuentas todas estas cuestiones.

En tales circunstancias, se da una interpretación flexible, considerando como tiempo de trabajo determinados intervalos de tiempo en los que la persona trabajadora no se encuentra de manera exacta en su puesto de trabajo, pero sí llevando a cabo actuaciones fundamentales para su incorporación al mismo, lo cual, en el supuesto del teletrabajo podría aplicarse, y más, cuando esta modalidad de trabajo a distancia ofrece cierta flexibilidad horaria.

En cualquier caso, la presunción de laboralidad es *iuris tantum*, por lo tanto, admite prueba en contrario que destruya el carácter laboral de la contingencia. Así, algunos autores entienden que habrá que estar al tipo y naturaleza de la lesión sufrida, aunque no sea una cuestión determinante de la laboralidad (Orrit, 2020), para descartar aquellas que no guarden relación con la ejecución del trabajo (Selma, 2016: 143-144). En definitiva, serán los tribunales los que tendrán

¹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 4 octubre 2012 (RJ\2012\10305).

que dar respuesta a toda la problemática que pueda surgir en torno al accidente de trabajo en el teletrabajo.

3.2. Tiempos de disponibilidad o guardias

En el acuerdo de trabajo a distancia, según lo establecida en el artículo 7 de la LTD, habrá que regular, como contenido mínimo obligatorio y dentro del horario de trabajo de la persona trabajadora, las reglas de disponibilidad. ¿Qué sucedería si el accidente ocurre en tiempos de disponibilidad o guardias?

Respecto a esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en sentencia de 11 de noviembre de 2021¹¹, declara que no es tiempo de trabajo el período de disponibilidad o guardia no presencial —24 horas los 7 días de la semana, solo interrumpidos por períodos de vacaciones y de indisponibilidad previamente notificados y autorizados— de un bombero del retén de guardia del Ayuntamiento de Dublín, el cual, si recibe una llamada de urgencia debe estar en cinco minutos —máximo diez— en el parque de bomberos, y además, le permite ejercer durante este período una actividad profesional como taxista que ejerce con autorización de su empresario. En este supuesto, el TJUE entiende que dicho período no constituye tiempo de trabajo, si del análisis de las circunstancias concretas del caso, se aprecia la inexistencia de limitaciones que afecten a la libertad para gestionar el tiempo durante los períodos de guardia en los que no presta servicios, y puede dedicarlo a sus propios intereses.

Para ello, el Tribunal mantiene que resulta fundamental tener en cuenta el plazo del que dispone para incorporarse a su actividad cuando sea requerido, y la frecuencia de dichos requerimientos que, en cualquier caso, corresponde apreciar al órgano judicial remitente.

El TJUE interpreta el artículo 2.1 y 2.2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003¹², relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que considera normas de Derecho social de la Unión de especial importancia, según la cual:

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».

2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo.

¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), Caso MG contra Dublin City Council. Sentencia de 11 noviembre 2021. (TJCE\2021\277); Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Caso D. J. contra Radiotelevizija Slovenija. Sentencia de 9 marzo 2021 (TJCE\2021\52); Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Caso R.J. contra Stadt Offenbach am Main. Sentencia de 9 marzo 2021 (TJCE\2021\51).

¹² DO L 299 de 18.11.2003, p. 10.

Y, resuelve lo siguiente:

En cuanto a la calificación de los períodos de guardia, el Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88, incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se cubren 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 facultad 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.

A sensu contrario, los períodos de disponibilidad o guardia localizada no se considerarán tiempo de trabajo, si dichas limitaciones no impiden el desarrollo libre del tiempo de disponibilidad durante el cual no se requiere la prestación de servicios, pudiendo disponer de ese tiempo según sus intereses.

Por consiguiente, si estos períodos de guardia, según el TJUE, no se consideran tiempo de trabajo en aplicación del artículo 2.2 de la Directiva 2003/88/CE, se tendrán que interpretar como tiempo de descanso, lo cual, podría ir en contra de lo dispuesto en el Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 29 de junio¹³, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Por ello, el Tribunal de Justicia sostiene 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. Corresponde a los Estados miembros definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación.

A estos efectos, se pone de manifiesto la necesidad en nuestro derecho de una regulación sobre la limitación racional de los tiempos de disponibilidad, que garanticen el derecho a la seguridad y salud laboral y al descanso en relación con el trabajo en guardias localizadas, ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que garantice el derecho al descanso en estos supuestos (Lousada, 2022: 9-10).

En relación con ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2020 (rec. 28/2019)¹⁴, aplicando la doctrina del TJUE, entiende que

¹³ DO L 183 de 29.6.1989.

¹⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 1076/2020, de 2 diciembre (RJ\2020\5544); Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 485/2020, de 18 junio (RJ\2020\3461).

no se considera tiempo de trabajo efectivo la situación de disponibilidad en la se encuentran los trabajadores que prestan servicios de prevención —extinción de incendios forestales de la Comunidad de Madrid—, durante la cual, deben atender una llamada para acudir equipados en treinta minutos al punto de encuentro, sin estar obligados a estar en un sitio concreto establecido por la empresa y en un tiempo razonable. Y ello, con base en la configuración de dos elementos que se tienen en cuenta para la definición de tiempo de trabajo:

[...] El elemento espacial, el tiempo de trabajo exige que el trabajador esté obligado a permanecer en las instalaciones de la empresa o en cualquier otro lugar designado por el empleador —incluido el propio domicilio— para atender al llamamiento empresarial, y el elemento temporal, identificado como tiempo breve de respuesta al llamamiento de la empresa para acudir al lugar de trabajo.

Uno y otro elemento, en definitiva, deben provocar una limitación de la libertad de deambulación y de administración del tiempo en el que el trabajador pueda dedicarse a sus intereses personales, familiares y sociales y, por ende, como ha dicho esta Sala, «será tiempo de trabajo cuando la guardia exige la obligada permanencia en un determinado espacio físico y dar respuesta inmediata en caso de necesidad, porque en tales circunstancias el trabajador se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales.

Mientras que se considerarán como tiempo de descanso, si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de ocio que libremente quisiera realizar, en los que solo será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender la incidencia».

En un sentido similar y siguiendo la doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo en una reciente sentencia, de 17 de febrero de 2022 (rec. 123/2020)¹⁵ —que rectifica doctrina—, considera tiempo de trabajo efectivo las guardias de 24 horas de presencia en el centro de trabajo a los efectos de la jornada anual, computándose el exceso como horas extraordinarias —en el supuesto de trabajadores del servicio de emergencia de ambulancias que desarrollan el servicio en régimen de guardias de 24 horas al día y descansos de 72 horas—, en aplicación de la Directiva 2003/88/CE, que establece los límites de duración máxima de trabajo semanal aplicable a todas las personas trabajadoras. Y ello, en base a los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia, que reconoce como tiempo de trabajo aquellos períodos de guardia en los que se requiere la presencia física del trabajador en el centro de trabajo y estar a disposición del empresario, res-tándole libertad para gestionar el tiempo durante el cual no presta servicios.

Por todo lo anterior, en el supuesto de que ocurra un accidente durante estos períodos de disponibilidad o guardia no presencial que constituya tiempo

¹⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia núm. 159/2022, de 17 febrero (RJ\2022\1499).

de trabajo —según la interpretación dada por el TJUE—, podría considerarse como accidente laboral pudiéndose aplicar la presunción *iuris tantum*. Es decir, el accidente que sucede en lugar y tiempo de trabajo es accidente laboral, salvo prueba en contrario. Pero, si se entiende que no es tiempo de trabajo, es decir, que el accidente ocurre durante el tiempo de descanso, podría no aplicarse dicha presunción. No obstante, cabría la posibilidad de acreditar la relación de causalidad.

Con todo, el Tribunal Supremo exige para la determinación del tiempo de trabajo, que la persona trabajadora permanezca de forma obligatoria en un lugar designado por el empresario y, además, brevedad en cuanto a su incorporación a la actividad laboral cuando sea requerida. Aquí, surge la duda de la posible extensión a los supuestos de teletrabajo, puesto que en estos casos es la persona trabajadora quien elige el lugar de prestación de los servicios.

Asimismo, como se ha mencionado anteriormente¹⁶, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en su artículo 2.2, define el período de descanso en contraposición al tiempo de trabajo. Así que, puede tener lugar un accidente cuando la persona está teletrabajando —principalmente en su domicilio— durante estos periodos de descanso (tomar un café, salir a la calle, ejercer el derecho a la desconexión digital etc.).

En estos supuestos, cabe plantearse si sería posible la extensión de la doctrina jurisprudencial, según la cual, el Tribunal Supremo¹⁷ aplica la presunción de laboralidad considerando que se dan los requisitos de lugar y tiempo de trabajo, para aquellas lesiones o padecimientos sufridos por trabajadores en relación con el trabajo en el mar, concretamente, a bordo de buques, incluso, durante períodos de descanso o encontrándose pernoctando, diferenciando entre «[...] tiempo de trabajo y jornada efectiva de este, limitada la última y sin limitación aquél [...]», por entender que en cualquier momento puede ser necesario prestar la efectiva actividad laboral, declarando que «[...] el accidente se produce en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo [...]». Y ello, debido a la peculiaridad del trabajo en el mar y las especiales condiciones en las que se lleva a cabo, debido a la peligrosidad que implica:

[...] cuyo trabajo se desarrolla a bordo de la embarcación, que no solo es el centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque pues, aun cuando el barco atraque, el domicilio de los tripulantes continúa siendo el barco.

¹⁶ *Vid. Supra.*

¹⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 24 febrero 2014 (RJ\2014\2771); Sentencia de 16 julio 2014 (RJ\2014\5291); Sentencia de 6 julio 2015 (RJ\2015\4682); Sentencia de 22 septiembre 1986 (RJ\1986\5025); Sentencia de 6 octubre 1983 (RJ\1983\5053).

Sin embargo, las condiciones de trabajo en la modalidad de teletrabajo en el domicilio de la persona trabajadora no son las mismas. En el acuerdo de trabajo a distancia tiene que constar el horario de la persona trabajadora y los tiempos de disponibilidad obligatoria, eso sí, se tiene derecho al horario flexible, pero respetando los tiempos de trabajo y descanso, el derecho a la desconexión digital y la seguridad y salud laboral. No obstante, tanto en un supuesto como en el otro, el centro de trabajo es el domicilio de la persona trabajadora. Por consiguiente, si no se pudiese calificar de accidente laboral por aplicación de la presunción de laboralidad, cabría la posibilidad de acreditar la relación de causalidad (Orrit, 2020).

En esta línea, el Tribunal Supremo aplica la presunción de laboralidad¹⁸ y, por tanto, la consideración de accidente de trabajo a las lesiones sufridas por personas dedicadas al transporte por carretera —conductor de camión— durante el tiempo de descanso (derrame cerebral sufrido durante una parada para tomar un café, o fallecimiento por arritmia cardíaca sobrevenida durante el descanso nocturno en la cabina del camión), considerado como *horas de presencia* y en virtud de la *disponibilidad*, ya que dicho tiempo forma parte de la jornada laboral en la que el trabajador está a disposición de la empresa. Por otra parte, en este caso concreto, la presunción no ha quedado desvirtuada ya que no se ha podido descartar que el trabajo fuese el desencadenante de la lesión, por lo que, no hay ruptura del nexo causal entre el trabajo y la lesión. La sentencia declara que el acto lesivo sucede «[...] con presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo».

En suma, la doctrina del Tribunal Supremo¹⁹ ha sido flexible en cuanto a la estimación como tiempo de trabajo cuando el accidente ocurre en el lugar de trabajo. Así, ha calificado de accidente de trabajo por aplicación de la presunción de laboralidad, el fallecimiento de un trabajador de la construcción cuando se encontraba comiendo en la obra al derrumbarse un muro del inmueble, declarándolo como jornada de trabajo, porque es práctica generalizada y aceptada en estos casos que los trabajadores lleven a cabo sus comidas en el centro de trabajo y durante la pausa permitida, sin que quepa desvincular la lesión del trabajo:

[...] dado que el accidente se produjo en el lugar de trabajo y por causas derivadas de la actividad laboral, o como consecuencia de ella, y de las instalaciones de la empresa, durante una breve pausa destinada a comer, de modo que, si no se llega a esa conclusión a través del criterio estricto de la causalidad, sí debe hacerse con el más extenso de la ocasionalidad.

¹⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 19 julio 2010 (RJ\2010\4886); Sentencia de 22 julio 2010 (RJ\2010\7283).

¹⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia de 9 mayo 2006 (RJ\2006\3037).

Por ende, en el teletrabajo, los accidentes que ocurran en determinados tiempos de descanso o desconexión, como tomar un café, comer o ir al baño, podrían calificarse como accidente laboral. A este respecto, La Sentencia Tribunal Superior de Justicia TSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1.^a) Sentencia núm. 2219/2015, de 24 noviembre (rec. 1961/2015)²⁰, reconoce como accidente de trabajo el ocurrido a una trabajadora que resbaló al salir del centro de trabajo durante una pausa para desayunar, golpeándose la espalda contra suelo. La sentencia entiende que todo trabajador necesita ciertas pausas durante el desarrollo del trabajo con la finalidad de descansar y contribuir a la mejora de la productividad de la empresa.

3.3. Accidentes *in itinere* y en misión

En otro orden de cosas, se está haciendo referencia al teletrabajo realizado mayoritariamente en el domicilio de la persona trabajadora, y ello, lleva consigo la disminución en el número de desplazamientos entre el domicilio y el lugar de trabajo. Sin embargo, puede ser que en el acuerdo de trabajo a distancia se elijan lugares distintos para la prestación de los servicios, como telecentros, segundas residencias, espacios *coworking*, etc., donde aparecen nuevos riesgos. En efecto, pueden producirse accidentes en los desplazamientos que se lleven a cabo en una variedad de situaciones: cuando haya que desplazarse al centro de trabajo para realizar trabajo presencial, para asistir a reuniones, en los supuestos de tener que acudir a revisiones médicas o en cumplimiento de responsabilidades familiares. Pero también, cuando se hayan fijado dos lugares distintos para llevar a cabo el teletrabajo o, incluso, accidentes en el propio domicilio en el recorrido de una habitación del domicilio a otra para realizar trabajo o viceversa.

En relación con este tipo de accidentes y su calificación como accidentes *in itinere*, el artículo 156.2.a) LGSS, los define como aquellos que ocurren al ir o al volver del lugar de prestación del trabajo. Además, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en sentencia de 26 diciembre 2013 (rec. 2315/2012), da una definición amplia adaptada a la realidad social, teniendo en cuenta las nuevas formas de organización del trabajo, la conciliación con la vida familiar y la movilidad geográfica. Precisamente, reconoce como accidente *in itinere* el ocurrido un domingo por la noche en el trayecto del domicilio familiar al domicilio habitual durante los días laborales, antes de incorporarse al trabajo al día siguiente, reconociendo la sentencia que la finalidad del viaje está determinada por el trabajo y, por consiguiente, no se rompe el nexo causal entre trayecto y trabajo.

Resuelve el TS, que se dan los elementos que definen el accidente *in itinere*. Por un lado, el elemento teleológico, puesto que la finalidad del viaje está deli-

²⁰ Sentencia Tribunal Superior de Justicia TSJ de País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.^a), Sentencia núm. 2219/2015, de 24 noviembre (JUR\2016\59507).

mitada por el trabajo —el accidente ocurre en el camino de vuelta para incorporarse al trabajo al día siguiente y se parte del domicilio familiar—; por otro lado, el elemento cronológico, el accidente tiene lugar en el trayecto desde su domicilio familiar —un domingo a las 21:15 horas—, hasta su domicilio habitual —para su incorporación al trabajo al día siguiente después de un descanso—,

[...] Y es que, aunque el accidente se produce en un itinerario cuyo destino no es el lugar del trabajo, ese dirigirse a la residencia laboral no rompe la relación entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia laboral para desde este ir al trabajo en unas condiciones más convenientes para la seguridad y para el propio rendimiento laboral.

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 15 de enero de 2019 (rec. 2505/2018), considera accidente de trabajo *in itinere* el sufrido por una enfermera, que se desvió de su trayecto habitual para dejar a su hijo un día no lectivo al cuidado de los abuelos. El tribunal declara, de conformidad con la realidad social, que la desviación del trayecto habitual no es ajena a una concausa laboral, puesto que el accidente vino motivado por la necesidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral —principio pro conciliación— y el tiempo empleado no fue excesivo. Por ese motivo, se estima que concurren los requisitos teleológicos, geográficos, cronológicos e idoneidad del medio.

Por todo ello, debido a la adaptación del concepto de accidente *in itinere* a la realidad social y consiguiente flexibilización del concepto de domicilio (Poquet, 2017: 51-53), podrían reconocerse como accidentes de trabajo *in itinere* los ocurridos en la modalidad de teletrabajo, cuando la persona teletrabajadora realice algún desplazamiento, siempre y cuando no se rompa el nexo causal. En cualquier caso, habrá que estar a la expectativa de una posible aplicación de dicho concepto a estos supuestos, tal y como mantiene la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de julio de 2020 .

A mayor abundamiento, el artículo 156.2. c) LGSS define los accidentes de trabajo en misión —de creación jurisprudencial—, como «los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa».

En este sentido, el Tribunal Supremo expone que para calificar un accidente como accidente en misión tienen que concurrir dos elementos: en primer lugar, un desplazamiento para cumplir con la misión y, en segundo lugar, la realización del trabajo encargado por la empresa, es decir, que el trabajo actúe como causa que ocasione el accidente. En estos casos, el TS estima que la presunción de laboralidad alcanza a todo el tiempo que dure el desplazamiento en el cual la persona trabajadora se encuentra prestando servicios para la empresa, conside-

rando lugar de trabajo todo «lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual», y ello, porque el deber general de seguridad del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado alcanzando a estos supuestos.

No obstante, sostiene el Tribunal Supremo, «[...] no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral». En el caso enjuiciado considera accidente de trabajo en misión el ocurrido a un cocinero en un buque, lugar que constituía su centro de trabajo y también su domicilio ocasional durante todo el tiempo que dura el embarque. El accidente ocurre durante el tiempo de espera por motivos climáticos y estando el barco atracado. El trabajador salió del barco y a la vuelta, al saltar desde otro barco al suyo, cayó al mar y falleció. La Sala entiende que el accidente se produjo con ocasión del trabajo.

Por consiguiente, cabe reflexionar sobre la posibilidad de aplicar esta doctrina a la modalidad de teletrabajo —y, concretamente, el realizado en el domicilio de la persona trabajadora—, ya que la persona teletrabajadora puede sufrir accidentes en una variedad de circunstancias, por ejemplo, al ir a buscar algún documento de trabajo a algún cuarto trastero, sótano, almacén, bodega, altillo etc., o al ir a comprar material indispensable de trabajo. Sin embargo, al desarrollarse el teletrabajo mediante el uso exclusivo o prevalente de herramientas informáticas, podría romperse el nexo causal en estos supuestos, al no existir una relación de causalidad con el trabajo que justifique la necesidad de llevar a cabo estos desplazamientos y, por esa razón, podría calificarse de accidente doméstico (Selma, *op. cit.*, 2026: 158).

A este respecto, la Nota Técnica de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (NTP 412: 1996) sobre teletrabajo —complementada por la NTP 1165:2021, sobre teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo—, ya mencionaba que la tarea tenía que caracterizarse por un elevado grado de informatización de la información, por no requerir acceso a información, datos y equipos no informáticos y, por ello, no necesitar espacio para almacenamiento de aparatos, equipos o documentos.

En definitiva, serán los tribunales, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, los que tendrán que dar respuesta a esta diversidad de casuísticas en la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo.

3.4. Riesgos psicosociales

Por último, uno de los riesgos específicos del teletrabajo son los riesgos psicosociales —los cuales, tienen un gran sesgo de género— (Vallejo, 2019: 142;

Pérez, 2021: 523-525), derivados de largas jornadas laborales, dificultad para conciliar trabajo y familia, situaciones de violencia, ciberacoso o acoso virtual y discriminación —que, sin duda— no afectan de la misma manera a teletrabajadoras y teletrabajadores (Giuzio, 2021: 420-424). Además, pueden manifestarse de muy diversas formas y causar problemas de salud mental como la *tecnofobia*, *tecnoadicción* o *tecnoansiedad* (Rodríguez, 2021: 25; Rodríguez, 2020: 686), y que hoy en día no están considerados como enfermedades profesionales en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, de enfermedades profesionales²¹.

Así pues, para la calificación como accidente laboral, en el supuesto de determinadas enfermedades, no incluidas en el concepto de enfermedades profesionales, aunque dichas enfermedades se manifiesten fuera del tiempo de trabajo, habrá que demostrar por quien la padeció, que la enfermedad ha sido contraída con motivo del desempeño del trabajo, y, «siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo», de conformidad con el artículo 156.2.e LGSS.

En relación con ello, el Tribunal Supremo (rec. 6590/2003)²², dictaminó accidente de trabajo un supuesto de estrés sufrido por un ertzaina debido a las agresiones verbales y físicas producidas en el ejercicio de su actividad profesional. En este caso, la sentencia reconoce como accidente de trabajo las enfermedades de corte psíquico siempre y cuando se acredite fehacientemente la relación de causalidad entre la realización del trabajo y la aparición posterior de la enfermedad, es decir, que la enfermedad haya sido contraída con motivo de la realización del trabajo, siendo este la causa exclusiva, y ello, aunque no pueda vincularse la misma con una concreta y determinada actuación laboral.

En la misma línea, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, se pronuncia al respecto en numerosas sentencias. Así, la sentencia de 20 de septiembre 2016 (rec. 1631/2016)²³, en el caso de una trabajadora que sufre un cuadro de ansiedad y trastorno del sueño, sin antecedentes psiquiátricos, derivado de estrés por una situación de conflicto laboral en la empresa en la que se da una situación de acoso y aislamiento a la trabajadora, por lo que la empresa ha sido sancionada. La misma Sala, en sentencia de 2 de noviembre de 1999 (rec. 1320/1999) en otro supuesto de síndrome de desgaste personal, estar quemado o *burn-out*²⁴; sentencia de 9 de mayo de 2000 (rec. 288/2000)

²¹ Real Decreto núm. 1299/2006, de 10 de noviembre. Aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro. BOE 19 diciembre 2006, núm. 302 [pág. 44487] (RCL 2006\2248).

²² Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia de 18 enero 2005 (RJ\2005\1157).

²³ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 1799/2016, de 20 septiembre (JUR\2016\239626).

²⁴ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social), Sentencia núm. 2662/1999, de 2 noviembre (AS\1999\4212).

depresión ocasionada por una modificación sustancial de condiciones trabajo²⁵; sentencia de 13 de octubre de 1997 (rec. 3626/1996)²⁶ crisis nerviosa por estrés profesional ocurrido, además, en tiempo y lugar de trabajo. La Sala resuelve, de conformidad con el artículo 156.2.e LGSS, que se dan los requisitos para su consideración como accidente de trabajo, ya que:

Para que una enfermedad sea calificada como accidente de trabajo, sin conexión o vinculación con enfermedad previa, es preciso que concurran los siguientes requisitos: a) que la enfermedad haya sido contraída con motivo del desempeño de la actividad laboral y b) que el trabajo sea la única o exclusiva causa de su aparición, extremos ambos cuya prueba incumbe a la persona trabajadora que pretende incardinar su padecimiento en la consideración de accidente de trabajo.

Es decir, tal y como mantiene la sentencia del TSJ de País Vasco de 29 de diciembre de 2006 (rec. 2374/2006)²⁷, no basta con que la enfermedad se desencadene a consecuencia de la actividad laboral, sino que, además, esta tiene que ser el único factor causal de dicha enfermedad y, por consiguiente, no debe existir sintomatología psíquica de base de la persona afectada. De esta manera, no tendrá la consideración de accidente de trabajo la enfermedad sufrida por la persona trabajadora cuando existan otras causas desencadenantes de la misma, además del desempeño de la actividad laboral. Es decir, cuando el trabajo no sea el único factor causal. «[...] Conviene no confundir pluralidad de causas reales con variedad de causas posibles, pero solo una real [...]»

A tal efecto, existe numerosa jurisprudencia de suplicación que reconoce la existencia de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, calificando de accidente de trabajo las enfermedades que no tengan la consideración de enfermedades profesionales, como es el caso de los riesgos psicológicos, que contraiga el trabajador con motivo de la realización del trabajo y siempre que se demuestre que la causa de la enfermedad fue única y exclusivamente la realización del mismo, como único factor causal. Por ejemplo, en el caso de una crisis de ansiedad de una trabajadora producida por una agresión de un compañero de trabajo (rec. 2314/2004)²⁸; cuadro de depresión por conflictividad laboral (rec. 1958/2004)²⁹; síndrome depresivo reactivo a conflictividad laboral

²⁵ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social), Sentencia de 9 mayo 2000 (AS\2000\3289).

²⁶ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social) Sentencia de 7 octubre 1997 (AS\1997\3163).

²⁷ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 2988/2006, de 29 diciembre (AS\2007\897).

²⁸ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3.ª), Sentencia núm. 971/2004, de 12 julio (AS\2004\2866).

²⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3.ª), Sentencia núm. 958/2004, de 12 julio (JUR\2004\278834).

(rec. 4299/2006)³⁰ (rec. 2824/2010)³¹; estado de ansiedad generalizado, derivada de la existencia de un entorno laboral hostil (rec. 310/2018)³², crisis de ansiedad o síndrome de estrés postraumático por sufrir una agresión en el entorno laboral (rec. 315/2013)³³, entre otras.

Por otra parte, el artículo 156.2.f LGSS, define también como accidente de trabajo «las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente». Y, al respecto, el TSJ del País Vasco³⁴ reconoce como accidente de trabajo:

Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad en los que el accidente actúa como elemento desencadenante de la enfermedad padecida por el trabajador, agudizándola o sacándola de su estado latente, porque si trabajaba normalmente antes del accidente hay que entender que todos los resultados derivan de este, y a este imputados. Pero, en estos casos, ha de existir nexo causal entre la enfermedad, el trabajo ejecutado y la agravación de la dolencia, sin que el hecho de que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral no dota a la misma, sin más, de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de aquel ejercicio laboral en la aparición de la patología de referencia.

Por ello, en estos supuestos, se considera que son varias las causas que determinan la calificación de accidente laboral³⁵ y, por consiguiente, se entiende que:

Son accidentes de trabajo los resultantes de la agravación de enfermedades o defectos preexistentes, de modo que junto a las relaciones de causalidad u ocasionalidad entre trabajo y lesión, pueden darse las de concausalidad entre el accidente y otras lesiones preexistentes o sobrevenidas.

Además, el Tribunal Supremo³⁶ determina que la presunción de laboralidad no se destruye porque la enfermedad tenga etiología común, o porque se padeciese con anterioridad, ni tampoco por la existencia de antecedentes o por la aparición de síntomas antes de comenzar el trabajo, puesto que lo que se

³⁰ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 2209/2010, de 4 mayo (JUR\2010\323981).

³¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 5766/2011, de 15 septiembre (AS\2011\2836).

³² Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 663/2018, de 22 junio (JUR\2019\32718).

³³ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 10 abril 2013 (JUR\2013\179521).

³⁴ *Vid. Supra* TSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 1799/2016, de 20 septiembre.

³⁵ Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 353/1999, de 8 septiembre (rec.373/1999) (AS\1999\3057).

³⁶ *Vid. Supra*, Sentencia de 9 mayo 2006 (RJ\2006\3037).

tiene en cuenta para la calificación de accidente laboral y su consiguiente acción protectora, es la acción del trabajo y las condiciones en las que se presta, como desencadenantes o coadyuvantes de la crisis que ocasionan la lesión, pero no la acción del trabajo como causante de la propia dolencia o lesión.

Siguiendo este hilo argumental, ha habido alguna sentencia judicial —aunque escasas— que se han pronunciado en relación con la calificación de accidente de trabajo en el teletrabajo.

Por un lado, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, de 15 de septiembre de 2020 (rec. 809/2020)³⁷, estima como accidente de trabajo la muerte súbita por infarto de miocardio de un trabajador —con la categoría de técnico comercial— que realizaba parte de la jornada en su domicilio, sobre todo las tareas administrativas, ya que la empresa no contaba con un centro u oficina física en la zona donde el trabajador tenía que prestar los servicios de comercial, pero también realizaba visitas programadas a sus clientes utilizando para ello ordenador, teléfono móvil y coche de empresa, gozando de flexibilidad horaria, aunque el horario general de la empresa era de 8:00 a 17:00 horas. El infarto mortal tuvo lugar en su domicilio el día 4 de enero de 2019 sobre las 8:30 horas, es decir, en tiempo y lugar de trabajo. Ha quedado probado que no existía conflictividad laboral y que el trabajador tenía antecedentes de tabaquismo, obesidad y angina estable clase funcional.

La Sala determina que se trata de un accidente de trabajo por aplicación del artículo 156.3 de la LGSS, según el cual, existe una presunción *iuris tantum* de accidente de trabajo cuando el mismo ocurre durante el tiempo y en el lugar de trabajo —y ello, aunque dicha actividad desarrollada en el domicilio no fuese predominante para su calificación legal como trabajo a distancia—, salvo prueba en contrario, que la mutua no ha podido destruir, ya que corresponde la carga de la prueba a la parte que niega dicha contingencia como laboral. En este caso, no se ha podido probar que las actividades desarrolladas en el domicilio no tuviesen relación con su actividad laboral. También, la sentencia sostiene que la existencia de antecedentes cardíacos o síntomas previos, incluso, el padecimiento de la enfermedad con anterioridad, no destruyen la presunción de laboralidad «[...] pues la crisis se ha desencadenado en tiempo y lugar de trabajo, sin que se pueda excluir la intervención del trabajo como factor desencadenante de la misma».

En definitiva, la Sala del TSJ del País Vasco, aplicando la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo³⁸ para supuestos de accidentes cardíacos-cerebrales (infartos, ictus, afectaciones cardio-vasculares), resuelve que, la pre-

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia núm. 1075/2020, de 15 septiembre (JUR\2021\70705).

³⁸ *Vid. Supra.*

sunción de laboralidad se refiere tanto a los accidente o lesiones como a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que surjan en el trabajo y, por consiguiente, el trabajo constituya un factor decisivo, a no ser que pueda acreditarse la ruptura del nexo causal, por tratarse de enfermedades en las que el trabajo no haya influido.

Y, además:

[...] tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo. Lo mismo sucede, como es notorio, con el edema pulmonar o la embolia de este carácter, en los que no cabe excluir ese elemento laboral en el desencadenamiento.

Por otro lado, en un sentido similar, la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Girona, de 12 de noviembre de 2021³⁹ (proc. 524/2021), reconoce como accidente laboral el ictus isquémico sufrido por una trabajadora —con la categoría de auxiliar administrativa— que se encontraba teletrabajando desde su domicilio. Queda acreditado que la trabajadora gestionó el día anterior al padecimiento un alto volumen de trabajo —hasta 45 correos electrónicos y atendió hasta 45 llamadas telefónicas—, cifras que son de las mayores que constan en los registros y que no era lo habitual. Además, no se ha podido probar que dicha patología no tuviese relación con el trabajo desarrollado, es decir, no queda acreditada la ruptura del nexo causal entre la actividad desarrollada y la lesión producida. La sentencia, dictamina según la doctrina del Tribunal Supremo y, por lo tanto, aplica la presunción de laboralidad del artículo 156.3 LGSS.

De esta manera, considera accidente de trabajo la lesión cardíaca ocurrida en tiempo y lugar de trabajo, y sostiene que dicha lesión no es extraña a la causa de carácter laboral y tampoco se ha podido destruir la presunción:

«[...] pues no permite excluir de forma clara y determinante que el desempeño del trabajo fuese un factor desencadenante del proceso lesivo o, cuanto menos, un factor coadyuvante, y, por ende, suficiente para su producción [...]».

Por último, una sentencia reciente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 18 de enero de 2022 (rec. 875/2021)⁴⁰, califica como accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido por una teletrabajadora —con categoría profesional de Profesora de Educación Primaria—, que se encontraba realizando teletrabajo en su domicilio como consecuencia de la situación de pandemia y con horario de trabajo flexible. El día que sufre el accidente, la teletrabajadora

³⁹ Juzgado de lo Social de Girona (Comunidad Autónoma de Cataluña), Sentencia núm. 199/2021, de 12 de noviembre (AS\2021\691).

⁴⁰ TSJ de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia num. 20/2022, de 18 enero (JUR\2022\116044).

muestra síntomas y los comunica, antes y durante una reunión virtual que estaba programada con otros compañeros, y, una vez finalizada dicha reunión el hijo de la persona teletrabajadora llama al 061 manifestando la indisposición de su madre. En este supuesto, se aplica la presunción de laboralidad por entender que el infarto tuvo lugar durante el transcurso de la actividad laboral, en tiempo y lugar de trabajo, aunque los síntomas apareciesen antes de comenzar la reunión y la crisis tuviera lugar una vez finalizada la misma, por lo que, el TSJ de Aragón concluye que no hay ruptura del nexo causal.

4. Reflexiones finales

La ausencia de regulación específica del concepto de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo, como una subespecie de trabajo a distancia, plantea incertidumbres y cierta inseguridad jurídica, a la hora de la calificación como contingencia profesional o común y la consiguiente extensión de la acción protectora correspondiente.

En el teletrabajo, los conceptos de lugar y tiempo de trabajo quedan difuminados puesto que el lugar de prestación de servicios se encuentra —principalmente— en el domicilio de la persona teletrabajadora y, además, existe una flexibilización en la organización del tiempo de trabajo que ofrecen las tecnologías de la información y de la comunicación, que dificultan la delimitación de dichos conceptos.

Con todo, esta modalidad de trabajo a distancia conlleva una serie de riesgos laborales que pueden causar daños derivados de la ejecución del teletrabajo. De hecho, los riesgos más específicos de esta modalidad de trabajo, tal y como menciona la Ley de Trabajo a Distancia, son los riesgos psicosociales, ergonómicos y organizativos, que pueden provocar determinadas enfermedades, patologías o lesiones, de compleja calificación como contingencia profesional.

En el presente artículo se han analizado una pluralidad de casuísticas que pueden ocurrir y hacen reflexionar, sobre la posible aplicación por analogía al teletrabajo, del concepto legal de accidente laboral contenido en la Ley General de Seguridad Social y toda la jurisprudencia existente en relación con el trabajo presencial.

Actualmente, son escasas las sentencias judiciales relacionadas con los accidentes de trabajo en el teletrabajo, y las que se han pronunciado —en supuestos de infartos o ictus—, han resuelto aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, que considera accidente laboral aquellos sucesos en los que el trabajo actúa como factor decisivo en la producción del padecimiento y, además, no queda acreditada la ruptura del nexo causal.

No obstante, las personas teletrabajadoras pueden sufrir accidentes en multitud de situaciones, como los accidentes ocurridos en un lugar distinto al especificado en el acuerdo de teletrabajo, en tiempos de disponibilidad o guardias, en períodos de descanso o desconexión, *in itinere*, en misión, riesgos psicosociales etc., para los que no hay una respuesta determinada.

Por todo ello, resultaría necesario, de *lege ferenda*, una regulación clara, concreta y específica del concepto de accidente de trabajo en el teletrabajo. Mientras tanto, tendrán que ser los tribunales los que —caso por caso— vayan dando solución a la variedad de situaciones que puedan aparecer, y quienes vayan calificando los posibles accidentes como laborales o domésticos, lo cual, no está exento de dificultades.

5. Referencias bibliográficas

- AYERRA DUESCA, Nuria J. (2022) «El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, 47, 41-71. Doi.org/10.1387/lan-harremanak.23520. ISSN: 1575-7048 / e-ISSN: 2444-5819.
- CERVILLA GARZÓN, María José, JOVER RAMÍREZ, Carmen (2015) «Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales», *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, (3), 4. ISSN 2282-2313.
- GALA DURÁN, Carolina (2021) «Teletrabajo. La compleja relación entre teletrabajo y accidente de trabajo (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona de 12 de noviembre de 2020, proc. 524/2020). Accidente laboral», *La Administración Práctica*, núm. 7, 2021. BIB 2021\4134.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín (2021) «El nuevo marco legal del trabajo a distancia», en PÉREZ DE LOS COBOS, FRANCISCO; THIBAUT ARANDA, Xavier (dir.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*. Madrid: Wolters Kluwer, 29-66. ISBN:978-84-18662-20-1.
- GIL PLANA, Juan (2021) «El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia», en PÉREZ DE LOS COBOS, FRANCISCO; THIBAUT ARANDA, Xavier (dir.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*. Madrid: Wolters Kluwer, 221-251. ISBN:978-84-18662-20-1.
- GIUZIO, Graciela, CANCELA, Mariselda (2021) «Teletrabajo e inequidades de género», *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, (9), 1, 410-426. ISSN 2282-2313.
- GONZÁLEZ-MENÉNDEZ, Eva, LÓPEZ-GONZÁLEZ, M.^a Jesús, GONZÁLEZ-MENÉNDEZ, Silvia, GARCÍA-GONZÁLEZ, Guillermo, ÁLVAREZ-BAYONA, Teresa (2019) «Principales consecuencias para la salud derivadas del uso continuado de nuevos dispositivos electrónicos con PVD», *Rev Esp Salud Pública* (93). e201908062.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa (2021) «Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 3, 175-212. Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Mercado/index>. DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM>. (Accedido: 12-7-2022).

- JURADO SEGOVIA, Ángel (2021) «Trabajo a distancia y conciliación de la vida laboral y familiar a la luz de las recientes reformas normativas», en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Xavier (dir.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*. Madrid: Wolters Kluwer, 287-326. ISBN:978-84-18662-20-1.
- LAHERA FORTEZA, Jesús (2021) «Obligaciones formales y contenido del acuerdo de trabajo a distancia», en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Xavier (dir.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*. Madrid: Wolters Kluwer, 157-177. ISBN:978-84-18662-20-1.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2022) «Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso», *Revista de jurisprudencia laboral*, 1. DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00301.
- MORENO ROMERO, Francisca (2021) «Accidente de trabajo y sus elementos de presunción en el teletrabajo», en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Xavier (dir.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*. Madrid: Wolters Kluwer, 473-501. ISBN:978-84-18662-20-1.
- ORRIT VIRÓS, Josep (2020) «El accidente laboral durante el teletrabajo, *Blog Tribulaciones de un prevencionista*. Disponible en: <https://www.prevencionintegral.com/comunidad/blog/tribulaciones-prevencionista/2020/06/02/accidente-laboral-durante-teletrabajo>. (Accedido: 11-07-2022).
- PÉREZ AGULLA, Sira (2021) «El trabajo a distancia desde una perspectiva de género», en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Xavier (dir.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*. Madrid: Wolters Kluwer, 503-530. ISBN:978-84-18662-20-1.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (2021) «La modificación de las condiciones de trabajo en el contrato de trabajo a distancia», en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; THIBAUT ARANDA, Xavier (dir.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*. Madrid: Wolters Kluwer, 179-191. ISBN:978-84-18662-20-1.
- POQUET CATALÁ, Raquel (2017) «Accidente de trabajo *in itinere* en el teletrabajo: su difícil conjunción, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, (5) 4, 40-57. ISSN 2282-2313.
- POQUET CATALÁ, Raquel (2021) «El encaje del infarto como accidente de trabajo en el teletrabajo», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, (I) 2, 155-178. <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i02.08>. ISSN 2445-3269.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2020), «Los riesgos psicosociales en el teletrabajo a domicilio bajo las coordenadas de la nueva economía “low touc”, en Ediciones Laborum. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Tomo II, IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 669-688. ISBN: 978-84-17789-48-0.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2021), «Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores», *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 2. ISSN-e 2660-437X.
- SELMA PENALVA, Alejandra (2016) «El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas», *Temas Laborales*, 134, 129-166.
- VALLEJO DA COSTA, Ruth (2019) «*Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos*». Bo-marzo. ISBN 978-84-17310-85-1.

- VENEGAS-TRESIERRA, Carlos Eduardo, RODRÍGUEZ-TARRILLO, Angélica Milagros (2018) «El teletrabajo y las enfermedades profesionales: a propósito de la covid-19», *Rev CES Salud Pública*, 9 (1), 51-57. ISSN: 2145-9932.
- VICENTE-HERRERO, M.^a Teófila, TORRES ALBERICH, J. Ignacio, TORRES VICENTE, Alfonso, RAMÍREZ ÍÑIGUEZ DE LA TORRE, M.^a Vitoria, CAPDEVILA GARCÍA, Luisa (2018) «El teletrabajo en salud laboral», *Revista CES Derecho*, (9), 2, 287-297. DOI: <http://dx.doi.org/10.21615/cesder.9.2.6>. ISSN: 2145-7719.

RIDERS DE EMPRESAS DE PLATAFORMA ¿CUÁL ES VUESTRO CONVENIO COLECTIVO?

Riders of platform companies, what is your collective agreement?

AMPARO ESTEVE-SEGARRA*

Universidad de Valencia, España

RESUMEN

Este artículo analiza el convenio colectivo sectorial aplicable a las personas dedicadas al reparto mediante bicicleta, monopatín o a pie de comida a domicilio o de productos de supermercados digitales. Para determinar el convenio colectivo de los repartidores se analiza la cuestión sobre la base de cuatro ejes. En el primero se incide en la inclusión del personal de reparto de comida en el sector de la hostelería en España. En el segundo eje se aborda qué ocurre si la empresa que ha contratado al repartidor/a dispone de un convenio de empresa. En tercer lugar, se plantea el convenio colectivo aplicable en los *dark stores*. En cuarto lugar, se finaliza razonando por qué aplicar el convenio del sector de mensajería puede ser ilegal. Finalmente, se establecen unas conclusiones sobre el convenio colectivo aplicable a los *riders*.

Palabras clave: repartidores, convenio colectivo, empresas de mensajería, empresas de plataforma, supermercados digitales.

ABSTRACT

This article analyzes the sectorial collective agreement applicable to people dedicated to the delivery by bicycle, skateboard or on foot of food at home or products from digital supermarkets. In order to determine the collective agreement of the distributors, the issue is analyzed on the basis of four axes. The first focuses on the inclusion of food delivery personnel in the hospitality sector in Spain. The second axis addresses what happens if the company that has hired the delivery person has a company agreement. Thirdly, the collective agreement applicable in the dark stores is questioned. Fourthly, it ends by reasoning why applying the courier sector agreement may be illegal. Finally, some conclusions are established on the collective agreement applicable to repartidores.

Keywords: riders, collective agreement, courier companies, platform companies, dark stores.

* **Correspondencia a:** Amparo Esteve Segarra. Avda. Tarongers, s/n (46071 Valencia, España). — amparo.esteve@uv.es — <https://orcid.org/0000-0003-3773-4668>

Cómo citar: Esteve Segarra, Amparo. (2022). «Riders de empresas de plataforma ¿Cuál es vuestro convenio colectivo?»; *Lan Harremanak*, 48, 141-164. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24017>).

Recibido: 03 noviembre, 2022; aceptado: 21 noviembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. De la presunción de laboralidad a la necesidad de instituciones colectivas en las empresas de plataforma

La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores para garantizar derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas no ha llegado por casualidad, sino que es fruto de actuaciones de la inspección de trabajo y seguridad social, una doctrina judicial con diferentes posiciones, pero que fue posteriormente unificada y un acuerdo social tripartito de 10 de marzo de 2021. Las empresas de plataforma han tratado de huir de las regulaciones, y singularmente de la laboral, lo que ha conllevado una reacción en este sector del ordenamiento jurídico con la presunción de laboralidad de las personas trabajadoras dedicadas al reparto en España y con la presunción de laboralidad para las personas trabajadoras de plataformas en la propuesta de Directiva cuando se cumplan determinados requisitos¹. Se deben cumplir dos al menos, de los cinco criterios establecidos en el art. 4.2. La propuesta no adopta el modelo de inclusión, sino que establece una presunción de laboralidad para trabajadores de empresas de plataforma, pero va más allá de las tareas de reparto. Con ello, se da un cambio respecto a anteriores interpretaciones contrarias al reconocimiento de la laboralidad de determinadas personas trabajadoras, por entender que ello podía chocar con principios del Derecho Comunitario o en cuanto a la controvertida posibilidad de negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas a la que se ha opuesto el TJUE. El supuesto más claro ha aparecido con la STJCE en el que se declara contrario al principio de libre prestación de servicios la previsión contenida en una legislación nacional de que las personas guías turísticas tuviesen obligatoriamente un contrato laboral. Un comentario de esta sentencia, y en general sobre la diferenciación entre personal autónomos y por cuenta ajena en el ámbito comunitario, puede verse en Martín Valverde, 1999, 73 y ss. Para un análisis de la jurisprudencia más reciente, *vid.* Cabeza Pereiro, 2020, b).

Sin embargo, la protección laboral va mucho más allá de la declaración de la laboralidad de la prestación, y abarca las instituciones colectivas. No obstante, las empresas de plataforma no han sido conocidas precisamente por su favorecimiento de la creación de estructuras sindicales o de representación unitaria, lo que se ha considerado un *hándicap* para los derechos de información y consulta sobre la gestión algorítmica. Así se ha señalado: «la reforma del art. 64 ET sobre derechos del comité de empresa es una modificación importante en términos generales, pero de consecuencias limitadas en relación con las plataformas dado que no son el ámbito implantación de los comités de empresa» (por Sáez Lara, 2021: 36).

¹ El texto de esta propuesta está disponible en: file:///C:/Users/USER/Downloads/COM_2021_762_1_EN_ACT.pdf.

Las empresas de plataforma se han mostrado reacias a la negociación colectiva, como evidencian los artículos doctrinales más recientes, entre ellos, AA.VV. (dir. J.M. Miranda Boto y E. Brameshuber, 2022: 20). Aunque existe alguna excepción, como el acuerdo sobre condiciones de trabajo en la empresa Just Eats firmado por su filial española (Takeaway Express Spain, SL) con CCOO y UGT². Pero precisamente la cuestión del convenio sectorial aplicable a las personas trabajadoras al servicio de las mismas o, muy frecuentemente, por sus contratistas es extraordinariamente relevante. No solamente el salario, sino multitud de condiciones de trabajo, pueden preverse en los convenios colectivos, como la jornada, los descansos, los derechos de no discriminación, mejoras en los derechos de información algorítmica o los aspectos de prevención de riesgos laborales, etc. Por ejemplo, una reivindicación clásica del personal de reparto es poder beber agua, cambiarse o simplemente, algo tan elemental, como disponer de baños para realizar funciones corporales básicas, porque la ausencia de estos es indigna y puede comportar una discriminación de género. Curiosamente han sido normas administrativas las que a veces han mostrado cierta sensibilidad y contemplado exigencias como las anteriores a través de las licencias de actividad de las empresas, como las planteadas en Barcelona. M. Mccloughlin (2022) califica a la ciudad como «aldea gala» por su resistencia frente a las empresas de plataforma a los modelos de negocio de las empresas de plataforma. En la ciudad condal para limitar la ocupación del espacio urbano, se ha previsto que el personal de reparto no podrá hacer las recogidas a pie de calle, sino que deberán tener una sala de espera, para no ocupar sin más el espacio físico de circulación de viandantes y vehículos. El tema de licencias administrativas conecta con aspectos de prevención de riesgos laborales y de género. Se han de tener lugares de descanso, y por consiguiente de aparcamientos de bicicletas, motocicletas, patinetes, etc. Sin embargo, estas regulaciones administrativas, pese a los loables objetivos, presentan tres limitaciones: son locales, dependen de la orientación política de cada consistorio, pues algunos prefieren hacerles una alfombra roja a las empresas de plataforma por su modelo tecnológico y, sobre todo, no ofrecen una regulación global de las condiciones de trabajo, cuyo ámbito natural es la negociación colectiva.

Por consiguiente, establecida la presunción de laboralidad para las personas trabajadoras de reparto en empresas de plataforma, un aspecto esencial de la protección de los *riders* se liga al convenio colectivo aplicable. El objetivo de este artículo es determinar el convenio colectivo de los repartidores en bicicleta, patinete o a pie de comida a domicilio desde establecimientos de restauración clásicos o bien desde supermercados digitales o colmenas de cocinas industriales (llamados respectivamente *dark stores* y *dark kitchens*, en la lengua de Shakespeare que uti-

² Recuperable en: [https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Acuerdo%20Sindicatos%20JUST%20EAT\(1\).pdf](https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Acuerdo%20Sindicatos%20JUST%20EAT(1).pdf).

lizan muchas empresas de plataforma). Se trataría de una empresa o más frecuentemente una filial de una empresa de plataforma que vendería comidas de forma totalmente digital. De este modo, aunque estas empresas necesitan cocinas donde llevar a cabo la preparación de sus comidas, a diferencia de los restaurantes tradicionales, las *dark kitchens* no poseen un espacio físico abierto al público. Las compras de comida se realizan 100% de forma virtual, con una *web* o *app*, recibiendo sus pedidos a través de servicios de *delivery* o entrega a domicilio. La compra individualizada también diferenciaría a estos servicios de los de *catering* tradicional.

Para determinar el convenio colectivo de los repartidores se analizará la cuestión sobre la base de cuatro ejes. En el primero se analizará la inclusión del personal de reparto de comida en el sector de la hostelería en España. El carácter tecnológico de algunas empresas puede llevar a confusión sobre el sector de actividad o el convenio colectivo que debe regir para el personal de los negocios que utilizan teléfonos inteligentes o aplicaciones en el *delivery* mediante repartidores que recogen los pedidos y los llevan a los clientes, como una especie de camareros, pero con casco o si se quiere de transportistas en vehículos muy ligeros. El trabajo en plataformas puede no ajustarse a los moldes clásicos de prestación de servicios en un sector, pero ello no implica que no se trate de personas necesitadas más que ninguna otra, de instituciones colectivas, y singularmente de la negociación colectiva.

En el segundo eje se abordará qué ocurre si la empresa que ha contratado al repartidor/a dispone de un convenio de empresa, sobre la base de los artículos 42.6 y 84 del ET. La negociación colectiva de empresa no es frecuente en las empresas de plataforma, pero sí lo es, y mucho, en las contratistas. La cuestión de determinación del convenio de aplicación a este personal de reparto no puede eludirse por la vía de la externalización, al igual que tampoco el uso de un móvil o el carácter de intermediario, frecuentemente autoatribuido por una empresa de plataforma, puede servir para sortear convenios y regulaciones colectivas. Parece una cuestión obvia, pero en la práctica está lejos de serlo.

En tercer lugar, se determinará el convenio colectivo aplicable en los *dark stores* o supermercados digitales, no abiertos al público, pero donde es imprescindible la entrega mediante personal de reparto.

En cuarto lugar, se finalizará razonando por qué aplicar el convenio del sector de mensajería puede ser ilegal, dado que este sector cuenta con un convenio estatutario no vigente y, otro extraestatutario, de carácter estatal, pero en el que hay claros indicios de ilegalidad. Pese a ello, muchas empresas que contratan a los repartidores lo establecen en los modelos de contrato de trabajo que firman los repartidores cuando se los contrata.

El artículo acaba con unas conclusiones finales que recogen lo esencial de cada apartado.

2. El sector de reparto de comida a domicilio

2.1. La inclusión del servicio de reparto de comida a través de plataformas en el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería

Desde el 2019, en el ámbito funcional del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (en adelante, ALEH)³ se incluyó expresamente al personal de reparto de comida a domicilio en los convenios de hostelería. Así se mencionó expresamente a los repartidores/as:

A pie o en cualquier tipo de vehículo que no precise autorización administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación de servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluidas las plataformas digitales o a través de las mismas.

Esta cláusula convencional establecida en el acuerdo estatal ha sido relevante por varias razones. En primer lugar, por motivos temporales, fue una cláusula doblemente pionera porque indirectamente reconocía el carácter laboral de los llamados coloquialmente *riders*, esto es, de las personas que realizaban el reparto a pie o en vehículos que no requieren autorización administrativa de transporte de mercancías, precediendo a la STS 25 de septiembre de 2020⁴ y la aprobación del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

En segundo lugar, por razones materiales, esta cláusula contenida en el acuerdo estatal de uno de los sectores más importantes en nuestro país, se proyecta, dada la estructura del sector, sobre todos los convenios territoriales de ámbito inferior. La Ordenanza Laboral de la Industria de Hostelería de 1974 que fue derogada fue sustituida en el sector por un acuerdo marco estatal en el sector. Sobre esta estructura, *vid.* CCNCC. (dir. J. Rivero Lamas) (1999), 22 y ss.

La cláusula es muy relevante, ya que determina el convenio aplicable considerando el reparto de comida de restaurantes, heladerías, cadenas de comida rápida, y demás servicios relacionados con establecimientos de hostelería y restauración, como una actividad auxiliar. De este modo, el personal de reparto sería una suerte de camarero/a en vehículos de dos ruedas del sector. Ha de señalarse que en otros ordenamientos la determinación del convenio sectorial aplicable a los repartidores de la comida ha sido también conflictiva, inclinándose en algún caso por aplicarse el convenio sectorial de la logística, como en el caso del

³ *Vid.* Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería. Dicho Acuerdo fue prorrogado por Resolución de 11 de noviembre de 2020 hasta el 31-12-21 publicada en el BOE de 23-11-2020.

⁴ Rec. 4746/19.

acuerdo de empresa suscrito en Italia en marzo de 2021 por la compañía *Just Eat/Takeaway* y los sindicatos del sector de logística. En este convenio se pacta la aplicación como convenio de referencia del sector de la logística, que era la reivindicación tradicional de los sindicatos, frente a la pretensión empresarial de tener como referencia, el convenio colectivo de empresas multiservicios. La aplicación del primer convenio se pactó con algunas adaptaciones. Sobre esta cuestión, *vid.* Quondamatteo, N. (2021).

En tercer lugar, la cláusula es importante por razones prácticas. Como manifestara alguno de los miembros de la patronal que negoció esta cláusula convencional, su razón de ser era evitar una suerte de competencia a la baja entre establecimientos que recurrían al personal propio para el reparto y aquellos que externalizaban el reparto con empresas de plataforma a través de aplicaciones en dispositivos móviles. Y es que la existencia de empresas de plataforma que abrían una línea de negocio y recurrían al reparto con personal autónomo y, en el caso de que fueran laborales, con costes a la baja podía resultar anticompetitiva si se comparaba con las formas —si se me permite la expresión— tradicionales de reparto de comida preparada, donde se recurría a la laboralidad de las personas trabajadoras que prestaban sus servicios: con cobertura por accidentes, cotizaciones a la seguridad social a cargo de la empresa, etc.

Además, en el ámbito de la restauración habrían aparecido nuevos modelos de negocio como las *dark kitchens* y las colmenas de cocinas industriales. Nuevamente el convenio colectivo aplicable a los y las repartidores sería estratégico y el Acuerdo Estatal serviría para incluirlos en los convenios de hostelería.

2.2. Las dudas sobre la aplicación de los convenios de hostelería a las plataformas de reparto de comida

La inclusión en el ámbito de ALEH de las plataformas de reparto de comidas y bebidas, que se proyectaría sobre empresas como *Deliveroo*, *Uber Eats*, *Glovo*, etc., ha planteado dudas a algún autor por considerar que estas empresas podrían ser consideradas ajenas a la actividad de hostelería (Valle, 2021: 76-77).

Otra doctrina ha tenido una postura más neutra y ha incidido en que este acuerdo, al igual que ocurriera con otras experiencias comparadas, partiría de la inclusión de determinadas empresas de plataforma en un sector tradicional por su tipo de negocio, siendo negociado por los sindicatos y organizaciones empresariales de dicho sector. Así se ha señalado que, como en el caso del sector de la logística en Italia, se partiría de extender el convenio sectorial al ámbito personal de las personas trabajadoras en plataformas e incluir a las empresas de plataformas, sin tener en cuenta especialidades de esta actividad (Miranda Boto 2022: 35). Como señalan algunos autores, la ventaja de este método es que las partes pueden utilizar el marco tradicional de los procesos de negociación y también aprovechar los logros de los convenios colectivos en términos de contenido, a lo

que cabría añadir que se supera la pasividad de las empresas de plataforma a la hora de integrarse en asociaciones empresariales existentes o constituir unas específicas (Gyulavári y Kártyàs, 2022:133). Por lo demás, esta inclusión cuenta con un poderoso apoyo y es que la CCNCC ha considerado que las concretas empresas que se encargan exclusivamente (o de manera preponderante) de realizar el reparto de comida al domicilio del cliente que solicita este servicio al restaurante a través de la *app* (plataforma tipo *Just Eat*) se sujetan al convenio de hostelería (Dictamen CONSULTA CCNCC N.º 81/2016, 30 de octubre de 2018).

Sin embargo, en algunos casos se ha discutido si el convenio sectorial aplicable a las actividades de reparto de comida a través de plataforma les resultaría de aplicación los convenios de transporte de mercancías por carretera o incluso el reparto o publicidad sin direccionar, aunque este último ha sido excluido por no tener nada que ver el reparto postal con el reparto de comida. Respecto a los primeros, Cavas Martínez (2019) hace referencia a que las SSJS n.º 1 Madrid de 3 y 4 abril 2019 optarían por aplicar a los *riders* de Glovo el correspondiente Convenio Colectivo provincial para empresas de transporte de mercancías por carretera, encuadrándolos en la categoría profesional de «mozo». En concreto, la figura de repartidor de comidas y bebidas se incorpora al grupo profesional tercero, junto al de ayudante camarero, ayudante de equipo de catering, monitor de colectividades, asistente a preparador y montador de *catering*, entre otros. El autor considera discutible la inclusión en los convenios de transporte de mercancías por no darse en las plataformas de reparto de comida la exigencia de autorizaciones administrativas.

Respecto al convenio de reparto o publicidad sin direccionar, se alude a que la actividad regulada por este convenio es «la distribución de impresos, muestras, revistas, periódicos o cualquier otro tipo de comunicación y/o información sin dirección postal en buzones, en mano, en hogares o en vía pública»; no teniendo nada que ver con la actividad de reparto o distribución de comidas y bebidas por encargo (Cavas, 2019).

La dificultad nace de determinar cuál es el sector que mejor se adecua a las características de las empresas de plataforma de reparto de comida. La finalidad de la empresa es el reparto de comida, por lo que los convenios sectoriales de referencia pueden ser dos según se ponga el acento en el producto repartido (comida preparada desde establecimientos de restauración) o en la actividad de reparto (convenios de transporte de mercancías).

En el primer caso, si se pone el acento en que lo relevante es el producto repartido (comida preparada desde establecimientos de restauración), el convenio sectorial de referencia sí puede situarse en los convenios de hostelería, que como es sabido, incluyen al sector de restauración. La inclusión de esta actividad como auxiliar de las empresas de *catering* o restauración ya existía antes de la propia

existencia de estas empresas de plataforma (piénsese en el caso de los repartidores de pizzas). La referencia expresa a las empresas de plataforma de reparto de comida en el ALEH busca evitar las dudas de cobertura cuando un convenio ha definido actividades incluidas en su ámbito funcional antes de la existencia de los entornos laborales con intermediación de plataformas.

Sin embargo, el hecho de que tradicionalmente el reparto de las comidas o de las bebidas fuera una actividad «auxiliar» plantearía la duda de si cabría la inclusión de las empresas de plataformas. En este sentido, algún autor, ha señalado que:

no puede obviarse que los repartidores de las plataformas no trabajan para una empresa de restauración u hostelería sino para un entramado tecnológico cuya actividad no es la hostelería sino el reparto de comida a domicilio. Así las cosas, resulta dudoso mantener que las empresas titulares de las plataformas hayan estado representadas por las patronales firmantes de la prórroga del Acuerdo Estatal de Hostelería o que vayan a serlo por las federaciones provinciales de empresas de hostelería en la negociación de los futuros convenios para este sector (Cavas Martínez, 2019).

El segundo tipo de convenios sectoriales potencialmente aplicables son los de transporte de mercancías. Respecto a los convenios de transporte, cuya aplicación ha sido reivindicada tradicionalmente por los sindicatos para los repartidores, el hándicap para su aplicación es que en muchos casos el reparto se de comida en las grandes ciudades, donde estas empresas de plataforma tienen su negocio, se produce en vehículos que no requieren de autorización administrativa de transporte, como bicicletas, patinetes o ciclomotores. Esta exención de la autorización administrativa se desarrolla en el art. 33 del Reglamento de la Ley de Ordenación Terrestre, RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transporte Terrestre (en adelante RLOTT). La exigencia de transporte se excluirá cuando una empresa utilice para el reparto vehículos de carga pequeña que no requieren dicha autorización conforme al art. 33 del Reglamento de Transporte de Mercancías (por ejemplo, vehículos de dos ruedas conforme al art. 33.2.c, pues dicho precepto habla de que no se exigirá la autorización en vehículos de menos de tres ruedas, RLOTT), o con una velocidad máxima autorizada que no supere los 40 km por hora (art. 33.2.a RLOTT).

La inclusión de la actividad de reparto de comida en los convenios de transporte requeriría una inclusión expresa en el Acuerdo del Sector del Transporte a las actividades de reparto en estos vehículos, que de momento aún no se ha producido. Sin embargo, ello no es imposible que se produzca en el futuro. En otros países, sí ha existido una inclusión expresa en los convenios de logística de los repartidores de plataformas, como en Italia, donde el convenio colectivo del sector del ámbito de transporte y la logística (2018/2019) acordado entre las tres Confederaciones Sindicales principales y la Asociación Sectorial de Empresarios

regula el contrato laboral de los repartidores de comida a domicilio de las principales plataformas de reparto, y los tribunales la han reforzado. Así, una sentencia de la Corte de Apelación de Turín de 2019, que afirma que el convenio colectivo aplicable para establecer los salarios *Foodora riders* (clasificados como trabajadores hetero-organizados) es el convenio colectivo sectorial de transporte y logística (Tribunal de Apelación de Turín, 4 febrero de 2019, no. 26/2019, 23) (Loi, 2022: 57).

En este contexto, interesa analizar el juego de la cláusula convencional del Acuerdo Marco de Hostelería, que no ha sido declarada nula y que, por tanto, está vigente. Un argumento adicional es que este acuerdo es estatutario y goza de presunción de legalidad, en tanto no sea anulado. Además, este análisis debe incidir en la reforma operada en el 2021 y las previsiones sobre convenio aplicable previstas en el art. 42.6 ET, así como los problemas prácticos que se han presentado, pues en muchos casos, las empresas de plataforma han intentado rebajar los costes de la mano de obra encargada del *delivery*, precisamente sorteando la declaración de relación laboral y/o el convenio colectivo aplicable.

2.3. Las reacciones a la presunción de laboralidad del personal de reparto de las empresas de plataforma, en particular la triangulación con los establecimientos de comida

Ante lo dispuesto en el acuerdo estatal y después del establecimiento de la presunción de laboralidad la mayoría de las empresas de plataforma que gestionaban *apps* de reparto de comida y que antes de la Ley 12/2021, contrataban directamente con autónomos, han seguido varias estrategias.

La mayoría de las empresas de plataforma han desechado la opción de integrar al personal en su propia plantilla. Algunos portavoces de empresas de plataforma ya señalaron sin tapujos, que la contratación directa «les complicaría enormemente su operativa... y les supondría pasar de tener una plantilla de 50-100 personas a varios miles si quieren seguir dando el mismo servicio que hasta ahora»⁵. En otras palabras, las empresas pretenden evitar las funciones de contratación o gestión de las personas trabajadoras, por considerar que ello no es su ocupación, sino una tarea especializada que puede subcontratarse, mientras que la plataforma se concentra en labores de comercialización de los servicios a través de su aplicación. La historia de eludir el empleo tiene precedentes en el mundo del empleo en las empresas tecnológicas, que llevan años ofreciendo empleo directo solo a una pequeña parte de los trabajadores. En este sentido, se puede traer a colación el caso de los trabajadores de Microsoft, en los años 90, que reclamaron judicialmente en Estados Unidos que no eran autónomos y ob-

⁵ Declaraciones recogidas en prensa. Recuperables en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/05/23/companias/1621796829_437657.html.

tuvieron una victoria judicial. Sin embargo, la estrategia de Microsoft no fue agregar más trabajadores a la nómina, sino marginar más a los temporales. La compañía dejó de recurrir a «contratados autónomos» directamente. En lugar de ello, se recurrió a empresas con las que se pactaron acuerdos especiales, encargándose estas de la contratación y de actuar como empleadoras oficiales. La empresa Microsoft no quiso que se confundiera a los temporales, y no les dejaría acudir a fiestas o cenas de empresa. Como relata N. Klein citando a Sharon Decker, directora de personal de Microsoft, «estamos modificando muchas políticas que aplicábamos antes para que todos comprendan cómo se debe tratar a los temporales y qué es lo adecuado» (Klein, 2002: 300).

Una segunda estrategia de las empresas de plataforma de reparto de comida, de la que ha dado cuenta la prensa, es la tratar de reducir el personal laboral a cero, manteniendo la contratación de autónomos pese a la presunción de laboralidad y trasladando la responsabilidad a las cadenas de restaurantes y establecimientos de comida, y tercero, subcontratando. Un exponente de esta estrategia de rebeldía frente a la conocida en el argot, como «ley de *riders*», es la de la empresa Glovo. La plataforma ha tratado de mantener la contratación del personal de reparto con autónomos y ha adoptado una estrategia de triangulación, que precisamente tiene cierta relación con la previsión del ALEH. La estrategia planteada por la empresa de plataforma para organizar el trabajo en el *delivery* perseguiría dos objetivos: eludir la presunción de laboralidad, pero a la vez, conseguir que la plataforma cobre por gestionar los repartos. Se trataría de una táctica de facturación, en la que la empresa de plataforma aparecería como tercero intermediador, entre los restaurantes y establecimientos de comida y el personal de reparto. Este personal sería autónomo o, si se entendiese que debería haber relación laboral, la empresa de plataforma lo consideraría dependiente de los restaurantes. El personal de reparto sería el que facturaría a los restaurantes, limitándose teóricamente Glovo a intermediar o conectar las necesidades de los clientes con las de las empresas de restauración y del personal de reparto (Maccloughlin, 2022).

Sin embargo, la tercera estrategia, la de externalizar, ha sido la preferida por las empresas de plataforma y, en estos casos, se ha recurrido a empresas externas para gestionar la mano de obra.

3. La externalización de la contratación de los repartidores: el convenio colectivo aplicable en caso de cesión ilegal o en caso de subcontratación lícita

Introducida la presunción de laboralidad del personal encargado del reparto por la Ley 12/2021, en el ámbito de las empresas de plataformas, algunas de es-

tas compañías recurrieron a empresas contratistas para la gestión de los procesos de selección, contratación y pago de nóminas del personal encargado del *delivery*. Con independencia de los indicios de cesión ilegal en estas empresas encargadas de gestionar la mano de obra, conviene centrar el foco en algunas estrategias seguidas para soslayar la aplicación de los convenios sectoriales de hostelería y restauración. Algunas empresas externas, claramente interesadas en conseguir los jugosos contratos con las empresas de plataforma, descargando a estas de la inconcebible idea de tener una plantilla propia, y para evitar encarecer el precio de la mano de obra, tienden a aplicar convenios de empresa. A veces se produce el juego de una empresa contratista que, a su vez recurre a una o varias empresas de trabajo temporal, que aplican el convenio de la empresa usuaria, esto es, el de la empresa contratista, con ello, el principio de omniequivalencia de condiciones previsto en el art. 11 de la ley de empresas de trabajo temporal, no juega respecto a la empresa de plataforma, sino respecto a la empresa contratista.

Veamos a modo de ejemplo, el caso de la reacción a la presunción de laboralidad en una empresa como *Uber Eats*, que en alguna ciudad externalizó la gestión de los *riders* en una empresa del grupo multinacional holandés Randstad. En otoño de 2021, tras la modificación del art. 8 del ET, los repartidores de la empresa *Uber Eats* en Valencia, pasaron de ser autónomos a estar contratados por la empresa *Randstad* en su filial dedicada al *outsourcing*. La empresa multiservicios filial en España del grupo de empresa de trabajo temporal líder mundial en este sector, se encargó de entrevistar y hacer la selección de personal, pero la decisión última sobre la contratación o no de un repartidor/a la tenía la empresa de plataforma, porque si una persona de reparto había sido desconectada de la plataforma, por ejemplo, por rechazar demasiados pedidos, no superaba el proceso de selección de la multiservicios. Es *Uber Eats*, el que indicaba a quién había que contratar o cesar, en función de datos de algoritmos sobre incidencias con los trabajadores, y al personal de la multiservicios se le dio de alta en la plataforma de *Uber Eats* para que controlara a los *riders* y determinara su retribución en función de sus recorridos, entregas, incidencias y valoración de los clientes de la plataforma. La empresa de plataforma luego ha recurrido a otras empresas de servicios y multiservicios diferentes para la contratación la gestión laboral.

La consecuencia es que la situación del personal de reparto al reconocerse la laboralidad de su relación, no ha mejorado mucho en cuanto a sus condiciones laborales. El personal de reparto está contratado generalmente con un contrato de 3 horas tres días, los fines de semana (un total de unas 9 horas) normalmente para prestar servicios entre las 20.30 y las 23.30 horas. En otoño de 2021, el convenio que se les aplicaba era el de Randstad que es un convenio con salarios para el personal encargado de atender las contrataciones muy próximo al salario mínimo y con compensaciones muy bajas o inexistentes por kilometraje o de uso de datos del móvil. Muchas de las dinámicas han seguido siendo las mismas

pese al cambio de empresa contratista para la —llamémosle— gestión laboral de los *riders*. El pago del salario lo efectúa la empresa contratista, que previamente ha sido introducida en la plataforma de reparto de *Uber Eats*, para que realice el control.

El recurso a empresas multiservicios en la gestión del personal de reparto a comida de plataforma ha comportado importar estrategias, ya muy estudiadas, de eludir el convenio sectorial mediante convenios de empresas utilizados como paraguas para evitar la aplicación de salarios superiores. A esta elusión del convenio sectorial habría contribuido el hecho de que las empresas de plataforma especializadas en el reparto de comida a domicilio tendrían escasa infraestructura, pues sus servicios se basarían muchas veces en elementos inmateriales, por lo que a priori podría pensarse que poco tendrían que ver con las empresas del sector de hostelería. Además, muchas de las empresas externas dedicadas a la gestión de los *riders* tampoco serían empresas de hostelería o restauración, sino empresas dedicadas a la gestión de contratas, es decir, empresas multiservicios.

Esta estrategia ofrece múltiples ventajas desde la perspectiva empresarial, aunque plantea serios obstáculos jurídicos. Además de ocuparse de la gestión laboral y de seguridad social, el recurso a empresas externas permite un ajuste al minuto a las necesidades tanto de las empresas de plataformas, como de los clientes, pero cargando los tiempos muertos a las empresas proveedoras, e indirectamente, a las personas trabajadoras de estas. Fiscalmente también es mejor. Los servicios realizados por las empresas se facturan y ello acarrea multitud de ventajas impositivas. Pero, la estrategia de subcontratar la gestión de la mano de obra es una expresión, que la doctrina italiana de los años 70 del pasado siglo consideraba contradictoria en sus propios términos. Y es que parte de una premisa discutible —desde la perspectiva de una posible cesión ilegal— que la gestión del personal necesario para realizar el reparto es una tarea especializada que puede subcontratarse como una tarea más, mientras que la plataforma se concentra en sus labores de «intermediación» a través de su aplicación. Esta práctica empresarial de las empresas de plataforma de centrarse en el alma de la empresa —el algoritmo y la marca— y desprenderse de los cuerpos —las personas trabajadoras necesarias para el desarrollo del negocio—, puede incurrir en una cesión ilegal de trabajadores, prohibida por el art. 43 del ET (Esteve y Todolí, 2021).

Pero dejemos de lado la cuestión sobre la posible cesión ilegal y centremos la situación en el tema del convenio colectivo aplicable al personal de reparto. Caben varias posibilidades:

- La primera hipótesis es la de personal contratado por la empresa de plataforma para el reparto de comida. En este caso, algunos trabajadores han reclamado la aplicación de los convenios de transporte. Sin embargo, un

hándicap importante es que este tipo de convenios tienen vinculación con la normativa de transporte que no requiere autorización administrativa en vehículos de dos ruedas. En este caso, el convenio colectivo sectorial de referencia debería ser el del sector de hostelería.

- La segunda hipótesis es la de personal contratado por una empresa externa que a su vez es una contratista de la plataforma dedicada al reparto. Si hubiera cesión ilegal, debería aplicarse el convenio que rigiese en la empresa de plataforma si dispusiese de un convenio de empresa, o si no, y el convenio sectorial de referencia sería el de hostelería. Si no hubiera cesión ilegal, el convenio sectorial de referencia se determinaría conforme al art. 42.6 ET, esto es por la actividad objeto de la contrata, que sería la del reparto de comida, incluida en el ALEH.

Recuérdese que, tanto si las empresas contratistas que gestionan la mano de obra o la propia empresa de plataforma disponen de convenio de empresa, siempre es importante delimitar el convenio sectorial por cuanto los convenios de empresa no gozan de prioridad aplicativa en todas las materias, por ejemplo, no la tienen en materia retributiva, con lo que solo podrán ser de aplicación en esta materia si son más favorables que los convenios sectoriales.

Los convenios de empresa, conforme al art. 84.2 del ET, no pueden tener una preferencia aplicativa en materia retributiva, por lo que, de establecer salarios inferiores, incurrirán en situaciones de ilegalidad. Si la plataforma digital, o más frecuentemente, las empresas contratistas de la compañía, tienen contratados a los *riders*, el convenio colectivo sectorial de referencia es el de hostelería del ámbito territorial en la que se desarrolle la actividad. El argumento de que la empresa de plataforma o sus empresas contratistas pertenecen a otro sector de actividad o no hay convenio, no es de recibo, porque el reparto de comida a domicilio es el objeto de la contrata, y la actividad está regulada en el Acuerdo Estatal de Hostelería.

4. La estrategia de seleccionar la aplicación del convenio de mensajería a los *riders*: ¿por qué es ilegal?

Otras empresas contratistas del reparto de comida han recurrido a otra estrategia para seleccionar su convenio colectivo. Se trata de aplicar el convenio estatal de mensajería, con el argumento de que el reparto de comida en vehículos que no requieren autorización administrativa de transporte de mercancías debe hacerse conforme al convenio estatal de mensajería y no de los de transporte de mercancías, que se reserva a los vehículos que requieren autorización administrativa de transporte. El argumento parece sugerente, pues es común en un sistema de negociación colectiva como el español, no suficientemente articulado,

que existan actividades susceptibles de incluirse en el ámbito funcional de convenios sectoriales diferentes. Sin embargo, la aplicación del convenio del sector de mensajería exige analizar el sector. Y cuando se desciende a examinar los convenios de este sector, se descubren claros indicios de un fraude y que no es para nada casual, que las empresas de plataforma y sus contratistas y subcontratistas, defiendan la aplicación de los convenios de mensajería a los *riders*, en una suerte de selección a la carta de este convenio sectorial en detrimento de los convenios de hostelería. Me he ocupado de esta cuestión con más detalle en el artículo, en prensa, en la *Revista de Derecho Social*, con el título: «El convenio colectivo aplicable a empresas de mensajería, paquetería o reparto de la última milla en vehículos de cuatro ruedas».

El sector de la mensajería tiene una estructura convencional muy controvertida porque primero el convenio colectivo estatutario estatal de mensajería está fechado en el 2006, con tabla de salarios de todas las categorías inferior al SMI. Pero no es esta la razón por la que no puede aplicarse el convenio estatutario de mensajería, sino porque sencillamente el mismo está muerto. El ámbito temporal de este convenio finalizaba según la vigencia inicialmente prevista el 31.12.2007, sin necesidad de denuncia y sin perjuicio de que las partes, si así lo acordasen, pudieran prorrogar su vigencia. Así dispone el mencionado convenio:

Artículo 3. Duración. 1. El convenio entrará en vigor el día de su firma y su vigencia se extenderá hasta el 31-12-07. 2. Sus efectos económicos, se desarrollan a lo largo del presente convenio. Artículo 4. Denuncia. El convenio finalizara el 31-12-07 sin necesidad de denuncia y sin perjuicio de que las partes, si así lo acordasen, pudieran prorrogar su vigencia.

No se olvide que las reglas previstas en materia de duración de los convenios establecen que corresponde a las partes negociadoras fijar la duración de los convenios colectivos (art. 86.1 ET), y este mismo precepto en el apartado segundo, prevé que salvo pacto en contrario el convenio colectivo se prorrogará de año en año si no media denuncia expresa. Precisamente, lo que acaece en el convenio estatutario de mensajería del 2006, es que su vigencia se extiende hasta el 31-12-2007 (art. 3 del convenio) y se ha establecido expresamente un pacto contrario a la prórroga automática del convenio (art. 4).

El segundo motivo por el que el sector de la mensajería tiene una estructura convencional muy controvertida es que existe un, no es casual el nombre, pues puede inducir a error sobre su naturaleza jurídica —un vigente «convenio colectivo estatal de mensajería» del 2022 hasta el 2025, pero que, pese a su denominación, no es estatutario, sino extraestatutario—. Este convenio no sería aplicable a las empresas contratistas de plataforma conforme a lo dispuesto en el art. 42.6 ET, pues no es un convenio estatutario de los regulados en el Título III

del ET. Pero incluso, si se prescinde de este argumento, existen otras cuatro razones por las que la aplicación de este pacto extraestatutario sería fraudulenta y una burla a los derechos de los *riders*.

La primera razón es que se ha negociado con un solo sindicato un convenio que pretende ser sectorial. El llamado convenio estatal de mensajería ha sido firmado por la asociación empresarial Asociación Española de Empresas de Mensajería (AEM) y el sindicato USO⁶. Es un pacto de eficacia limitada, pero la teoría de los convenios extraestatutarios supraempresariales, es que estos convenios (que se plantean como sectoriales) exigen, lo que se denomina una «unidad de acción del lado sindical», sin embargo, el pacto extraestatutario del sector de la mensajería ha sido negociado por un solo sindicato. Así, se alude a que el origen de los convenios colectivos extraestatutarios sectoriales:

depende de la existencia de una unidad de acción sindical entre los sindicatos mayoritarios, mientras que, del lado empresarial, depende de que se rompa la unidad de asociación empresarial en un determinado sector. (García Viña, 2016)

La doctrina científica más autorizada ha indicado que:

cabe defender la validez de aquellos convenios extraestatutarios celebrados por no existir en el ámbito de negociación sujetos con la legitimación requerida por el ET, y también la de aquellos pactos en que la retirada voluntaria y de buena fe de alguno de los componentes de la comisión negociadora hace imposible para el resto alcanzar las mayorías exigidas por la norma estatutaria. Por contra, procede calificar como nulos aquellos otros convenios extraestatutarios alcanzados bien por falta de llamamiento a la comisión negociadora de alguno de los sindicatos legitimados. (García Rubio y Goerlich Peset, 2006)

En el caso del convenio extraestatutario del sector de mensajería, no ha quedado acreditado que se haya llamado a los sindicatos legitimados.

En segundo lugar, el convenio extraestatutario de mensajería contiene regulaciones que son generales y que únicamente pueden pactarse en un convenio estatutario. Una de las doctrinas claramente fijadas por el Tribunal Supremo es que los convenios colectivos extraestatutarios no pueden tener regulaciones con proyección de generalidad, pues este tipo de condiciones con eficacia general o *erga omnes*, solo son propias de los convenios estatutarios (STS 30-5-91,

⁶ El texto de los convenios de eficacia limitada no está disponible en la base REGCON, ni en las bases de datos jurídicas que contienen convenios colectivos. No obstante, ha podido localizarse en internet, el convenio extraestatutario de los años 2016 a 2018, que está disponible en: https://www.contratacion.euskadi.eus/w32-1084/es/contenidos/anuncio_contratacion/exp74j23764/es_doc/adjuntos/seccion1.pdf.

El convenio colectivo vigente ha sido proporcionado por un miembro del sindicato USO, al que agradezco enormemente su ayuda.

rec. 1356/90, 1-7-99, rec. 4055/98 y 11-7-12, rec. 38/11). Los convenios colectivos extraestatutarios no pueden regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todas las personas trabajadoras y empresarios/as insertos en el ámbito negocial (STC 108/89, 8 junio). Y es que no cabe alcanzar una eficacia personal general sin que un convenio se someta a las exigencias previstas en el Estatuto de los Trabajadores, pues dicho efecto solo está previsto para los convenios estatutarios. Es verdad que, en algún caso, se ha hecho alguna excepción a esta posibilidad de proyección general, pero partiendo de un principio de buena fe negocial en un caso en el que habían sido llamados todos los sujetos negociales y no había sido posible alcanzar un acuerdo para negociar un convenio extraestatutario. Así se ha considerado que no se vulnera la doctrina de que los acuerdos de eficacia limitada no pueden regular cuestiones generales, cuando este no altera las condiciones previstas en el convenio colectivo y la empresa había iniciado la negociación con todos los sindicatos, decidiendo algunos no sumarse al acuerdo (STS 9-10-19, rec. 164/18).

Sin embargo, el convenio colectivo extraestatutario estatal de mensajería ha sido negociado con un sindicato, no consta si han sido llamados otros, y de la simple lectura de su índice puede constatarse que no se ajusta a este carácter limitado en las materias, pues incluye todos y cada uno de los aspectos de la relación laboral.

En tercer lugar, el carácter *contra legem* de algunas cláusulas en claro perjuicio de las personas trabajadoras. Algunas condiciones del convenio extraestatutario de mensajería son de dudosa legalidad, como el reconocimiento del tiempo de descanso diario con una pausa de 30 minutos computable como de trabajo efectivo pero que se condiciona a un «período de cuatro horas de conducción ininterrumpidas en vías interurbanas». Ello es prácticamente imposible, pues la mayoría de repartos de mensajeros/as se realizan en poblaciones y por tanto, en vías urbanas. Otro ejemplo es el régimen de las horas complementarias, donde se prevé un preaviso de su realización por horas y que permite alargar el horario de trabajo. El artículo 15 del convenio prevé que:

El preaviso de la empresa al trabajador, para la realización de horas complementarias adicionales a la jornada parcial habitual, será de un mínimo de dos horas en el caso de que se deban prestar tras la finalización de la jornada prevista, y de cuatro horas si se deben prestar de forma adelantada al inicio de esta.

Hay también un particular régimen de compensación y absorción frente a lo que establezcan disposiciones legales. El art. 5.2 prevé:

Las disposiciones legales futuras que pudieran suponer un cambio económico en todos o algunos de los conceptos retributivos pactados en el presente Convenio, o supusieran la creación de otros nuevos, únicamente tendrán eficacia práctica cuando, considerados en su totalidad y en cómputo anual superen a los establecidos en este

Convenio, debiéndose entender en caso contrario absorbidos por las condiciones pactadas en el mismo.

Se establece el carácter «exclusivo y excluyente» del convenio (art. 9.2), hay una peculiarísima distribución irregular de la jornada, en la que:

El horario será flexible, de mañana y tarde, a pactar con una antelación de siete días naturales entre empresa y trabajadores de acuerdo con las necesidades del servicio. (art. 12)

Por si ello no fuera suficiente, se establece en el art. 20 un régimen de compensación de los excesos de jornada para acabar el trabajo encomendado y que «la dirección de la empresa podrá efectuar los cambios de horarios que estime precisos». En el art. 20 se prevé que:

El trabajador deberá cumplir los servicios encomendados aun cuando con la realización del último se sobrepase la teórica jornada diaria, sin que pueda por dicha causa abandonar el trabajo o demorar el servicio. El exceso trabajado se compensará de forma inmediata en las siguientes jornadas de común acuerdo entre empresa y persona trabajadora, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

En el convenio extraestatutario llamado ‘convenio estatal de mensajería’, el salario mensual de un/a mensajero/a está unos euros por encima del SMI, pero es un salario que solo se aplica si la retribución por unidad de obra —que es la que se aplica prioritariamente— no cubre ese mínimo. Y esta unidad de obra, no es fácil de calcular, pues depende de las llamadas direcciones.

En cuarto lugar, la adhesión al convenio extraestatutario se produce en masa al firmar los contratos de trabajo. Pero además de lo anterior, interesa volver de nuevo a doctrina jurisprudencial y científica sobre los convenios extraestatutarios. Respecto a la adhesión, no es suficiente en el caso de un convenio extraestatutario supraempresarial firmado por una asociación empresarial y un sindicato que una de las partes de la relación laboral esté afiliada a la asociación empresarial o al sindicato, sino que se requiere que lo estén los dos (el empresario en la asociación empresarial y la persona trabajadora en el sindicato) o que se produzca una adhesión voluntaria y libre. En relación con la adhesión de las personas trabajadoras esta adhesión ha de ser personal e individual, porque en otro caso, si la adhesión es propuesta por el empresario de forma generalizada puede proyectarse la doctrina constitucional sobre la imposibilidad de contratación individual en masa, porque ello desvirtuaría la libertad sindical, al puentear a los sindicatos o estructuras de representación de los trabajadores y la negociación colectiva. Sobre este particular, son muy conocidas las SSTC 105/1992, de 1 de julio, 208/1993, de 28 de junio, 107/2000, de 5 de mayo, y 38/2005, de 26 de septiembre que resuelven sobre acuerdos individuales en masa lesivos del art. 37.1 CE. Por tanto, de ello se deduce que la posibilidad de modificar

lo dispuesto en un convenio colectivo es una posibilidad tasada. De suerte que no caben actuaciones empresariales dirigidas a obtener a través de la autonomía individual el establecimiento de condiciones de trabajo para un conjunto de trabajadores de la empresa que modifican las previstas en el convenio colectivo de aplicación. En la jurisprudencia ordinaria, sobre prácticas de contratación en masa, *vid.* STS 11-10-16, rec. 68/16 y STS 6-9-21, rec. 65/20.

Ahora bien, es verdad que la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha establecido doctrina que favorece la posibilidad de una adhesión bastante flexible. Así se ha señalado que no se considera lesiva de la libertad sindical ni la cláusula que posibilita la adhesión a un convenio extraestatutario, ni la práctica de empresa de contratar interinos firmando una adhesión a dicho pacto extraestatutario (STC 108/1989, 8 jun.). Tampoco constituye una negociación en masa que suponga atentado contra la libertad sindical, el posibilitar la adhesión voluntaria de los trabajadores a un acuerdo de eficacia limitada si este no altera lo dispuesto en el convenio colectivo de eficacia general (STS 9-10-19, rec. 164/18). Pero la doctrina científica también ha advertido que en materia de adhesión no caben respuestas absolutas, sino que dependerá de las circunstancias concretas, de las motivaciones y de la buena fe o no que ha llevado a un convenio extraestatutario (García y Goerlich, 2006). Sin embargo, el llamado ‘convenio estatal de mensajería’, que es un convenio extraestatutario, es aplicado por muchas empresas a los repartidores, por la vía de la adhesión individual formalizada al aceptar la relación laboral.

5. El comercio en las *dark stores* y... otra vez el problema del convenio sectorial del reparto a domicilio

La exportación a nuestro país del modelo anglosajón de *dark stores* está planteando ya problemas en relación con las condiciones de trabajo que ha de regir para su personal. Una tienda oscura o un supermercado fantasma es una empresa, o más frecuentemente, una filial de un grupo de empresas de plataforma, que vende sus productos de forma totalmente digital. De este modo, aunque estas empresas, como cualquier supermercado, necesitan de bodegas o espacios físicos donde almacenar sus productos (de alimentación, limpieza, higiene, etc.), a diferencia de las tiendas tradicionales, las *dark stores* no poseen una tienda física abierta al público. Las compras se realizan 100% de forma virtual, con una *web* o aplicación. En la tienda oscura, no abierta al público, se realizan las tareas de logística y se organizan los repartos. Los clientes reciben sus pedidos a través de servicios de *delivery* o, más propiamente en nuestra lengua, de entrega a domicilio. En estas tiendas no existe un espacio físico en el que se expongan los productos a los clientes, sino solo un espacio de interacción virtual. Los empleados que preparan los pedidos no interactúan con los clientes. Estos reciben los

pedidos mediante un servicio de entrega a domicilio propio o externalizado. En algunos *dark stores* la tecnología permite procesos automatizados de búsqueda y preparación de pedidos y también el sector de estas empresas estaba buscando métodos de entrega a domicilio mediante robots, lo que, sin embargo, plantea y ha planteado obstáculos por la organización del tráfico vial.

Pero volvamos al tema del convenio colectivo para empresas de plataforma, en particular para las filiales dedicadas a repartir para los *dark stores* o supermercados virtuales no abiertos al público. En Barcelona se ha presentado alguna demanda de despido contra las filiales del grupo Glovo. En el caso, los trabajadores inicialmente estuvieron contratados como autónomos para Glovoapp 23 SL. En el 2021 se produjo un cambio y una gran parte de los trabajadores autónomos pasaron a estar contratados laboralmente por una ETT (JT Hiring) que los ponía a disposición de otra empresa del grupo Glovo. En el mismo año una parte de los trabajadores secundaron una huelga en la ciudad de Barcelona, con cierta resonancia en la prensa, en las que las personas trabajadoras protestaban por estar subcontratadas. En el año siguiente, los conflictos se trasladaron al convenio colectivo de aplicación a estas actividades de reparto. La filial del grupo de empresas de Glovo aplicaba a los trabajadores dedicados al reparto desde el centro físico (cerrado al público), el convenio colectivo de comercio de Cataluña.

El art. 2 de este convenio establece:

Este Convenio colectivo regula las condiciones de trabajo del personal que presta sus servicios por cuenta y orden de empresas dedicadas a la actividad de comercio, tanto mayoristas como minoristas, que no están incluidas en el ámbito funcional de ningún otro Convenio publicado en el Boletín o Diario Oficial correspondiente, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio, y a aquellas personas trabajadoras y empresas a los que con anterioridad a la aplicación del presente Convenio les era de aplicación el Convenio colectivo de trabajo de mayoristas y detallistas de juguetes y cochecitos de niño de la provincia de Barcelona.

Sin embargo, en el modelo de actividad de la filial del grupo de empresas de plataforma, el reparto a domicilio es la actividad esencial. En este sentido, en alguna demanda se había solicitado por el sindicato CCOO, la aplicación del convenio colectivo sectorial de transporte de mercancías por carretera y logística a los repartidores de estas empresas de plataforma con supermercados no abiertos al público. Con carácter subsidiario, el sindicato había pedido la aplicación del convenio colectivo de hostelería y restauración. Ello conecta con el hecho de que algunas empresas de plataforma también han organizado las llamadas *dark kitchens*, esto es, colmenas de cocinas industriales, que también preparan comidas para ser distribuidas, pero sin establecimientos abiertos al público. Los argumentos que se exponían por parte del sindicato, para reclamar la aplicación del convenio de transporte eran primero, que es el convenio que

se ha de aplicar a toda la actividad empresarial de transporte de mercancías por carretera en vehículos automóviles que circulen y las denominadas actividades auxiliares y complementarias del transporte de mercancías. En segundo lugar, se aducía que la actividad principal sí estaba incluida en su ámbito funcional. Además, los convenios del sector de transporte contienen la previsión de aplicar el convenio de transporte de mercancías, en virtud del principio de unidad de empresa, a todas las actividades o la totalidad de servicios de cada empresa cuya actividad principal esté incluida en su ámbito funcional y, añaden, que si existen servicios que constituyan unidades de negocio independientes, se establece que para que no les sea de aplicación, debe acordarse mediante un convenio colectivo estatutario. Y en tercer lugar, que los convenios de transporte, en virtud del II Acuerdo General, incluyen a la mensajería y a la logística. En particular, incluyendo expresamente a «la realización de las actividades de transporte de la cadena de suministro».

Sin embargo, la aplicación del convenio de transporte choca con un elemento del modelo de negocio de muchas *dark stores*, y es que muchas no utilizan vehículos automóviles sino bicicletas, patinetes o ciclomotores. Podría aducirse que el convenio de transporte solo debe vincular a empresas de transporte o empresas con los títulos habilitantes de transportistas u operador de transporte. Es verdad, por otra parte, que la ausencia de título para la empresa no siempre ha sido obstáculo para impedir vincular a una empresa que ejerce una actividad de transporte a la normativa sectorial que regula dicha actividad. En el caso de Uber ya se dijo que el servicio de intermediación de esta empresa en el transporte de viajeros, tenía que calificarse de servicio en el ámbito del transporte (STSJUE 20-12-17, C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi). La aplicación de la normativa de transporte es importante por temas de tiempo de trabajo (conectividad, tiempos muertos, descansos, prevención de riesgos laborales...). No obstante, la aplicación de convenios sectoriales de transporte de mercancías en nuestro país exige que la empresa disponga o deba disponer de autorizaciones administrativas de transporte de mercancías, lo que por el tipo de vehículos (generalmente de dos ruedas), no son necesarias en el reparto de pequeños paquetes.

Sin embargo, al cierre de la revisión de este artículo se ha tenido conocimiento de la SJS 351/2022, núm. 8 de Barcelona, de 8 de noviembre de 2022, que ha admitido la aplicación del convenio colectivo de comercio a un repartidor de la plataforma Glovo que había estado contratado por diversas filiales del grupo dedicadas a los supermercados digitales, al no haberse acreditado en la prueba que la actividad del grupo de empresas laboral fuera otra que la del comercio, si bien reconoció a la persona trabajadora la categoría de chófer repartidor con un salario superior al que se le venía abonando por las mercantiles del grupo laboral de empresas, que se declaró en la sentencia.

6. Conclusiones

Las conclusiones sobre lo analizado en relación con el convenio aplicable a los *riders* son las siguientes:

En primer lugar, desde el 2019, en el ámbito funcional del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (ALEH) se incluyó expresamente al personal de reparto de comida a domicilio en los convenios de hostelería. Su razón de ser era evitar una suerte de competencia a la baja entre establecimientos que recurrían al personal propio para el reparto y aquellos que externalizaban el reparto con empresas de plataforma a través de aplicaciones en dispositivos móviles. Y es que la existencia de empresas de plataforma que abrían una línea de negocio y recurrían al reparto con personal autónomo y, en el caso de que fueran laborales, con costes a la baja podía resultar anticompertitiva si se comparaba con las formas tradicionales de reparto de comida preparada, donde se recurría a la laboralidad de las personas trabajadoras que prestaban sus servicios: con cobertura por accidentes, cotizaciones a la seguridad social a cargo de la empresa, etc.

En segundo lugar, la inclusión en el ámbito de ALEH de las plataformas de reparto de comidas y bebidas que se proyectaría sobre empresas como *Deliveroo*, *Uber Eats*, *Glovo*, etc., ha planteado dudas a un sector de la doctrina por considerar que estas empresas podrían ser consideradas ajenas a la actividad de hostelería y no realizar una actividad auxiliar de las de hostelería y restauración. Otra doctrina ha tenido una postura más neutra y ha incidido en que este acuerdo, al igual que ocurriera con otras experiencias comparadas, partiría de la inclusión de determinadas empresas de plataforma en un sector tradicional por su tipo de negocio, siendo negociado por los sindicatos y organizaciones empresariales de dicho sector. La ventaja de este método es que las partes pueden utilizar el marco tradicional de los procesos de negociación y también aprovechar los logros de los convenios colectivos en términos de contenido, a lo que cabría añadir que se supera la pasividad de las empresas de plataforma a la hora de integrarse en asociaciones empresariales existentes o constituir unas específicas. Por lo demás, esta inclusión cuenta con un poderoso apoyo y es que la CCNCC ha considerado que las concretas empresas que se encargan exclusivamente (o de manera preponderante) de realizar el reparto de comida al domicilio del cliente que solicita este servicio al restaurante a través de la *app* se sujetan al convenio de hostelería.

En tercer lugar, el segundo tipo de convenios sectoriales potencialmente aplicables a los *riders* son los de transporte de mercancías. Su aplicación ha sido reivindicada tradicionalmente por los sindicatos para los repartidores, pero el hándicap es que en muchos casos el reparto se produce en vehículos que no requieren de autorización administrativa de transporte, como bicicletas, patinetes o ciclomotores. La inclusión de la actividad de reparto de comida en los convenios de transporte requeriría una inclusión expresa en el Acuerdo del Sector del

Transporte a las actividades de reparto en estos vehículos. Sin embargo, ello no es imposible que se produzca en el futuro, pues en otros países, sí ha existido una inclusión expresa en los convenios de logística de los repartidores de plataformas, como en Italia.

Después del establecimiento de la presunción de laboralidad la mayoría de las empresas de plataforma que gestionaban *apps* de reparto de comida y que antes de la Ley 12/2021, contrataban directamente con autónomos, han seguido varias estrategias. La mayoría de las empresas de plataforma han desechado la opción de integrar al personal en su propia plantilla. Se han seguido dos vías alternativas.

En la primera vía la empresa de plataforma aparecería como tercero intermediador, entre los restaurantes y establecimientos de comida y el personal de reparto. Este personal sería autónomo o, si se entendiese que debería haber relación laboral, la empresa de plataforma lo consideraría dependiente de los restaurantes. El personal de reparto sería el que facturaría a los restaurantes, limitándose teóricamente la empresa de plataforma a intermediar o conectar las necesidades de los clientes con las de las empresas de restauración y del personal de reparto.

La segunda vía sería la de externalizar el empleo de los *riders*. Esta subcontratación presenta fuertes indicios de cesión ilegal de trabajadores. En todo caso, en el artículo se analiza el convenio colectivo aplicable tanto si se produce una situación de prestamismo laboral o no. Si hubiera cesión ilegal, debería aplicarse el convenio que rigiese en la empresa de plataforma si dispusiese de un convenio de empresa, o si no, y el convenio sectorial de referencia sería el de hostelería. Si no hubiera cesión ilegal, el convenio sectorial de referencia se determinaría conforme al art. 42.6 ET, esto es por la actividad objeto de la contrata, que sería la del reparto de comida, incluida en el ALEH. Recuérdese que, tanto si las empresas contratistas que gestionan la mano de obra o la propia empresa de plataforma disponen de convenio de empresa, siempre es importante delimitar el convenio sectorial por cuanto los convenios de empresa no gozan de prioridad aplicativa en todas las materias, por ejemplo, no la tienen en materia retributiva, con lo que solo podrán ser de aplicación en esta materia si son más favorables que los convenios sectoriales. Si la plataforma digital, o más frecuentemente, las empresas contratistas de la compañía, tienen contratados a los *riders*, el convenio colectivo sectorial de referencia es el de hostelería del ámbito territorial en la que se desarrolle la actividad. El argumento de que la empresa de plataforma o sus empresas contratistas pertenecen a otro sector de actividad o no hay convenio, no es de recibo, porque el reparto de comida a domicilio es el objeto de la contrata, y la actividad está regulada en el Acuerdo Estatal de Hostelería.

Una cuarta conclusión es que no es legal la aplicación de los convenios del sector de la mensajería a los *riders*. De entrada, es más que dudoso que el reparto de comida sea propiamente un paquete o envío postal. Pero además si se analiza

la regulación convencional del sector de mensajería hay argumentos adicionales que no deberían permitir la aplicación de los convenios de este sector, aunque en la práctica ello está bastante generalizado, porque sus condiciones laborales son muy bajas.

En primer lugar, porque el convenio estatutario de mensajería habría finalizado su vigencia el 31-12-2007. Aunque no está denunciado, no puede entenderse prorrogado tácitamente por haberse pactado lo contrario expresamente (arts. 86.2 ET y 3 y 4 del Convenio).

En segundo lugar, el convenio extraestatutario llamado ‘convenio estatal de mensajería’ está siendo aplicado de forma generalizada por muchas empresas de reparto a toda su plantilla. Sin embargo, sobre el mismo se proyectan algunos indicios de ilegalidad: en su contenido, por incluir un elenco de cláusulas que por su carácter general no pueden contenerse en un pacto de eficacia limitada; por contener otras cláusulas *contra legem*, porque en su negociación no consta que hayan participado otros sindicatos más representativos o representativos en el sector, sino que este pacto extraestatutario ha sido negociado por un solo sindicato. También hay indicios de que se produce una adhesión en la suscripción de los contratos de trabajo que podía incurrir en prácticas de contratación en masa.

En los *dark stores* o supermercados totalmente digitales, se ha planteado también reclamaciones sobre el convenio aplicable. Algunas empresas de plataformas o sus contratistas han aplicado el convenio de empresas de comercio minorista de Cataluña. Por su parte, algunos sindicatos han solicitado la aplicación del convenio colectivo sectorial de transporte de mercancías por carretera y logística a los repartidores de estas «empresas de plataforma con supermercados no abiertos al público». Con carácter subsidiario, se ha pedido la aplicación del convenio colectivo de hostelería y restauración.

Respecto a las pretensiones sindicales ha de señalarse que: primero, la aplicación del convenio de transporte choca con un elemento del modelo de negocio de muchas *dark stores*, y es que muchas no utilizan vehículos automóviles sino bicicletas, patinetes o ciclomotores, y segundo, en tanto no se prevea una solución específica, debería aplicarse la misma solución a este personal que para el resto de los *riders*, esto es la de los convenios del sector de hostelería. Sin embargo, al cierre de la revisión de este artículo se ha tenido conocimiento de la SJS 351/2022, núm. 8 de Barcelona, de 8 de noviembre de 2022, que ha admitido la aplicación del convenio colectivo de comercio a un repartidor de la plataforma Glovo que había estado contratado por diversas filiales del grupo dedicadas a los supermercados digitales, al no haberse acreditado en la prueba que la actividad del grupo de empresas laboral fuera otra que la del comercio, si bien reconoció a la persona trabajadora la categoría de chófer repartidor con un salario superior al que se le venía abonando.

7. Bibliografía

- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *Breves apuntes de una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales*, RDS (87), 2019, 65-89.
- COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS (DIR. J. RIVERO LAMAS), *La negociación colectiva en el sector de la hostelería*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- ESTEVE SEGARRA, Amparo y TODOLÍ SIGNES, Adrian, *Cesión ilegal del trabajadores y subcontratación en las empresas de plataformas digitales*, Revista de Derecho Social (95), 2021, 37-64.
- GARCÍA RUBIO, María Amparo y GOERLICH PESET, José María, «Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios», en AA.VV. (coord. F. Pérez de los Cobos y J.M. Goerlich), 2006, *El régimen jurídico de la negociación colectiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA VIÑA, Jordi, *Cuestiones actuales de la negociación colectiva en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, Disponible en Base de datos Tirant On Line.
- GYULAVÁRI, Tamás y KÁRTYÁS, Gábor, «Por qué la negociación colectiva es ineludible para los trabajadores de plataformas y cómo lograrla», en AA.VV. (dir. J.M. Miranda Boto y E. Bramshuber), *Negociación colectiva y economía de plataformas (Una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio)*, Madrid: Ediciones Cinca, 2022, 125-143.
- KLEIN, Naomi, *No logo*, Paidós, Barcelona, 2002.
- LOI, Piera, «Las fronteras entre convenios colectivos y legislación en la economía de plataformas», en AA.VV. (dir. J.M. Miranda Boto y E. Bramshuber), *Negociación colectiva y economía de plataformas (Una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio)*, Madrid: Ediciones Cinca, 2022, 43-60.
- MACLOUGHLIN, Michael, «Glovo cambia su funcionamiento y mete en un lío a supermercados y restaurantes», *El confidencial*. 5-5-22, 2022. Recuperable en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-05-05/glovo-facturacion-ley-rider-autonomos-supermercados-restaurantes_3419047/.
- QUONDAMATTEO, Nicola, «Eppur si muove. I difficile camino della contrattazione collettiva nel settore del food delivery», *Labour & Law Issues*, 2021 (1). <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/12977>.
- MCLOUGHLIN, M, «La aldea gala de la ‘gig economy’: el plan de Barcelona que desquicia a las plataformas», *El Confidencial*. 3-4-22, 2022. Recuperable en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-04-03/nueva-economia-barcelona-prohibiciones_3395175/.
- MIRANDA BOTO, José maría, «Negociación colectiva y economía de plataformas: realidades y posibilidades», en AA.VV. (dir. J.M. Miranda Boto y E. Bramshuber) (2022). *Negociación colectiva y economía de plataformas (Una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio)*, Madrid: Ediciones Cinca, 23-42.
- SÁEZ LARA, Carmen, «Inteligencia artificial en la empresa y negociación colectiva», en AA.VV. (dir. J.M. Gómez Muñoz), *Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital*. Albacete: Bomarzo, 2021, 15-50.
- VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés, *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Albacete: Bomarzo, 2021.

EL CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A TRABAJADORES/AS CON 55 O MÁS AÑOS DE EDAD: LUCES Y SOMBRAS

The special agreement with social security in collective redundancies affecting workers aged 55 and over: light and shade

ANA CASTRO FRANCO*

Universidad de León, España

RESUMEN

En la institución del despido colectivo presentan notable incidencia dos factores intrínsecamente relacionados como son la edad y el trabajo. El primer elemento tiene una repercusión directa en la permanencia de la persona trabajadora en la empresa o grupo de empresas afectada por el despido colectivo y en la problemática de la discriminación por razón de la edad, debiendo mostrar una especial atención a los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El convenio especial de Seguridad Social constituye un medio de aseguramiento del respeto de la prioridad de permanencia a favor de las personas maduras. Esta figura requiere de determinados cambios en su regulación actual, a efectos de ofrecer un tratamiento mucho más coordinado, eficiente y sistematizado.

Palabras clave: despido colectivo, Seguridad Social, convenio especial, personas maduras.

ABSTRACT

In the institution of collective redundancies, two intrinsically related factors have a significant impact: age and work. The first element has a direct impact on the permanence of the worker in the company or group of companies affected by the collective redundancy and on the problem of discrimination on the grounds of age, with special attention to the criteria of the Court of Justice of the European Union. The special Social Security agreement constitutes a means of ensuring respect for the priority of permanence in favour of mature people. This figure requires certain changes in its current regulation, in order to offer a much more coordinated, efficient and systematised treatment.

Keywords: collective redundancy, Social Security, special agreement, mature people.

* **Correspondencia a:** Ana Castro Franco. C/Colón, 19-4.B (24001 León, España). — acastf@unileon.es — <https://orcid.org/0000-0002-6834-3064>

Cómo citar: Castro Franco, Ana. (2022). «El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores/as con 55 o más años de edad: luces y sombras»; *Lan Harremanak*, 48, 165-194. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24022>).

Recibido: 04 noviembre, 2022; aceptado: 13 diciembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Repercusión de la edad en la permanencia de la persona trabajadora en el mercado de trabajo. Especial referencia a las prejubilaciones

Por cuanto hace a las medidas sociales de acompañamiento, el artículo 8 del Real Decreto 1483/2012, de 28 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, establece una doble tipología diferenciando entre aquellas destinadas a evitar o reducir los despidos, de las dirigidas a atenuar sus consecuencias, aun cuando es posible combinar unas con otras o ampliar el elenco meramente ejemplificativo. Con todo, el juzgador solo podrá entrar a ponderar si las medidas adoptadas son adecuadas y razonables a los fines perseguidos, pero no va a valorar si son óptimas o podrían haber sido adoptadas otras menos gravosas¹; así mismo, cabrá condicionar su efectividad, por ejemplo, a que no sea factible mantenerlas si, como consecuencia de una huelga o conflicto colectivo, pudieran perderse clientes o sufrir la empresa penalizaciones económicas².

Atendiendo a la relación que enuncia, así como a la que posibilita, las alternativas más habituales pueden ser medidas innominadas entre las cuales cabría destacar las prejubilaciones que constituyen otra vía paliativa tradicional y frecuente³, debiendo recordar que su número ha de ser computado, en este concreto contexto, a la hora de fijar el umbral que implica estar en presencia de un despido colectivo. La prejubilación constituye un mecanismo frecuente de reestructuración empresarial, especialmente en el sector financiero o el de las telecomunicaciones. Actúa como una situación transitoria desde el cese en la prestación de servicios de la persona trabajadora hasta el acceso a la jubilación; ahora bien, ello implica diversos efectos perjudiciales para las arcas del sistema público de la Seguridad Social.

Si bien es cierto que la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de la edad, no es menos cierto que en su artículo 6.1 permite introducir en los ordenamientos nacionales diferencias de trato por razón de edad cuando actúen como medio necesario para alcanzar objetivos legítimos de la política de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional⁴. La interpretación flexible de la doctrina judicial europea redonda en permitir incluir requisitos, como

¹ SSTS, de 15 de abril de 2014 (rec. núm. 136/2013) o 20 de julio 2016 (rec. núm. 303/2014).

² STS, de 14 de noviembre de 2017 (rec. núm. 17/2017).

³ SSTS, de 19 de marzo de 2014 (rec. núm. 226/2013), 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 1/2016) y 18 de mayo de 2017 (rec. núm. 71/2016).

⁴ A este respecto, STJUE, de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04), asunto *Mangold*, apartado 78.

la fuerza física en el trabajador, encaminados a proteger los intereses empresariales⁵.

En el plano interno, el Tribunal Constitucional considera adecuado y no discriminatorio el criterio de selección de trabajadores/as en un despido colectivo en función de la mayor edad, cuando esté próxima a la edad de jubilación⁶. En efecto, el sacrificio personal y económico impuesto a determinados trabajadores/as por razón exclusiva de su edad solo puede ser legítimo si se ve compensado de forma efectiva, de modo que no suponga una lesión desproporcionada en relación con los fines perseguidos por la medida adoptada. Siguiendo esta misma línea de razonamiento, la selección de los trabajadores afectados/as empleando este criterio debe estar acompañada de medidas efectivas tendentes a atenuar los efectos negativos generados por la situación de desempleo, como pueden ser el convenio especial de la Seguridad Social o las mejoras voluntarias en la prestación por desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.

Como es sabido, para esclarecer el funcionamiento del despido colectivo a nivel interno quedarán excluidas del cómputo las extinciones vinculadas a la voluntad del trabajador. En principio, así ocurre en una situación de mutuo acuerdo sobrevenido, cuando se deba a la voluntad concorde de las partes, y ello con independencia del vínculo contractual. Ahora bien, cabrá su inclusión cuando las prejubilaciones encubran la proyección de un despido colectivo viciando la voluntad de los trabajadores al coaccionarles a escoger el «mal menor»⁷. A su vez, seleccionar a quienes tienen la posibilidad de acceder a la jubilación presenta tintes subjetivos, cuando en estas prejubilaciones la sustitución de trabajadores/as maduros —incentivándoles a través de una compensación económica— tiene por objeto abaratar la mano de obra (López Cumbre 2003:141). Más aún, las prejubilaciones no suponen un buen aliciente para la garantía de la sostenibilidad del sistema de pensiones. Los trabajadores/as que se ven abocados a la prejubilación obtienen prestaciones contributivas por desempleo y prestaciones del nivel asistencial y suelen acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada, lo cual implica una «socialización» de los costes empresariales de despedir, muchas veces con el apoyo de ayudas públicas y de la protección social complementaria en general (Muros Polo 2022:764).

Hacer frente a los desequilibrios existentes en la Seguridad Social pasa por poner remedio a los desafíos coyunturales, esto es, la pérdida de poder adquisitivo y bienestar de los jubilados/as, pero también dar respuesta a los retos estructurales, como son, la situación demográfica, caracterizada por el desempleo,

⁵ STJUE, de 12 de enero de 2010 (C-229/08), asunto *Wolf*, apartado 46.

⁶ STC, de 13 de abril de 2015 (rec. núm. 66/2015).

⁷ STSJ, de 27 de febrero de 2004 (rec. núm. 3826/03).

el notable envejecimiento de la población combinada con la baja natalidad y la consiguiente inversión de la pirámide de estructura poblacional, la incidencia de la inmigración o las alteraciones en los modelos laborales (Pérez del Prado 2018:14). Frente al uso indiscriminado de las prejubilaciones las instituciones europeas han marcado unas líneas políticas claras, centradas en la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada, lo cual se traduce en diversas reformas legales a nivel estatal.

En el ámbito nacional, una de las soluciones más recurrentes como medio para asegurar la eficiencia del sistema de pensiones consiste en incentivar el retraso voluntario de la jubilación para activar la economía y ampliar la base de cotizaciones de la Seguridad Social. Es más, varios países de la Unión Europea ya han vinculado la edad de jubilación a la esperanza de vida, como Italia, Portugal, Dinamarca y Finlandia. Según lo dispuesto desde el primer Pacto de Toledo se insta al Ejecutivo a adoptar actuaciones en el ámbito de la permanencia de los trabajadores/as en el mercado laboral con el objetivo de ajustar la edad efectiva de jubilación, con la edad legal de jubilación. Así, la empresa puede pactar la prioridad de permanencia a favor de las personas maduras mediante convenio colectivo o durante el período de consultas del despido colectivo.

Además, se han introducido límites a la prejubilación: de un lado, las empresas con beneficios de más de 100 trabajadores/as o, que formen parte de un grupo de empresas con ese número de trabajadores/as, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente cuando realicen despidos colectivos e incluyan a trabajadores/as de cincuenta o más años de edad con el fin de desincentivar la salida prematura del mercado laboral de los trabajadores/as de mayor edad y hacer frente al importante coste para las arcas públicas⁸; por otro, cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no concursales, que incluyan trabajadores/as con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores/as anteriormente señalados en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Es precisamente esta última medida la que se analizará en este ensayo con el objetivo de descubrir sus aciertos y defectos.

2. La evolución del convenio especial con la seguridad social para despidos colectivos que afecten a trabajadores/as de 55 años o más

El origen de esta modalidad de convenio especial se sitúa en el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001,

⁸ STS, de 29 de marzo de 2017 (rec. núm. 133/2016).

cuyo punto IV.3 dispone la modificación de las condiciones de acceso a la jubilación anticipada. En virtud de dicho precepto se preveía mantener la regulación y acceso a la jubilación a partir de los 60 años. A su vez, podían acceder a la jubilación anticipada, a partir de los 61 años, los trabajadores/as afiliados a la Seguridad Social con posterioridad al 1 de enero de 1967, siempre y cuando estuvieran incluidos en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes Especiales que contemplan el derecho de la jubilación anticipada; acreditaran un periodo mínimo de cotización efectivo de 30 años, sin que a tales efectos se tuviera en cuenta la parte proporcional de pagas extraordinarias; el cese en el trabajo no derivara de causa imputable al trabajador/a y en el caso de despidos colectivos que se tratara de trabajadores/as pertenecientes a empresas sujetas a expedientes de regulación de empleo.

En el supuesto de extinción de contratos de trabajo como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, promovidos por empresas no incurso en un procedimiento concursal, aquel debía llevar como anexo un acuerdo en cuyas cláusulas se obligaban a financiar un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social hasta la edad de 65 años y cuyo coste debía ser soportado, salvo pacto en contrario, por el empresario/a y trabajadores/as en la misma proporción en que se cotizaba por contingencias comunes en el Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo, era necesario que el trabajador/a se encontrara inscrito como demandante de empleo durante un plazo, al menos, de seis meses a la fecha de solicitud de la jubilación anticipada.

Siguiendo los dictados de la Unión Europea la finalidad era modificar la regulación de la pensión de jubilación para dotarla de flexibilidad y gradualidad, coordinando las medidas adoptadas con la repercusión de la demografía en la evolución del sistema de pensiones. En tal sentido, resultaba conveniente modificar la regulación de la pensión de jubilación, de manera que no impidiera una presencia social activa de los ciudadanos/as, teniendo en cuenta la repercusión de la permanencia en la autoestima del trabajador/a, los efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, las indudables ventajas de aprovechar la experiencia y conocimientos de los trabajadores/as de más edad.

En segundo lugar, los artículos 6 y 7 del RD-ley 16/2001, de 27 de diciembre (tramitado como Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema gradual y flexible) modificaron el artículo 51.15 ET y la Disposición Adicional 31.^a de la LGSS de 1994 a fin de regular el convenio especial en expedientes de regulación de empleo de empresas no incurso en procedimiento concursal que afectaran a trabajadores/as de 55 o más años, que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967. En este convenio especial, las cotizaciones abarcaban el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la

que el trabajador cumpliera los 65 años. A tal efecto, las cuotas se determinaban aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador/a en los últimos seis meses de ocupación cotizada el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducía la cotización correspondiente al periodo en el que el trabajador/a tuviera derecho a la percepción del subsidio de desempleo, calculando la misma en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial. Hasta la fecha de cumplimiento por parte del trabajador/a de la edad de 61 años, las cotizaciones estaban a cargo del empresario/a y se ingresaban en la Tesorería General de la Seguridad Social, bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación por parte del citado Servicio común de la cantidad a ingresar, bien de manera fraccionada garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador/a de la edad de 61 años, las aportaciones al convenio especial eran obligatorias y a cargo exclusivo del mismo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad de 65 años o hasta la fecha en que, en su caso, accediera a la pensión de jubilación anticipada. En los supuestos de fallecimiento del trabajador/a, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente o de realización de actividades en virtud de las cuales se efectuaran cotizaciones al sistema de Seguridad Social, se reintegraban al empresario/a las cuotas que, en su caso, se hubieren ingresado por el convenio especial correspondientes al periodo posterior a la fecha en que tuviere lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión, así como las coincidentes por la realización de las actividades antes citadas hasta la cuantía de las cuotas correspondientes a estas últimas.

En tercer término, la Disposición Adicional 31.^a LGSS fue parcialmente modificada por el artículo 2 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Si durante el periodo de cotización a cargo del empresario/a el trabajador/a realizaba alguna actividad por la que se efectuarán cotizaciones al sistema de la Seguridad Social, las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, se aplicaban al pago del convenio especial durante el periodo a cargo del trabajador/a, y sin perjuicio del derecho del empresario/a al reintegro de las cuotas que procedan, si existiera remanente en la fecha en que aquel causara la pensión de jubilación. En caso de fallecimiento del trabajador/a o de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente durante el periodo de cotización correspondiente al empresario/a, este tenía derecho al reintegro de las cuotas que, en su caso, se hubieran ingresado por el convenio especial correspondientes al periodo

posterior a la fecha en que tuviera lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión, previa regularización anual.

En cuarto lugar, el artículo 2 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, modifica la referencia del artículo 51.15 ET por el apartado 51.9 ET y nuevamente la Disposición Adicional 31.^a LGSS al sustituir la referencia al expediente de regulación de empleo por la de despido colectivo y la referencia a los trabajadores/as de 65 años por la de edad ordinaria de jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161 LGSS. Igualmente, la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social varía el contenido de la ya remendada Disposición Adicional 31.^a LGSS al permitir la jubilación anticipada a la edad de 61 años cuando se trate de un despido colectivo por causas económicas o fuerza mayor, y a la edad de 63 años cuando el despido colectivo obedezca a causas organizativas, técnicas o de producción. A partir del cumplimiento por parte del trabajador/a de la edad de 61 o, en su caso, 63 años, las aportaciones al convenio especial serían obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 161 o hasta la fecha en que, en su caso, accediera a la pensión de jubilación anticipada.

Esta reforma en materia de jubilación anticipada, que no entró en vigor, fue modificada por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores/as de mayor edad y promover el envejecimiento activo. La norma introdujo un nuevo régimen de jubilación anticipada por el que se establecía una edad inferior como máximo en 4 años a la edad ordinaria de jubilación en supuestos de cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador/a y, entre ellos, los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La regulación en materia de edad de acceso a la jubilación anticipada involuntaria continúa vigente en la actualidad en el artículo 207 LGSS, pues la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, introdujo modificaciones en los coeficientes reductores y su método de cómputo (Muros Polo 2022:776).

En fin, hoy en día el artículo 51.9 ET contiene la obligación de suscribir el convenio especial en caso de despido colectivo. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece el régimen jurídico de dicho convenio en su Disposición Adicional 13.^a y sustituye la referencia al artículo 161.1.a) LGSS de 1994, por la del vigente 205.1.a) LGSS de 2015 (LGSS).

3. Finalidad del convenio especial con la seguridad social

La figura del convenio especial aparece como situación asimilada al alta en el artículo 166.3 LGSS cuando dispone que, en los casos de excedencia forzosa, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias. Ahora bien, no existe un concepto en la LGSS capaz de definir el concepto de situación asimilada al alta en la Seguridad Social. A pesar de ello, la doctrina ha ofrecido una aproximación a su definición entendiéndolo por situación asimilada al alta la del trabajador/a cuando no se encuentra realmente dado de alta de forma efectiva, de manera que el ordenamiento jurídico establece una ficción, en el sentido de considerar al trabajador/a en determinadas circunstancias como si estuviera dado de alta, a efectos de reunir este requisito en la Seguridad Social (Barrios Baudor y Sempere Navarro 1998:89).

El convenio especial, con carácter general, puede definirse como la figura a través de la cual determinados sujetos de forma voluntaria deciden suscribir un acuerdo con la Administración de Seguridad Social para poder continuar cotizando a la Seguridad Social, sin necesidad de realizar una actividad por la cual estén encuadrados en algún Régimen de la Seguridad Social (Panizo Robles 2004:84). La Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social establece como objeto la cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social por tales contingencias, de las que quedan excluidas, salvo en los supuestos en que disponga lo contrario la norma, las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y los subsidios correspondientes a las mismas. Asimismo, quedarán excluidas del convenio especial la cotización y la protección por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

El convenio especial es el remedio normal que la ley ofrece para mantener la situación de alta y evitar que las cuotas pagadas con anterioridad no tengan en el futuro efecto alguno, pues el convenio pretende mantener al trabajador/a en alta y evitar que las cotizaciones satisfechas carezcan de todo efecto.

La finalidad principal del convenio especial es la de incluir bajo el paraguas de la Seguridad Social a determinadas actividades asimiladas a las desarrolladas por los trabajadores/as por cuenta ajena o por cuenta propia. Además, sirve para que quienes han desarrollado una actividad profesional y han cesado en ella, o reducido el tiempo dedicado a la misma, puedan mantener intactas sus expectativas de protección, conviniendo con la Seguridad Social, de forma individuali-

zada, la consideración ficticia de sujeto activo con, normalmente, la carga económica de seguir pagando las cotizaciones a su costa, de manera que puedan conservar el derecho a las prestaciones cuando las contingencias se actualicen, como si estuvieran en alta (González Ortega; Barcelón Cobedo y Quintero Lima 2022:108). Al mismo tiempo, consiguen mejorar las expectativas de acceso a las prestaciones (Goerlich Peset y Mercader Uguina 2014:1178), de manera que esto podría evitar conductas fraudulentas, tendentes a simular una relación laboral como pretexto para el ingreso de cotizaciones que sirvan para lucrar o completar el periodo mínimo de carencia exigible para causar derecho a la pensión o a otra prestación de la Seguridad Social (Fernández Orrico 2013:55). Suscribir el convenio especial es una forma de evitarlo, pues está previsto para circunstancias semejantes en las cuales no existe relación laboral y se arbitra la posibilidad de ingresar cotizaciones a la Seguridad Social con el fin de obtener una futura prestación.

Existen diversas teorías en torno a la naturaleza del convenio especial, que van desde su consideración como un contrato de seguro de adhesión, hasta llegar a configurarse con la naturaleza jurídica del contrato de seguro de la cual participa todo convenio y lo aleatorio del riesgo asumido. Ahora bien, a la vista del carácter contractual del convenio al derivar el mismo de su suscripción voluntaria y del carácter público de esta institución de forma que la declaración de voluntad de la administración de la Seguridad Social se determina a través de un acto administrativo reglado, podría encajar como una figura híbrida entre el contrato y el acto administrativo.

Por contra, en el convenio especial para supuestos de despido colectivo que afecten a personas trabajadoras de 55 años o más edad, la suscripción del convenio es obligatoria para la empresa, lo cual acarrea numerosos problemas.

4. Régimen del convenio especial en despidos colectivos que afecten a trabajadores/as de 55 años o más

La nota característica del convenio especial con la Seguridad Social cuando el despido colectivo incluya a trabajadores/as de 55 años o más es el de su carácter obligado, lo cual difiere de la norma general, pues en principio no es exigible la suscripción de un convenio especial. Por otra parte, en la mayoría de los convenios especiales donde destaca la voluntariedad de su suscripción el último responsable del cumplimiento de las obligaciones, entre ellas el abono de las cotizaciones, es la propia persona trabajadora. En cambio, el mencionado convenio especial en los supuestos de despido colectivo se aparta de las notas genéricas al establecer una suscripción obligatoria, donde la responsabilidad en dicha suscripción recae en el empresario/a hasta un segundo momento a partir del cual la

responsabilidad se traslada al trabajador/a. Esta figura encaja con dificultad en el concepto de situación asimilada al alta y podría resultar interesante plantear la reubicación de la misma en otra institución diferente al convenio especial. Otro problema viene dado por la naturaleza híbrida del convenio anteriormente referida, habida cuenta de que la parte convencional aparece matizada, pues la única voluntad que le queda al trabajador/a es aceptar o no la oferta (Rodríguez Hurtado 2002:171).

Los trabajadores/as que suscriban el convenio especial permanecerán en situación asimilada a la de alta, cotizarán junto con el empresario/a de forma sucesiva y podrán acceder a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común o accidente no laboral, jubilación, muerte y supervivencia, servicios sociales y asistencia sanitaria. Quedan excluidas de la acción protectora las prestaciones derivadas de una suspensión del contrato de trabajo o de una contingencia profesional como pueden ser la incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y por cuidados de menores con cáncer y otras enfermedades graves, la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

Con la obligación de suscribir convenio especial en caso de despido colectivo de trabajadores/as de 55 años o más la norma pretende, por una parte, desincentivar la expulsión de personas mayores del mercado de trabajo a través de prejubilaciones o simplemente despidos colectivos, encareciendo la adopción de dichas medidas; por otra, garantizar una mayor sostenibilidad del sistema de Seguridad Social a través de cotizaciones como si el trabajador/a continuara en activo y favorecer el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición en materia de Seguridad Social (Aragón Gómez 2021:810). Efectivamente, un objetivo del convenio especial en supuestos de despido colectivo es mantener la carrera de seguro de los afectados/as, para que no vean recortadas sus prestaciones, en especial la pensión de jubilación.

Como se ha señalado, la suscripción del convenio especial en los despidos colectivos que afectan a personas trabajadoras de 55 o más años es obligatoria para el empresario/a, sin resultar pacífica la respuesta a si se trata de una obligación laboral o de Seguridad Social. Dicha cuestión no resulta indiferente, pues dependiendo de la solución será aplicable un régimen jurídico u otro en cuestiones relativas a la prescripción de la obligación, la tramitación procesal, la titularidad del crédito, etc. La obligación se enmarca en el artículo 51.9 ET, pero también en la Disposición Adicional 13.^a LGSS realizando ambos preceptos remisiones recíprocas; de modo que el artículo 51.9 ET remite a la regulación recogida por la legislación de Seguridad Social, y la Disposición Adicional 13.^a LGSS hace referencia al convenio especial del artículo 51.9 ET.

A mero título de ejemplo, parte de la doctrina judicial señala que la pretensión de la condena de la empresa a la suscripción del convenio especial no

es una pretensión de Seguridad Social, sino que conforma una obligación legal de carácter laboral, de manera que la Tesorería General de la Seguridad Social no se ve afectada directamente por la condena aun cuando sí indirectamente en tanto en cuanto debe calcular las cuotas a pagar y suscribir el convenio, lo cual evidencia un interés y determina su legitimación pasiva⁹. Manteniendo una tesis radicalmente opuesta, algunos tribunales consideran que el convenio especial se configura como una institución de Seguridad Social y en consecuencia, el plazo de prescripción del que dispone el empleado/a para exigir la suscripción del convenio especial y el pago de las cotizaciones por el empresario/a, ante el incumplimiento de este, es el de cinco años en virtud del artículo 53.1 LGSS y no el plazo de prescripción de un año establecido para el cumplimiento de las obligaciones laborales en el artículo 59.1 ET¹⁰. Un sector minoritario en la jurisprudencia apunta que la obligación de suscripción del convenio especial se enmarca en el ámbito de los actos instrumentales, inmatriculación y/o gestión recaudatoria de la Seguridad Social atribuyendo su conocimiento al orden contencioso-administrativo¹¹.

Sentencias más recientes consideran a la Jurisdicción Social competente para conocer de la demanda colectiva instando la condena a suscribirlo cuando se trate de un despido colectivo anterior a la declaración de concurso, siendo irrelevante tanto la notificación a los trabajadores/as que tuviera lugar el mismo día del auto de tal declaración, como que la demanda fuera interpuesta con posterioridad a la resolución dictada a dicho efecto por el Juez de lo Mercantil¹². Asimismo, el incumplimiento de la obligación de suscribir este convenio especial respecto a algún trabajador/a no es causa suficiente para la declaración del procedimiento y del despido como no ajustado a derecho, sin perjuicio de la acción del interesado/a de solicitarlo por vía judicial, o de instar la indemnización por los daños derivados de tal desconocimiento de cuanto impone la ley¹³.

En fin, una posible solución sería diferenciar entre las vicisitudes anteriores a la suscripción del convenio especial, que sería una obligación laboral ligada al artículo 51.9, y las posteriores a la suscripción del convenio, donde operarían las reglas de legislación en materia de Seguridad Social.

4.1. **Ámbito subjetivo**

Mientras en el convenio especial de carácter general, los sujetos intervinientes son el propio trabajador/a o asimilado/a y la Tesorería General de la Seguridad Social (a excepción del convenio especial aplicable a los Diputados y

⁹ STSJ, de 12 de marzo de 2014 (rec. núm. 61/2014).

¹⁰ STSJ, de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 667/2015).

¹¹ STSJ, de 17 de julio de 2012 (rec. núm. 1765/2012).

¹² STS, de 26 de octubre de 2016 (rec. núm. 2216/2015).

¹³ SAN, de 13 de abril de 2018 (proc. núm. 6/2018).

Senadores de las Cortes Generales y del Parlamento Europeo o de los miembros de Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas), el convenio especial en caso de despido colectivo será suscrito por el empresario/a y el trabajador/a, por un lado, y la Tesorería General de la Seguridad Social, por otro. Aun cuando se trata de una relación tripartita, solo se considera la existencia de dos partes intervinientes en el convenio, al dar por supuesto el acuerdo entre empresa y trabajador/a (Trillo García 2016:942). El acuerdo previo refleja la imposición del artículo 51.9 ET de suscribir el convenio especial en los supuestos de despidos colectivos que afecten a trabajadores/as de 55 o más años de edad y que, de atender a la información que proporcionen a la Tesorería General de la Seguridad Social, deberán suscribirlo en las condiciones establecidas tanto en la Disposición Adicional 31.^a LGSS como en el artículo 20.1 de la Orden TAS/2865/2003, y que ha de cumplir la Tesorería cuando se formalice el convenio.

4.2. Requisitos para la suscripción del convenio especial en despidos colectivos con personas maduras afectadas

Tras la sustitución de la exigencia formal de obtener autorización administrativa para proyectar un despido colectivo por la mera comunicación a la autoridad laboral, se modificó la referencia al expediente de regulación de empleo por la de despido colectivo. Así, los destinatarios/as hasta el 11 de febrero de 2012 eran aquellos trabajadores/as que hubiesen visto extinguido su contrato de trabajo a consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo por la autoridad laboral. A partir del 12 de febrero de 2012 iba destinado a quienes quedarán afectados/as por una decisión empresarial relativa a un despido colectivo. A esta primera reforma, la siguieron otras tanto en materia laboral como de Seguridad Social.

Para comenzar, la obligación de suscribir este convenio proviene del ámbito laboral en virtud del artículo 51.9 ET el cual introduce una serie de condiciones, una relativa a la empresa y dos al trabajador/as, a saber: i) empresas no incursas en procedimientos concursales; ii) que afecte a trabajadores/as de 55 o más años y iii) que los trabajadores/as no hubieran tenido la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967.

4.2.1. *Empresas que no estén incursas en un procedimiento concursal*

Si bien la empresa debe estar inmersa en un proceso de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la situación no puede ser de insolvencia al punto de incumplir sus obligaciones con los trabajadores/as, especialmente el abono de las cotizaciones. La justificación de este requisito viene dada por la necesidad de garantizar cierta viabilidad de la empresa, lo cual no queda cubierto si está incursa en un procedimiento concursal.

Ahora bien, resulta esencial identificar la noción procedimiento concursal. Queda comprendida a partir de la declaración de la empresa en concurso de acreedores, por la cual el procedimiento de despido colectivo se regula según lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en la redacción de las modificaciones recientemente introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. El concurso de acreedores trata de salvar o de reorganizar desde el punto de vista crediticio a aquella persona física o jurídica deudora común de varios acreedores que no puede atender regularmente a sus pagos mediante la utilización de instrumentos legalmente previstos que permitan soportar más holgadamente esta situación de insolvencia (Sanz Sáez 2018:219).

Cabe matizar la existencia de diferencias sustanciales con la fase preconcursal, la cual está destinada a obtener un acuerdo extrajudicial de pagos o un acuerdo de refinanciación, sustituidos por los planes de reestructuración conforme a la nueva denominación implementada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, tendentes a evitar el concurso o asegurar la ordenación de la satisfacción de los créditos ante una futura declaración concursal (Cegarra Cervantes 2021:382). En aplicación del antiguo artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal 27/2003 era perfectamente posible realizar el despido colectivo y la suscripción del convenio especial durante el periodo previo establecido para llegar a un acuerdo de refinanciación, debiendo considerar que dicha posibilidad continuará siendo factible en los nuevos planes de reestructuración regulados en los artículos 614 y siguientes de la Ley Concursal de 2020 tras la reforma acaecida en el año 2022, o que tras el despido la empresa se vea inmersa en un concurso, siendo válido el compromiso de suscripción del convenio especial anterior a la declaración del concurso de acreedores¹⁴. Resulta previsible, a la espera de pronunciamiento judicial en este sentido, que continúe siendo de aplicación la interpretación seguida hasta el momento en la materia. Así pues, cuando en el momento en el que nace la obligación de la empresa de suscribir el convenio especial, esta no se halle en concurso de acreedores, y teniendo el trabajador/a una edad superior a 55 años, no existe causa alguna para la denegación de la solicitud de alta en el convenio especial¹⁵. De igual forma, si la empresa obligada al pago de las cuotas correspondientes al convenio especial suscrito fuera declarada en concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social dictará providencia de apremio a fin de dar cuenta a la administración concursal en la certificación administrativa de la deuda, pues no podrá iniciar ejecuciones singulares pudiendo llegar únicamente hasta la emisión de la providencia.

Distinta cuestión es determinar quién resulta competente para determinar la obligación de suscribir el convenio y del abono empresarial de las cuo-

¹⁴ STSJ, de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 667/2015).

¹⁵ STSJ, de 30 de abril de 2013 (rec. núm. 770/2012).

tas, cuando la empresa está incurso en un concurso de acreedores¹⁶. Cuando el concurso sea voluntario la facultad de suscribir el convenio especial corresponde al deudor, pues conserva las facultades de administración y disposición, aun cuando la capacidad la puede ostentar el administrador concursal cuando sea necesario.

4.2.2. *Trabajadores/as de 55 años o más*

Los trabajadores/as incluidos en el despido colectivo deben haber cumplido 55 años, aun cuando puede acordarse la suscripción del convenio especial con abono empresarial de las cotizaciones a favor de personas trabajadoras menores de 55 años. Esta condición responde a la especial dificultad de encontrar un nuevo empleo para estos trabajadores/as y de este modo se les facilita la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada, pese a seguir al amparo de la protección por desempleo, siendo el Servicio Público de Empleo el organismo encargado de abonar la prestación por desempleo o, en su caso, el subsidio hasta que el empleado/a cumpla los 61 o 63 años de edad, momento en el cual se trasladará al ámbito de protección de la jubilación en sus diversas modalidades (Fernández Fernández 2006:1537).

Ha sido objeto de debate si el momento en el que el trabajador/a debe cumplir los 55 años para poder suscribir el convenio es en la fecha de la toma de decisión del despido colectivo o la fecha de efectividad de este. En este sentido, es en la fecha del cese en el trabajo en el que se ha de tener cumplida la edad de 55 años para que surja la obligación de suscripción del convenio especial y del pago de las correspondientes cuotas. En efecto, la fecha a tener en cuenta para poder suscribir el convenio especial es la correspondiente a la extinción de la relación laboral, siendo dicho momento ya preclusivo cuando el trabajador/a tiene que tener cumplidos los 55 años, pues solo a partir de dicha fecha despliega sus efectos la institución del convenio especial prevista en el artículo 51.9 ET; esto es, el trabajador/a deja de estar en alta en la Seguridad Social para pasar a la situación asimilada al alta, situación en la que el convenio especial adquiere su vigencia y comienza la cotización del mismo¹⁷.

4.2.3. *Los trabajadores/as no pueden tener la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967*

En sentido negativo, se exige que el trabajador/a no haya sido mutualista antes del 1 de enero de 1967. Según la Disposición Transitoria 4.^a.1.2.^a LGSS: Quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los sesenta años. En tal caso,

¹⁶ STSJ, de 27 de marzo de 2015 (rec. n.º 37/2014).

¹⁷ STSJ, de 16 de septiembre de 2014 (rec. núm. 550/2014).

la cuantía de la pensión se reducirá en un 8 por ciento por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años. Sin embargo, la exclusión del convenio especial de quienes tuvieran la condición de mutualista, así como la restricción de esta posibilidad a la existencia de un despido colectivo, carece de sentido habida cuenta de que, tras las diversas reformas, la jubilación anticipada se prevé por cese en el trabajo con aplicación de coeficientes reductores (Sempere Navarro 2002:17).

Por un lado, no pueden negarse ciertas diferencias en los requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada a los trabajadores/as que fueron mutualistas antes del 1 de enero de 1967 y los exigidos a quienes acceden a una jubilación por cese en el trabajo en virtud del artículo 207 LGSS, pues la jubilación anticipada de los primeros no requiere de causa específica para el acceso, la edad mínima es de 60 años, no se requiere previa inscripción como demandante de empleo, ni periodo de cotización previa más allá del exigible para acceder a la jubilación en su modalidad ordinaria, salvo para mejorar los coeficientes reductores. Por otro lado, estas diferencias no presentan entidad suficiente capaz de justificar el trato excluyente, al resultar claramente similar el efecto del despido colectivo en un trabajador/a mutualista de 55 años o más y en uno/a que no lo es. En suma, la norma debería modular el convenio a favor de quienes son mutualistas, en lugar de dejarlos fuera de la protección (Fernández Orrico 2013:232-233).

4.3. Forma y plazo de solicitud

Para formalizar el convenio especial en supuestos de despidos colectivos donde se vean afectadas personas de 55 años o más la solicitud se efectuará mediante la presentación del modelo correspondiente (modelo TA-0040-ERE) ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, en función del domicilio de actividad de la empresa responsable del pago, durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo y, en todo caso, hasta la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado conforme a lo establecido en el artículo 51.4 ET. En el caso de que el empresario/a no proceda a la solicitud del convenio en los términos señalados, el trabajador/a podrá solicitar el convenio dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario/a notifique individualmente el despido.

La notificación por la Tesorería sobre la procedencia de celebrar el convenio especial solicitado deberá producirse dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de la Dirección Provincial o Administración competente para su tramitación. Una vez transcurrido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá desestimada la petición por silencio administra-

tivo según lo dispuesto en el artículo 129.3 LGSS. Si, por el contrario, la solicitud del convenio fuese estimada expresa o tácitamente, se suscribirá dentro de los tres meses siguientes a fecha de la notificación de su procedencia o estimación, entendiéndose caducado el procedimiento iniciado cuando transcurra dicho plazo sin que tenga lugar la firma por causa imputables a los interesados/as (la caducidad no afectará al plazo de prescripción para exigir la formalización del convenio)¹⁸.

El momento en el cual ha de efectuarse la suscripción ha sido tradicionalmente contemplado con cierta flexibilidad. De esta manera, el artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003 establece claramente la obligatoriedad de realizar la solicitud durante la tramitación del despido colectivo, ahora bien las peculiaridades en su tramitación pueden dificultar la tarea de determinar los trabajadores/as afectados por el mismo y su edad, a efectos de la solicitud, por tanto puede realizarse en el momento de la extinción y se debe realizar incluso cuando no se recoja tal obligación en la documentación relativa al despido colectivo proyectado¹⁹. Más aún, algunos órganos juzgadores consideran la posibilidad de suscribir el convenio especial en un plazo de cinco años²⁰. En la misma línea, el convenio puede suscribirse tras el cese en el trabajo cuando la decisión de despido colectivo difiera en el tiempo de la efectividad del cese, o tras la extinción de la prestación por desempleo consecuencia del despido colectivo.

En lo que respecta al plazo de efectos, el artículo 5.2 de la Orden TAS/2865/2003 establece que si la solicitud del convenio especial se hubiere presentado dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha del cese en la actividad o en la situación que determine la baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social con extinción de la obligación de cotizar, el convenio surtirá efectos desde el día siguiente a aquel en que haya producido efectos la baja en el Régimen correspondiente. En cambio, si la solicitud del convenio se hubiere presentado fuera del plazo de los noventa días naturales, el mismo surtirá efectos desde el día de la presentación de la solicitud de convenio especial.

4.4. Responsabilidad del pago y bases de cotización

La obligación de cotizar comenzará el día siguiente a la baja en el Régimen correspondiente, o el día siguiente a la extinción del derecho a la prestación contributiva por desempleo y durará hasta que la persona trabajadora cumpla la edad ordinaria de jubilación referida en el artículo 205.1.a) LGSS. Tendrán derecho a la pensión de jubilación quienes hayan cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses

¹⁸ STSJ, de 21 de mayo de 2015 (rec. núm. 900/2015).

¹⁹ STSJ, de 22 de octubre de 2015 (rec. núm. 1162/2015).

²⁰ STSJ, de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 667/2015).

de cotización. Si bien, la Disposición Transitoria 7.^a LGSS establece un régimen transitorio desde 2013 a 2027 con diferentes periodos de cotización y edad exigida.

A diferencia de otros convenios especiales, donde la responsabilidad del ingreso de las cotizaciones corresponde a una sola persona, ya sea trabajador/a, empresa o incluso Administración General del Estado, la responsabilidad del convenio especial en supuestos de despido colectivo recae en la empresa y en el trabajador/a, de forma sucesiva. Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario/a hasta la fecha en que el trabajador/a cumpla los sesenta y tres años, salvo en los casos de expedientes de despido colectivo por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador/a, de los sesenta y un años.

Cuando en el despido colectivo concurren causas económicas con causas técnicas, organizativas o de producción, la causa económica tiene vis atractiva a efectos de determinar en 61 años el momento en el que cesa la obligación de cotizar de la empresa. Dichas cotizaciones se ingresarán en la Tesorería General de la Seguridad Social, bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación por parte del citado servicio común de la cantidad a ingresar, bien de manera fraccionada garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la Tesorería (Fernández Domínguez 2018:221). De esta manera, el elemento clave para la distribución es la causa del despido colectivo.

De optarse por el pago fraccionado, que no aplazado, el ingreso de la primera anualidad se deberá realizar en el plazo de treinta días naturales a partir de la notificación de la cantidad a ingresar, presentando en el mismo plazo, para responder de las cotizaciones pendientes, bien aval solidario suficiente a juicio de la Tesorería General de la Seguridad Social o bien sustituyendo, con el consentimiento de dicho servicio común, la responsabilidad del empresario/a por la de una entidad financiera inscrita o una entidad aseguradora debidamente autorizada, en los mismos términos que establece el apartado siguiente para el aval. El aval habrá de tener validez desde la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo y hasta, al menos, un año después del vencimiento de la anualidad o anualidades que garantiza.

Dicho aval podrá ser presentado por una entidad financiera inscrita en el Registro Oficial de Bancos o Banqueros o una cooperativa de crédito inscrita en el Registro Especial del Banco de España. Para que puedan ser aceptados estos avales será necesario: que las firmas de los otorgantes del aval estén legitimadas o el documento intervenido por Notario/a colegiado; que conste en el aval su número de inscripción en el Registro Especial de Avales y que se acompañe copia,

previamente cotejada con el original, de los poderes de las personas firmantes del aval. Asimismo, podrá ser presentado por una entidad aseguradora debidamente autorizada por el Ministerio de Economía y Empresa cuando las firmas de los otorgantes del aval estén legitimadas o intervenido el documento por Notario/a; conste el número de inscripción en el Registro Especial de Avaluos y el número de póliza a la que corresponde y se acompañe copia de las condiciones generales y particulares de la póliza suscrita por el avalado/a con la compañía avalista. En tercer y último lugar podrá presentar aval una sociedad de garantía recíproca. Si el aval fuera prestado por este tipo de sociedad habrán de cumplirse los requisitos establecidos en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, y demás normas complementarias, acompañando certificado expedido por el secretario/a del consejo de administración, con el visto bueno de su presidente/a, en el que se acredite la cantidad avalada y que la sociedad reúne todos los requisitos exigidos por la referida ley, debiendo tener dicha certificación legitimadas las firmas por Notario/a.

La falta de ingreso de las cotizaciones por este convenio especial a cargo del empresario/a, en las formas, condiciones y plazo, determinará su reclamación en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

Si durante el periodo de cotización a cargo del empresario/a el trabajador/a realizase alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de la Seguridad Social, las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, se aplicarán al pago del convenio especial durante el periodo a cargo del trabajador/a, en los términos que reglamentariamente se determinen y sin perjuicio del derecho del empresario/a al reintegro de las cuotas que procedan, de existir remanente en la fecha en que aquel cause la pensión de jubilación. En síntesis, a fin de fomentar el empleo, está permitida la realización de actividades que no impliquen cotización, como son los trabajos por cuenta ajena o propia de carácter marginal dada su naturaleza esporádica, su ínfima remuneración u otras circunstancias concurrentes y, según apuntan algunos autores (Trillo García 2016:970), también la realización de actividades profesionales colegiadas cuando se opte por la inclusión en una Mutualidad de Previsión Social.

Asimismo, cuando el trabajador/a cumpla 61 años en casos de despido colectivo por causas económicas o 63 años en despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción, la Tesorería General de la Seguridad Social determinará si el importe de la cotización ingresada por el empresario/a coincide con la efectuada por la realización de actividades del trabajador/a, tras el acuerdo de empresario/a y trabajador/a de aplicarlo al pago del convenio especial. Sin embargo, en tanto no se haya aplicado la totalidad de la cotización realizada por el empresario/a, la realización de las actividades por parte del trabajador/a no su-

pone la extinción del convenio especial, el cual quedará en suspenso si las bases de cotización correspondientes a las actividades son iguales o superiores a las del convenio. En cualquier caso, si en la fecha de efectos de la pensión de jubilación y, en último extremo, en la fecha en que cumpla 65 años no se hubiera aplicado al pago de las cotizaciones del trabajador/a en el convenio la totalidad de la cotización a cargo del empresario/a que haya sido retenida, la Tesorería devolverá el importe sobrante al empresario/a.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador/a de la edad de sesenta y tres o, en su caso, sesenta y un años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad a que se refiere el artículo 205.1.a) LGSS, o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada. El plazo de ingreso de las aportaciones a cargo del trabajador/a es el del mes natural siguiente al devengo de las mismas, de modo que ingresará las cotizaciones con la misma dinámica de las cotizaciones ordinarias (Aragón Gómez 2021:821).

Surge la pregunta de si la Tesorería General de la Seguridad Social debe proceder a recaudar las cuotas coactivamente cuando el trabajador/a se encuentre en situación de insolvencia. El artículo 51.9 ET concibe la suscripción del convenio como un derecho para el trabajador/a y no como una carga; pero, la Disposición Adicional 13.^a LGSS establece que las cuotas son obligatorias. La solución pasa por aplicar el artículo 10.2.c) de la Orden TAN/2865/2003, esto es, considerar extinguido el convenio especial por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, quedado a salvo la posibilidad de volver a suscribir el convenio cuando se encuentre al corriente en el pago de las cuotas adeudadas en el convenio anterior.

Otra opción, es la prevista en el artículo 8 de la Orden TAN/2865/2003 por la que podrán actuar como sustitutos de los trabajadores/as o asimilados/as que suscriban el convenio especial o, en su caso, de los empresarios/as obligados al pago de la aportación correspondiente las personas físicas o jurídicas que asuman voluntariamente esta obligación con autorización expresa de dichos trabajadores/as, empresarios/as o asimilados/as (Aragón Gómez 2021:821). En tales casos y a los solos efectos de facilitar la liquidación y cumplimiento de la obligación de cotizar en virtud del convenio especial, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma correspondiente dará traslado de una copia de dicho convenio especial a la persona física o jurídica que sustituya al trabajador/a en el cumplimiento de la obligación de ingresar las cuotas respectivas. La sustitución en la persona del deudor/a hecha sin consentimiento expreso de la Tesorería no liberará al suscriptor/a del convenio, sin perjuicio de que, si el sustituto realizare el pago, este se considere efectuado por tercero.

4.4.1. *Bases de cotización*

Las cotizaciones se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador/a, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al periodo en el que el trabajador/a pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio. Según dispone el artículo 6.2 de la Orden TAS/2865/2003 la base de cotización por convenio especial tendrá carácter mensual. En los supuestos en que fuese necesario tomar bases diarias, la base anterior se dividirá por treinta en todos los casos. Lo anterior implica el carácter provisional del cálculo de la base.

En este sentido, cabe recordar que el convenio debe ser solicitado durante la tramitación del despido colectivo, el cual se materializa en un solo pago y dada la dinámica de la obligación de cotizar la Tesorería General de la Seguridad Social no puede conocer exactamente el montante de las bases de cotización de los últimos seis meses. Así pues, procederá a realizar un cálculo provisional y cuando conozca las bases reales de cotización, procederá a modificar la cuantía y a reajustar los avales en el supuesto de fraccionamiento en el pago de las cotizaciones. Ahora bien, habida cuenta que para determinar la base de cotización deben tomarse en cuenta las bases de ocupación cotizada de los últimos meses, si durante dicho periodo se contemplan periodos de huelga, dichos periodos se han de descontar en el cálculo de la base de cotización (Trillo García 2016:953).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 147 LGSS y el artículo 23 del Reglamento General de Cotización, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador/a o asimilado/a, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena y las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año.

Asimismo, se considerará remuneración la totalidad de las percepciones recibidas por los trabajadores/as, en dinero o en especie y ya retribuyan el trabajo efectivo o los periodos de descanso computables como de trabajo, así como los importes que excedan de los límites determinados para los conceptos excluidos de cotización. Constituyen percepciones en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

A estos efectos, las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados/as. No obstante, lo establecido anteriormente, serán aplicables las normas generales de cotización en los términos que reglamentariamente se determinen cuando, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador/a debe incluir, conjuntamente con el salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas.

Procede matizar que en este convenio donde la base de cotización es la base promediada de los últimos seis meses, no resulta de aplicación el límite mínimo de artículo 6.2.1.c) de la Orden TAS/2865/2003, que establece una base mínima de cotización, en la fecha de efectos del convenio especial, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, pues en ningún caso, al importe de la base de cotización será inferior a la base mínima que en cada momento esté establecida en el Régimen de la Seguridad Social de procedencia del suscriptor/a y de la categoría profesional en que estuviera inscrito.

La cotización efectuada por la empresa no tiene incidencia en la liquidación sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas de los trabajadores/as ni como ingreso ni como gasto deducible en la determinación el rendimiento neto del trabajo. La cotización de la empresa en sustitución del trabajador/a por el periodo que le corresponde a este a partir de los 61 o 63 años constituye una retribución en especie del trabajo. Pero si la empresa entrega la trabajador/a importes en metálico para que haga frente a las cuotas de la Seguridad Social, dichos importes tendrán la consideración de renta dineraria (Trillo García 2016:978). Las cotizaciones al convenio especial están incluidas como gastos deducibles del rendimiento neto del trabajo.

4.4.2. *Mejora de las bases de cotización*

De continuar el análisis del artículo 6 de la Orden TAS/2865/2003 se observa que los trabajadores/as y/o los empresarios/as pueden incrementar las bases de cotización a través de una cláusula adicional en el convenio donde se determine el responsable del pago del incremento de las cuotas, sin necesidad de presentar aval ni de sustituir por un tercero al responsable del pago. En suma, en el momento de suscribir el convenio especial el interesado podrá elegir cualquiera de las siguientes bases mensuales de cotización: i) La base máxima de cotización

por contingencias comunes del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado/a o en el régimen en que estuviera encuadrado, en la fecha de baja en el trabajo determinante de la suscripción del convenio especial, siempre que haya cotizado por ella al menos durante veinticuatro meses, consecutivos o no, en los últimos cinco años; ii) La base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador/a solicitante del convenio especial, durante los 12 meses consecutivos anteriores a aquel en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar y que sea superior a la base mínima; iii) De tener acreditado un periodo de cotización inferior a 12 meses, esta base estará constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente de dividir la suma de las bases de cotización entre el número de días cotizados; iii) La base mínima de cotización vigente, en la fecha de efectos del convenio especial, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores/as por Cuenta Propia o Autónomos; y, iv) una base de cotización que esté comprendida entre las bases determinadas conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores.

A opción del interesado/a que las hubiese elegido, las bases de cotización a que se refieren los apartados i) y ii) anteriores podrán incrementarse en cada ejercicio posterior a la baja en el trabajo o al cese en la actividad en el mismo porcentaje en que se aumente la base máxima del grupo de cotización correspondiente a su categoría profesional o la del régimen en el que hubiera estado encuadrado.

Además, cada vez que, durante el período de vigencia del convenio especial, la base mínima de cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores/as por Cuenta Propia o Autónomos sea modificada la base de cotización correspondiente al convenio será incrementada, como mínimo, en el mismo porcentaje que haya experimentado aquella base mínima o, en su caso, en el porcentaje superior que tenga derecho a elegir el interesado/a, hasta que la cuantía de la base resultante sea como máximo la base de cotización prevista por contingencias comunes correspondientes a la categoría del afectado/a.

En lo que respecta a las personas que suscriban el convenio especial y hayan optado por la base de cotización a que se refieren los apartados i), ii) y iv) anteriores podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta o asimilada a la de alta por la suscripción del convenio, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se aumente en lo sucesivo la base máxima de cotización del Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

Asimismo, en ningún caso la base de cotización resultante podrá ser superior al tope máximo de cotización vigente. En los casos de suspensión del convenio especial, cuando el trabajador/a o asimilado/a, por los periodos de actividad, fuere objeto de inclusión en el mismo o en otro Régimen de la Seguridad Social

y coincidieren cotizaciones por periodos de actividad laboral y por convenio especial, la suma de ambas bases de cotización no podrá exceder del tope máximo de cotización vigente en cada momento, debiendo, en su caso, rectificarse la base de cotización del convenio especial en la cantidad necesaria para que no se produzca la superación del indicado tope máximo.

En fin, en aquellos Regímenes en que han de tenerse en cuenta, a efectos de cotización, distintas categorías profesionales, las bases mínima o máxima se entenderán referidas a las correspondientes al grupo de cotización en que se encuentre comprendida la categoría que tenía el trabajador/a antes de la baja, siempre que sean superiores a la base mínima de cotización vigente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores/as por Cuenta Propia o Autónomos.

Por su importancia práctica en la materia, procede examinar el régimen de suspensión y extinción de la cláusula de incremento voluntario de la base de cotización de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Orden TAS/2865/2003. En cuanto a la suspensión hace, el incremento de la base de cotización voluntariamente establecido en el convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despido colectivo quedará suspendido, respecto de la obligación de cotizar y la protección correspondiente, durante los periodos de actividad del trabajador/a o asimilado/a que lo hubiera suscrito cuando los mismos, tanto si tienen carácter continuo como discontinuo, determinen su encuadramiento en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, siempre que la base de cotización a este sea inferior a la base de cotización aplicada en el convenio especial, salvo que el suscriptor/a del convenio especial manifieste expresamente su voluntad de que el convenio se extinga o que el mismo siga vigente en cuanto al incremento (Trillo García 2016:956).

A tales efectos, la realización de las actividades que den lugar a dicha suspensión habrá de ser comunicada, por el suscriptor/a del convenio o por su representante, a la respectiva Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma correspondiente, dentro de los diez días naturales siguientes a la citada reanudación de actividades, produciendo efectos la suspensión del convenio especial desde el día anterior al de la incorporación al trabajo. Si se notificare después de dicho plazo, la suspensión únicamente surtirá efectos desde la fecha de comunicación.

Finalizada la causa determinante de la suspensión del convenio especial, podrá reanudarse la efectividad del convenio que se tenía suscrito desde el día siguiente a aquel en que finalizó la causa de la suspensión, si el interesado/a efectúa comunicación al respecto a la correspondiente Dirección Provincial de la Tesorería o Administración de la misma dentro del mes natural siguiente a aquel en que se produjo el cese en el trabajo determinante de la suspensión. Si se comunicara después de dicho plazo, la reanudación de la efectividad del con-

venio se producirá desde el día de la presentación de la comunicación, salvo que hubiere efectuado con anterioridad cotizaciones por el convenio, en cuyo caso la reanudación se producirá desde la fecha de efectos del primer pago, en plazo reglamentario, posterior a la fecha en que se haya producido el cese en el trabajo determinante de la suspensión.

Por otra parte, el incremento de la base de cotización se extinguirá: i) por quedar el interesado/a comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que el trabajador/a o asimilado/a que lo suscribiere preste sus servicios o ejerza su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, y la nueva base de cotización que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial; ii) por adquirir el interesado/a la condición de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los Regímenes del Sistema de Seguridad Social; iii) por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada, en cuyo caso el interesado/a no podrá suscribir nuevo convenio especial hasta que se encuentre al corriente en el pago de las cuotas adeudadas por convenio anterior, en cuyo caso el nuevo convenio únicamente surtirá efectos desde el día de la nueva solicitud; iv) por fallecimiento del interesado/a; v) por decisión del interesado/a, comunicada por escrito o por medios técnicos a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración correspondiente de la misma. En este caso, la extinción del convenio especial tendrá lugar a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.

No obstante, no se producirá la extinción del convenio especial por la primera causa, salvo que el interesado/a manifieste expresamente lo contrario, en los casos de pluriempleo o pluriactividad. Tampoco se extinguirá el convenio especial por desplazamiento del suscriptor/a al extranjero, aunque este desplazamiento supere el plazo de 90 días o, en su caso, la prórroga que pueda concederse, tanto si el trabajador/a o asimilado/a queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al que se desplace el suscriptor/a del convenio.

4.4.3. *Tipos de cotización*

El tipo de cotización por convenio especial será único y estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social por contingencias comunes. Para determinar la cuota a ingresar por convenio especial se calculará la cuota íntegra aplicando a la base de cotización que corresponda el tipo único de cotización vigente en el Régimen General. El resultado

obtenido se multiplicará por el coeficiente o coeficientes reductores aplicables y el producto que resulte constituirá la cuota líquida a ingresar. A estos efectos, los coeficientes a aplicar para la cotización en la situación de convenio especial serán los fijados anualmente por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Cuando los efectos iniciales o finales del convenio especial no sean coincidentes con el primero o el último día del mes, la cuota mensual se dividirá por 30 y el cociente se multiplicará por los días del mes que tenga o haya tenido efectos el convenio.

Según el artículo 4 de la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022, a partir del 1 de enero de 2022, los tipos de cotización al Régimen General son para las contingencias comunes, el 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento, a cargo del trabajador.

4.4.4. *Deducción de las cotizaciones por desempleo*

Cuando se produzca el cese en el trabajo, la empresa suscribirá obligatoriamente el convenio especial para quienes en el momento en que produzca efectos el despido colectivo no tengan derecho a la prestación contributiva por desempleo. Si al iniciarse el procedimiento de despido colectivo el afectado/a tuviera derecho a la prestación por desempleo no será necesario aplicar el convenio especial, pues el SEPE será el organismo encargado de abonar las cotizaciones simultáneamente descontándolas de la prestación. Durante el periodo de percepción de la prestación por desempleo, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación, la aportación correspondiente al trabajador/a. Durante la situación legal de desempleo, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores/as por los que existe obligación de cotizar, será equivalente al promedio de las bases de cotización de los últimos seis meses de ocupación cotizada por contingencias comunes o, por contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional, anteriores a la situación legal de desempleo.

Las cotizaciones referidas al periodo en el que se está obligado a cotizar, de la cantidad resultante se deducirá la cotización a cargo del SEPE, correspondiente al periodo en el que el trabajador/a pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo y corresponda cotizar por la contingencia de jubilación. A fin de cuentas, la entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, tomándose como base de cotización el 125 por ciento del tope mínimo de cotización vigente en cada momento *ex* 280 LGSS.

Durante la percepción de la prestación por desempleo, la obligación de cotizar al convenio queda neutralizada totalmente, siendo la entidad gestora de la prestación por desempleo la encargada de cotizar, reactivándose el convenio especial cuando cesa el percibo de la prestación. Sin embargo, habida cuenta de que la cotización durante la percepción del subsidio para mayores de 55 años es muy reducida, la percepción solo neutraliza parcialmente la obligación de cotizar del convenio, el cual se activa por la diferencia entre la cotización establecida para el convenio y la cotización prevista por el artículo 280 LGSS, siendo el momento en el que empieza a producir efectos el convenio especial el del cese de la cotización por desempleo (Fernández Orrico 2013:236-237). En cambio, si una vez producida la extinción de la prestación por desempleo, el trabajador/a no tuviera derecho al subsidio para mayores de 55 años, el convenio queda activado por la totalidad de la cotización establecida en ese preciso momento.

4.5. Incumplimiento y extinción

Con respecto a las consecuencias del incumplimiento las obligaciones de suscripción o abono de del convenio especial existen dos posturas doctrinales. Por un lado, las aportaciones de empresario/a y trabajador/a son cotizaciones, si bien su gestión y recaudación presentan peculiaridades, por lo que las deudas tendrían la consideración de recurso de la Seguridad Social objeto del procedimiento de recaudación ejecutiva de tipo administrativo, de forma que la Tesorería General de la Seguridad Social puede proceder contra el patrimonio del deudor a fin de solventar el crédito.

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina entiende que se trata de una obligación legal de tipo laboral, derivada del ejercicio de la potestad empresarial de efectuar un despido colectivo. Así, el impago de las aportaciones constituye un incumplimiento laboral cuya exigencia procede en la Jurisdicción Social. Aun cuando la Tesorería General de la Seguridad Social no puede sustituir la voluntad empresarial, ni arbitrar un procedimiento coactivo en tal sentido, no obstante, y previa acreditación de que el trabajador/a reúne los requisitos del artículo 51.9 ET, puede solicitar el convenio especial para supuestos de despido colectivo, pues se actuará dirigiéndose a la empresa incumplidora recordándole su obligación legal, otorgándole un plazo prudencial para su cumplimiento (Sanz Sáez 2018:223). Además, comunicará al afectado las actuaciones realizadas, a salvo de las acciones legales que este último considere oportunas en defensa de sus intereses. Si la empresa resultará condenada a suscribir el convenio tras la oportuna interposición de demanda ante el Juzgado de lo Social, la suscripción deberá atenerse a los términos de la ejecución, aun cuando resulta una práctica frecuente por parte de la Tesorería preparar el documento del convenio especial, citando a la empresa, de un lado, y al trabajador/a, de otro, para proceder a la firma en cumplimiento del fallo de la sentencia.

Ahora bien, es posible distinguir entre el supuesto en el que la empresa no formaliza el convenio y no paga las cuotas y el supuesto en el que formalizado el convenio especial no se abonan total o parcialmente las cuotas. En el primer caso, el trabajador/a requerirá judicialmente la obligación de suscribir el convenio y abona las aportaciones, siendo competentes los órganos jurisdiccionales para proceder a la ejecución del crédito laboral²¹. En el segundo caso, se trataría de un crédito público en virtud del acto de suscripción, con carácter de ingreso del sistema y susceptible de reclamación por la Tesorería General de la Seguridad Social e incluso de su recaudación por la vía de apremio²².

El incumplimiento en la suscripción del convenio está tipificado como una infracción muy grave *ex* artículo 23.1.i) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, sancionada con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.000 euros y en su grado máximo de 100.006 a 187.515 euros. Por su parte, el incumplimiento de abonar parcial o totalmente las cotizaciones es una infracción del artículo 23.1.b) LISOS, sancionada con una multa en su grado mínimo del 50 al 65% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos recaudatorios no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa de 65,01% al 80% y en el grado máximo, con multa de 80,01% al 100%.

Sin embargo, es difícil el encaje de esta segunda conducta en dicho precepto, el cual queda circunscrito al incumplimiento de obligaciones de cotización ligadas al cumplimiento de las obligaciones de liquidación del artículo 29 LGSS; si bien resulta adecuada la separación de las conductas, pues será relevante para determinar la titularidad de la acción, la titularidad de las facultades declarativas y ejecutivas, la titularidad del crédito e incluso la naturaleza del crédito.

Procede aclarar que parte de la doctrina entiende que el incumplimiento de la obligación del empresario/a de abonar las cotizaciones no determina la responsabilidad empresarial y el principio de automaticidad que obliga a las entidades gestoras a adelantar el pago de la prestación, pues la obligación del abono surge de una norma laboral (Trillo García 2016:974-975). Como lógica consecuencia de lo expuesto, no se aplica el principio de automaticidad de las prestaciones, aun cuando el trabajador/a pueda exigir indemnización al empresario/a que haya incumplido. En cambio, la doctrina judicial opta por reconocer la automaticidad de las prestaciones (Muros Polo 2022:780).

En cuanto a la extinción hace, el convenio especial se extinguirá o bien por fallecimiento del trabajador/a o bien cuando el interesado/a adquiera la condi-

²¹ STSJ, de 19 de mayo de 2015 (rec. núm. 7643/2014).

²² STSJ, de 4 de junio de 2015 (rec. núm. 18118/2015).

ción de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social. Cuando se produzca el fallecimiento o la incapacidad permanente durante el periodo de cotización correspondiente al empresario/a, este tendrá derecho al reintegro de las cuotas que, en su caso, se hubieran ingresado por el convenio especial correspondientes al periodo posterior a la fecha en que tuviera lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión (Fernández Domínguez 2018:221).

En principio, la Tesorería General de la Seguridad Social realiza una liquidación provisional, pero una vez conocidas las bases reales se efectuará una liquidación definitiva que culminará con el pago de la última fracción y sobre la base de esta liquidación se devolverán las cuotas por el periodo transcurrido desde el día del fallecimiento o el de efectos de la incapacidad permanente y la fecha en que naturalmente se extinguiría la obligación del empresario/a de abonar las cuotas. La fecha del fallecimiento no plantea problemas, sí lo hace, la fecha de incapacidad permanente debiendo situarla en el momento en que las lesiones se determinan como definitivas.

Los reintegros devengarán el interés legal del dinero vigente en la fecha en que se produzca su hecho causante, calculado desde el momento en que tenga lugar hasta la propuesta de pago. Para su abono, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá acordar la retención del pago de la devolución en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda que el titular del derecho a la devolución tuviera con la Seguridad Social.

En los convenios en que el sujeto responsable es el trabajador/a, el convenio especial se podrá extinguir por cualquiera de las causas previstas en el artículo 10.2 de la citada Orden TAS/2865/2003.

5. Conclusiones

La regulación del convenio especial en supuestos de despido colectivo que incluyan a trabajadores/as de 55 años o más dista de estar acomodada a la situación derivada de las sucesivas crisis económicas y sanitaria de los últimos años que han aumentado exponencialmente el número de despidos colectivos proyectados por las empresas. No se ajusta ni a la regulación procedimental de dichos despidos, ni a las reformas acaecidas en el sistema de la Seguridad Social, especialmente las referidas a la edad de jubilación y el acceso a la jubilación anticipada. De este modo, procede adecuar la distribución de la obligación a la edad de acceso de este a la jubilación anticipada y especificar las consecuencias del incumplimiento.

En referencia a este último problema, cabe poner de relieve el elevado nivel de incumplimiento empresarial en esta materia. Además, es necesario tomar en

consideración que no es hasta 2013 cuando entra en vigor la tipificación como infracción muy grave del incumplimiento en la suscripción de este convenio *ex* artículo 23.1.i) LISOS. Ahora bien, dicha responsabilidad en caso de incumplimiento no ha logrado el carácter disuasorio pretendido, ni ha constituido una vía de reparación para los afectados/as. En 2019 se consigue reforzar las facultades de la Tesorería General de la Seguridad Social para formalizar el convenio ante la negativa de la empresa, previa solicitud del trabajador/a y para despidos colectivos iniciados a partir del 9 de abril de 2019.

En cualquier caso, parece evidente la necesidad de distinguir dos momentos. El primero, en caso de no haber suscripción del convenio especial, en el que la titularidad del crédito laboral reside en el trabajador/a y este deberá reclamar ante la Jurisdicción Social. El plazo de prescripción será de un año desde el cese del contrato. En el segundo, si el convenio especial ha sido suscrito, pero no abonar las cotizaciones parcial o totalmente, el crédito tendrá naturaleza será público, siendo susceptible de reclamación de deuda por la Tesorería General de la Seguridad Social e incluso de recaudación por la vía de apremio.

La figura del convenio especial en el supuesto de despido colectivo se aparta de los elementos comunes de los convenios especiales, pues existe una íntima conexión del ámbito laboral y de Seguridad Social. En opinión de quien suscribe, resulta necesario reflexionar acerca de la propia naturaleza jurídica del convenio especial, para establecer su carácter voluntario para el trabajador/a con la obligación empresarial de abonar las cotizaciones como sustituto legal en el pago de las cotizaciones. En fin, cabe plantear la posibilidad de desgajar esta modalidad del convenio especial para convertirla en una figura jurídica de Seguridad Social con regulación propia, pues la institución actual no se corresponde realmente con la concepción tradicional del convenio especial de la Seguridad Social.

6. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, «El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros», en MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Reestructuraciones empresariales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, 807-826.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, *La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social*. Pamplona: Aranzadi Social, 1998, 87-94.
- CEGARRA CERVANTES, Felipe José, «El convenio especial de la Seguridad Social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal», en MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Reestructuraciones empresariales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, 377-392.

- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, «Despido colectivo», en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José (Dir.), *Tratado del despido*, Madrid: Wolters Kluger, 2018, 157-252.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, «El renacer legislativo de las cláusulas de jubilación forzosa previstas en convenio colectivo (A propósito de la Ley 14/2005, de 1 de julio)», *La Ley*, 2, 2006, 1534-1542.
- FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, *El Convenio Especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*. Valladolid: Thomson Reuters, 2013, 464.
- GOERLICH PESET, José María y MERCADER UGUINA, Jesús Ramón, *Prácticum Social*. Valladolid: Thomson Reuters, 2014, 2048.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; BARCELÓN COBEDO, Susana y QUINTERO LIMA, María Gema, *Introducción al derecho de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, 438.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, «Las prejubilaciones», en MILLÁN GARCÍA, Antonio (Coord.), *El sistema de pensiones en España*. Madrid: INSS, 2003, 137-161.
- MUROS POLO, Alejandro, «Configuración general del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más: sus aspectos más problemáticos» en EDICIONES LABORUM (ed.), *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, 2022, 763-785.
- PANIZO ROBLES, José Antonio, «El aseguramiento voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, 83-126.
- PÉREZ DEL PRADO, Daniel, «El debate actual sobre el futuro de las pensiones: algunos datos para el análisis», *Información Laboral*, 9, 2018, 233-246.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Juan Luis, *La voluntariedad en el Sistema de Protección Social. Aseguramiento voluntario público y previsión complementaria*, Tesis Doctoral dirigida por SASTRE IBARRECHE, Rafael Ramón, 2002, 395.
- SANZ SÁEZ, Concepción, «¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal?», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 16, 2018, 211-229.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «Una primera reflexión sobre la jubilación flexible», *Aranzadi Social*, 12, 2002, 159-168.
- TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón, «El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años», en GODINO REYES, Martín (Dir.), *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 967-1014.

INCORPORACIÓN AL MERCADO LABORAL DE PERSONAS NEURODIVERGENTES: LA NECESIDAD DE CONTRATOS ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN LABORAL MEXICANA

*Incorporation of neurodivergent persons into the labor market:
the need for special employment contracts in mexican labor legislation*

BRENDA TUFIÑO GÓMEZ*, ANA ESTHER ESCALANTE FERRER

Profesora investigadora de la EESY de la UAEM, México
y Profesora investigadora de CIDU de la UAEM

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es presentar una propuesta de adición a la ley para que personas neurodivergentes, que merecen cubrir su derecho humano al empleo decente; salvaguarden su derecho a la salud, al nivel de vida adecuado y la no discriminación.

En ese tenor, el presente trabajo se desarrolla bajo el método deductivo, a través de la delimitación de las personas trabajadoras neurotípicas, seguido del análisis de la problemática que envuelve a las personas neurodiversas cuando se enfrentan a las formas tradicionales de productividad en México y los avances que se han tenido en España. Para finalizar con la propuesta de elementos a considerar dentro de los contratos especiales de trabajo.

Palabras clave: neurodiversidad, contrato especial, trabajo, derechos humanos.

ABSTRACT

The objective of this paper is to present a proposal to extend the law so that neurodivergent people, who deserve to cover their human right to decent employment; safeguard their right to health, an adequate standard of living and non-discrimination.

In this sense, the present work is developed under the deductive method, through the delimitation of neurotypical workers, followed by the analysis of the problems that surround neurodiverse people when they face the traditional forms of productivity in Mexico and the advances that have been made in Spain. To finish with the proposal of elements to consider within the special employment contracts.

Keywords: neurodiversity, employee contract, human rights.

* **Correspondencia a:** Brenda Tufiño Gómez. Av. Universidad, n.º 1001 (Col Chamilpa, Cuernavaca, Morelos, México). — brenda.tufino@uaem.edu.mx — <https://orcid.org/0000-0002-7310-9336>

Cómo citar: Tufiño Gómez, Brenda y Escalante Ferrer, Ana Esther (2022). «Incorporación al mercado laboral de personas neurodivergentes: la necesidad de contratos especiales en la legislación laboral mexicana»; *Lan Harremanak*, 48, 195-214. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24057>).

Recibido: 21 noviembre, 2022; aceptado: 20 diciembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

En los inicios del siglo XIX se empezó a legislar en pro de las condiciones laborales de las personas que se consideraban vulnerables, comenzando por establecer el reconocimiento de derechos humanos fundamentales propios de sus actividades productivas tales como: jornada de trabajo, descanso, vacaciones y el pago del salario, que fueron de las primeras en fijarse. En particular, México tuvo una visión progresista para la época al contemplar desde el nivel constitucional la protección de las personas trabajadoras y sus derechos, así como la igualdad que debía existir en las condiciones de trabajo de hombres y mujeres; salvaguardando, además, a través de acciones afirmativas la protección de mujeres y niños dentro del ámbito laboral.

No obstante, que el reconocimiento de dichos derechos tiene ya más de un siglo, las condiciones de trabajo y la salvaguarda de derechos fundamentales en el espacio de trabajo se han quedado casi inmutables ante las necesidades propias de nuestra era, pues si bien se han implementado la protección a trabajos como el teletrabajo y el reciente aumento de los días por vacaciones, lo cierto es que se sigue considerando a la persona trabajadora dentro de un estándar que no ha dado cabida a considerar las necesidades personales o especiales de la persona trabajadora.

Si bien es cierto que cada vez más, las personas empleadoras se han hecho conscientes de la importancia de la inclusión dentro de sus empresas o negocios, esto se ha realizado principalmente desde la iniciativa privada, dejando a la buena voluntad del empleador la contratación de personas con algún tipo de discapacidad o en su caso personas con un diagnóstico de una condición mental distinta tal como lo es el síndrome de Down, sin considerar a las personas que entran dentro de las condiciones de neurodivergencia. En este trabajo analizamos algunas definiciones de neurodiversidad y su compatibilidad con el trabajo asalariado, así como las problemáticas que enfrentan las organizaciones que emplean personas con características neurodiversas y compartimos una propuesta de contratación que proteja a ambos elementos de la diada laboral.

2. ¿Quiénes son las personas trabajadoras neurodiversas?

2.1. Neurodiversidad

Existen condiciones propias del neurodesarrollo de cada persona que son imperceptibles de manera externa, como si lo fuesen por ejemplo la edad, el peso, la estatura o la discapacidad; sin embargo, que no sean visibles externamente no significa que no existan y que no deban tener una atención específica.

Jurídicamente hablando, neurodiversidad es un término que aún no es utilizado dentro de ningún tipo de normativa, si bien es cierto que se tiene una legislación la cual protege los derechos de las personas que se encuentran dentro del espectro autista, esta deja de lado otros trastornos. En ese sentido, existe una gran discusión por cuanto a la utilización de términos para considerar a las personas que no entran dentro de la clasificación de las personas como neurotípicas, nos referimos a quienes tienen: discapacidad intelectual, inteligencias múltiples, alteraciones del desarrollo o diversidad funcional; sin embargo, para efectos de este trabajo nos avocamos al concepto acuñado por Judy Singer en 1998, sobre la neurodiversidad, por las razones que se exponen a continuación.

El término neurodiversidad nace como parte de un movimiento entre las personas diagnosticadas dentro del Trastorno del Espectro Autista (TEA)¹ «quienes se consideraban a sí mismos diferentes, pero no discapacitados» (Melgarejo y Ruiz-Danegger, 2016, p. 3). En el entendido de que no son discapacidades o patologías sino un proceso diverso del pensamiento. En un primer momento solo se asociaba con el trastorno antes mencionado, no obstante, hoy en día engloba a los diagnósticos de trastornos neurológicos y trastornos del desarrollo (Fernández, 2018, p. 6.)

En pocas palabras, el concepto de neurodiversidad hace referencia a la forma positiva de acercamiento a la neurología humana, reconoce la composición del sistema neural como combinación de capacidades y limitaciones (Glannon, 2007, pp. 1-3).

2.2. Tipos de neurodiversidad

Como se expuso en párrafos anteriores, el término neurodiversidad es empleado de manera muy estricta solo para referirse al TEA o bien muy amplia en la que se engloban más trastornos neuro diversos en dónde los estudiosos del tema coinciden en los siguientes tipos:

- a) Trastorno del Espectro Autista: es una entidad nosológica de origen neurobiológico e inicio en la infancia, con diversidad no solo en su etiología, sino en su manifestación clínica, caracterizada por dificultades en la comunicación social y la presencia de comportamientos o intereses repetitivos y restringidos (Jaramillo *et al.*, 2022).
- b) Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH): es considerado un trastorno del neurodesarrollo, con base genética y elevada heredabilidad, en el que se hallan implicados diversos factores neuropsicológicos, que provocan en el niño alteraciones de la atención, impulsividad y sobreactividad motora (Fernández *et al.*, 2017, p. 3).

¹ También denominado como Condición del Espectro Autista.

- c) **Dislexia:** es un trastorno del aprendizaje que consiste en la dificultad en la lectura debido a inconvenientes para identificar los sonidos del habla y aprender a relacionarlos con las letras y las palabras (decodificación). La dislexia, también llamada «discapacidad para la lectura», es una consecuencia de diferencias individuales en las áreas del cerebro que procesan el lenguaje (Mayo Clinic, s.f.).
- d) **Dispraxia:** La dispraxia es un trastorno del neurodesarrollo que afecta al movimiento y la coordinación. Conocido también como trastorno del desarrollo de la coordinación, suele diagnosticarse durante la infancia, aunque puede aparecer posteriormente tras una enfermedad o lesión. Así, las habilidades verbales, orales y motoras pueden verse afectadas por este trastorno. Por este motivo, las personas que la sufren tienen dificultades para realizar actividades y movimientos coordinados, ya sean gestos sencillos o diferentes movimientos seguidos (Neural, 2018).

Es importante señalar que, los trastornos descritos antes, son solamente de manera enunciativa más no limitativa, pues es justamente una característica propia de la diversidad de pensamiento, la pluralidad que puede contemplarse en este.

2.3. Persona trabajadora neurodivergente

En los puntos que anteceden se precisa que la neurodiversidad tiene que ver con los procesos de pensamiento que tiene una persona, sin embargo; en términos generales todos los individuos podríamos considerar de manera personal que contamos con diversidad del pensamiento. En ese tenor, las personas neurodiversas son aquellas que ya cuentan con un diagnóstico realizado por un profesional de la salud mental y que están en el espectro de algún tipo de trastorno del pensamiento.

Ergo, la persona trabajadora neurodiversa (PTN) es aquella que, contando con una capacidad de ejercicio plena, presta sus servicios a otra, física o moral realizando alguna actividad humana, intelectual o material a cambio de una remuneración y que además ha sido diagnosticada con algún trastorno delimitado dentro de la neurodiversidad.

Ahora bien, ¿que distingue a este tipo de personas trabajadoras del resto? La respuesta es: la forma de solucionar los conflictos y responder hacia la ejecución de tareas, ya que en algunos aspectos la persona neurodiversa (PN) tiene mayores habilidades y en otros se enfrenta con dificultades para desempeñar sus labores muy por encima del resto de sus compañeros. Como ejemplo de ello presentamos la siguiente tabla:

Tabla 1
Habilidades y dificultades de las PN en el trabajo

Neurodiversidad	Habilidades y campos de interés	Dificultades en el área laboral
TEA	<ul style="list-style-type: none"> — Patrones de conducta repetitivos y ritualistas. — Resistencia al cambio y perseverancia por la invariabilidad del ambiente. — Pueden desarrollar intereses específicos o preocupaciones por temas peculiares. Capacidad imaginativa. 	<ul style="list-style-type: none"> — Pueden mostrar dificultades para pedir ayuda, saludar, relacionarse con compañeros. — Dificultades para solucionar imprevistos, adaptarse a cambios de rutina sin previo aviso. Dificultad para la comprensión de instrucciones.
TDAH	<ul style="list-style-type: none"> — Son orientadas al emprendimiento. — Cuando les agrada una tarea se activa su habilidad de hiperfoco. 	<ul style="list-style-type: none"> — Impulsividad Hiperactividad. — Inatención. — Desorden.
Dislexia	<ul style="list-style-type: none"> — Cuentan con un mayor pensamiento analítico. — Habilidades para detectar patrones. — Habilidades para trabajar con conjuntos de datos complejos. 	<ul style="list-style-type: none"> — Presentan dificultades para leer y escribir.
Dispraxia	<ul style="list-style-type: none"> — Habilidades de pensamiento estratégico. — Resolución de problemas. — Determinación. 	<ul style="list-style-type: none"> — Presentan dificultades para ejecutar tareas o movimientos (habilidades motoras).

Fuente: elaboración personal de las autoras.

3. Problemas relacionados con la falta de empleo

La idea de la contratación de PN se ha tergiversado por la falta de información sobre las capacidades que pueden impactar de manera negativa en el desempeño del trabajo, verbigracia: pensar que todas las PN se encuentran dentro del TEA y que todas tienen capacidades intelectuales muy por encima de la media, generando falsas expectativas en las metas de sus funciones; las series televisivas y películas han abonado a esta creencia, que si bien, existen PN con un alto coeficiente intelectual no es la regla general para todos.

Además de lo anterior, los problemas ante los que se enfrentan las personas neurodivergentes son:

La falta de diagnóstico y reconocimiento de la neurodivergencia como una condición especial no discapacitante para el empleo

Las neurodivergencias tienen tan amplio espectro, que existen condiciones y características que inciden en menor o mayor medida en la vida de las personas por lo que en la actualidad las personas adultas que están siendo diagnosticadas reconocen las afectaciones que la falta de tratamiento médico y conductual ha tenido en su vida laboral.

Según el último censo del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2020) el 1.3% de la población mexicana tiene «algún problema o condición mental»² sin diferenciar la patología de la condición o de la discapacidad que se tiene. Según datos de la Organización Mundial de la Salud uno de cada 115 niños en el mundo tiene TEA (Yotambién, s.f.) y solo una de cada 10 personas que viven con TDAH son diagnosticadas correctamente (*Expansión*, 2022). En el caso de la dislexia se calcula que 3 de cada 10 niños padecen de dislexia (Dislexia México, s.f.), pero no hay datos oficiales sobre este dato.

Se debe precisar que es necesario visibilizar a las PN puesto que para el desarrollo de medidas pertinentes para su atención se debe delimitar la población específica y al contemplar a todas las personas como discapacitadas o con un problema mental se desdibuja nuestro grupo de estudio.

En ese mismo sentido, la falta de reconocimiento del término neurodivergencia excluye de la educación dicho término. En la Ley General de Educación se contemplan solo alumnos con discapacidad o con aptitudes sobresalientes, aunque la neurodivergencia no siempre es discapacitante, ni tampoco siempre se presentan aptitudes sobresalientes.

Baja escolaridad

Aunado a la falta de diagnóstico y reconocimiento de las personas con neurodivergencia, no se cuentan con estadísticas precisas sobre la escolaridad que puedan tener las PN, pues el INEGI las incluye a todas en «población con algún tipo de discapacidad» y resalta que el 24.7% de la población entre 3 y 17 años que vive con algún tipo de discapacidad no asiste a la escuela. Lo que se asocia con las condiciones en que la PN enfrenta su transitar en la escolarización, lo que obstaculiza en algunos casos la permanencia y el egreso exitoso.

² Infografía del INEGI usada en la presentación del #Censo2020 para exponer la confirmación de la «población con discapacidad, con limitación en la actividad cotidiana o con algún problema o condición mental» (captura de pantalla del video transmitido por el INEGI el lunes 25 de enero).

Se estima que el 46% de las personas estudiantes con TDAH han sido suspendidos y el 11% expulsados de los centros de estudio (Proyecto dah, 2020), esto derivado de los modelos de enseñanza tradicionales que no son empáticos para ellos. Si bien en México existen escuelas consideradas como inclusivas como los Centros de Atención Múltiple, las Unidades de Servicios de Apoyo para la Educación Regular y los Centros de Recursos de Información y Orientación, estas solo son aplicables en la educación básica obligatoria de nuestro país, sin que se aplique de manera generalizada un modelo inclusivo en la educación media superior y superior, impactado invariablemente la formación y por ende la obtención de certificaciones para lograr mejores empleos como se explica a continuación.

Además de lo anterior, una de las principales barreras para los estudiantes de educación superior es un diagnóstico tardío y «el hecho de que su situación de neurodiversidad sigue siendo interpretada y tratada como una enfermedad» (Amador *et al.*, 2021, p.135). De tal manera que la incompreensión de las características propias de las personas se traduce en una alta tasa de deserción escolar y una formación universitaria casi nula.

Bajas tasas de empleo

Según un informe de The Adecco Group, el 80% de la población con TEA está desempleada al igual que el 30% las personas con TDAH (IDC Online, 2022). Por su parte, a nivel mundial según Manpower Group (2021) a través de un estudio denominado «Dyslexic Dynamic» se determinó que tres de cada cuatro personas con esta condición consideran que el proceso de reclutamiento tradicional los pone en una situación de desventaja ya que, se establece que: el 79% de las personas disléxicas piensan que el proceso de contratación no les permite mostrar sus verdaderas habilidades y el 55% de las personas responsables de su contratación tiene un conocimiento escaso o nulo de las fortalezas de las personas con dislexia.

Pobreza

Al igual que los otros puntos descritos, no se cuenta de manera certera con estadísticas sobre la incidencia de la pobreza en personas neurodivergentes, hay al menos tres aspectos que se deben considerar: El primero de ellos es que las personas que se encuentran en situación de pobreza tienen menor acceso a un diagnóstico de neurodiversidad. El segundo de ellos atiende a que las familias que tienen al menos un miembro diagnosticado ven mermado su ingreso ante los altos costos de terapia, medicamento o actividades especiales que deban realizarse (López, 2020).

Finalmente, el tercer punto está íntimamente ligado a uno de los principios generales de los derechos humanos y es la interdependencia, explicado de otra

forma, si la PN no tiene acceso al trabajo decente, no podrá ver cubiertas sus necesidades de alimentación, vivienda, salud y educación; convirtiendo esto en un círculo vicioso que de alguna manera perpetua la vulneración de derechos directa e indirectamente.

4. Importancia de un contrato laboral especial para las personas neurodiversas

La importancia de la contratación especial de las PN radica en la necesidad de atender a un grupo que no ha sido reconocido como parte importante dentro del mercado laboral, menguando con ello las oportunidades de empleo de personas competentes en un aspecto distinto al tradicional para el desempeño de un trabajo.

La Red Mundial de Empresas y Discapacidad de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2022) sostienen que, los empleados neurodivergentes suelen «destacar por su atención al detalle, reconocimiento de patrones, razonamiento inferencial, habilidades matemáticas y de programación, puntualidad y por ofrecer soluciones innovadoras» y creativas entre otras capacidades que pueden impactar de manera positiva en algunos trabajos no tan habituales como la sistematización o captura de datos, ciertas actividades en programación o testeo, pero que comienzan cada vez más a ser más requeridos en las nuevas formas de trabajo.

Ahora bien, hay que considerar que no todas las PN cuentan con las mismas habilidades y que todas son aptas para desempeñar un trabajo, esto un grave error, derivado de que, existen algunos grados o tipos que imposibilitan, algunas veces hasta de manera absoluta el desempeño de una actividad remunerada.

En tales consideraciones, contar con un contrato especial de trabajo sirve para establecer las condiciones de empleo garantizando los derechos laborales, con el fin de proteger a la PN desde antes de la contratación, hasta las causas de terminación del contrato laboral que necesariamente deben atender a determinadas características que se verán en puntos subsecuentes.

Por su parte, algunas empresas Tales como *Every-hall* con programas de contratación de personas neurodiversas o el sitio *Neurodiversity @ Work Employer Roundtable*, que desde 2017 enlista los empleos para personas neurodiversas, se han dado cuenta del potencial que no está siendo aprovechado y han visto la oportunidad de contratación de este talento emergente, sobre todo en áreas digitales, a través de programas de contratación de la diversidad neurológica, aprovechando además las formas de teletrabajo o trabajo mixto para lograr la incorporación de las PN en ambientes laborales con menos limitaciones (OIT, 2022).

Un elemento importante es que la adaptación de los contratos de trabajo de las PN disminuye los riesgos de trabajo psicosociales, salvaguardando la estabilidad mental de las personas que son más proclives a sufrir este tipo de riesgos. Por ejemplo, las constantes reuniones con múltiples personas pueden generar ansiedad en personas con TEA, el redactar un documento o leer contratos puede afectar a las personas con dislexia, trabajar en proyectos a largo plazo tiene resultados no favorables cuando son desarrollados por personas con TDAH, o bien los movimientos repetitivos como la producción en cadena resulta desafiante para las personas con dispraxia, por mencionar algunos ejemplos.

Con relación a lo anterior, aunque a pasos lentos, la importancia de la contratación de las PN radica primero en el reconocimiento de las necesidades propias de estas personas y segundo, pasa a ser de interés social garantizar su acceso al empleo, atendiendo a los modelos de la *economía circular inclusiva*.³

4.1. Análisis normativo

En el plano internacional la regulación del trabajo para las PN no se encuentra legislado de manera directa. No obstante, en el C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) se establecen los lineamientos generales a seguir por parte de los Estados firmantes para tomar las medidas conducentes a efecto de garantizar la no discriminación de cualquier tipo, indicando a la letra:

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto. (OIT, Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958, art. 2.)

Artículo con el cual se establecen las bases de los elementos que deben considerarse en los contratos colectivos e individuales de trabajo tales como:

- Acciones afirmativas: métodos adecuados a las condiciones laborales del país.
- Promoción de la igualdad sustantiva: a través de la igualdad de oportunidades y de trato y la eliminación cualquier tipo de discriminación a este respecto.

³ Economía circular inclusiva: es un modelo que apuesta por la sostenibilidad al tiempo que garantiza la generación de empleo decente, contemplando la diversidad de personas que existen y atendiendo las necesidades propias de estas, como es el caso de las personas neurodivergentes.

A su vez a nivel nacional desde la carta magna mexicana se contempla en artículo 1 Constitucional en el quinto párrafo la prohibición de toda discriminación:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1)⁴

Es decir, al ser la legislación nacional más importante, se enuncian tipos posibles de discriminación dejando abierta la posibilidad a todas aquellas que tengan por objeto el menoscabo de los derechos y libertades de las personas y en este caso hablamos de las personas neurodiversas que puedan ver vulnerado su derecho al trabajo decente.

Por su parte, la Ley Federal de Trabajo contempla en el artículo 3° párrafo segundo los mismos términos constitucionales de no establecer condiciones que impliquen algún tipo de discriminación. No obstante, en el párrafo siguiente se menciona que no se consideran discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada, (LFT, art. 3) pudiendo ser tergiversado en su aplicación, entendiendo como una limitante las condiciones neurodivergentes.

En tales consideraciones, la normativa que envuelve a la protección de los derechos laborales es tan amplia a efecto de que puedan considerarse la mayoría de los supuestos posibles en ella; que deja de lado condiciones particulares a las que se enfrenta una minoría de la población pero que también merece ver garantizados sus derechos humanos, en este caso el derecho al empleo decente, generando con eso relaciones laborales en un estado de desventaja para las PN, pues las necesidades propias de su condición implica el desarrollo de sus actividades en una forma distinta.

Una interpretación del último párrafo del artículo 3°, esto podría darse por atendido ya que habla del interés social que implica el respeto a las diferencias que se suscitan en el lugar de trabajo:

Es de interés social garantizar un ambiente laboral libre de discriminación y de violencia, promover y vigilar la capacitación, el adiestramiento, la formación para y en el trabajo, la certificación de competencias laborales, la productividad y la calidad en el trabajo, la sustentabilidad ambiental, así como los beneficios que estas deban generar tanto a los trabajadores como a los patrones.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, 1917.

En ese sentido, si las condiciones de trabajo que se establecen a nivel constitucional en el artículo 123, así como en la Ley Federal de Trabajo, son disposiciones generales como normas mínimas que se deben respetar, nos queda entonces su regulación en el contrato individual del trabajo, tal como se analiza en puntos subsecuentes.

4.1.1. *Normativa nacional protectora de las personas neurodiversas*

En las consideraciones del punto que antecede, la contratación laboral de las PN no se encuentra regulada en la legislación correspondiente al trabajo, lo cual dificulta aún más que se puedan aplicar las normas que benefician el desempeño laboral de las PN.

En ese sentido, al menos, existe desde el 30 de abril del 2015 la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro Autista (LGAPPCEA)⁵, esta tiene por objeto «impulsar la plena integración e inclusión a la sociedad de las personas con la condición del espectro autista, mediante la protección de sus derechos y necesidades fundamentales que le son reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...» (LGAPPCEA, art. 2). Es decir, la ley contempla el pleno respeto a los derechos humanos en los que obviamente se encuentra inmerso el derecho al trabajo decente.

Además, se incluye la definición de persona con la condición del espectro autista con el reconocimiento de diversos grados de dificultades en la interacción social, la comunicación verbal y no verbal y en los comportamientos repetitivos. Un punto por destacar es que se contempla la figura de «certificado de habilitación» que es un documento médico oficializado en donde se establece que la persona con la condición del espectro autista se encuentra apta para el desarrollo de actividades laborales o productivas. Sin embargo, este certificado de habilitación podría ser considerado como discriminatorio al solicitarlo, tal como en su momento fue el certificado que se les pedía a las mujeres de «no gravidez» cuando se estaba por comenzar una relación laboral.

Ahora bien, dentro del artículo décimo de la ley en comento se establece, para las personas, un listado de los derechos fundamentales dentro de los que se destacan aquellos inherentes al trabajo como recibir formación y capacitación para obtener un empleo adecuado sin discriminación o perjuicios, a recibir una remuneración justa de su «colaboración laboral». A su vez, en el artículo 17 se establecen las prohibiciones para la sociedad en general y en la fracción VIII se puntualiza la prohibición de negar la posibilidad de contratación laboral a quienes cuenten con certificados de habilitación expedidos por la autoridad responsable.

⁵ Diario Oficial de la Federación 30 de abril de 2015.

Pese a todo lo anterior y sin demeritar la buena voluntad existente para establecer los derechos y obligaciones de las personas con condición del espectro autista, al final no es más que el reconocimiento expreso de todos los derechos que tenemos todas las personas; además de que esta normativa al no ser de carácter específico laboral el desconocimiento de la norma es mayor y por lo tanto más fácil de vulnerarla —si bien como principio general del derecho se tiene que: el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento— la realidad es que, cuanto más fácil sea para las personas que intervienen en la relación laboral conocer los derechos y obligaciones de ambas partes, su aplicación será más eficaz.

Por otro lado, como se hizo notar esta ley únicamente contempla a las personas que se encuentran dentro del TEA y al menos en México no existe otra norma que regule de manera específica los demás trastornos considerados dentro de la neurodiversidad. De tal manera que, las normativas especiales de impacto en el trabajo, de manera general creemos si deben ser abordadas jurídicamente y al menos en un sentido amplio, dentro de las fuentes del Derecho Laboral.

4.1.2. *Caso español*

En España las medidas que se han implementado para la contratación de PN está ligada de manera directa a la discapacidad, regulado en dos vertientes:

La primera atendiendo a los objetivos generales de la política del empleo del artículo 2 de la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo)⁶, en el que se establece:

Asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, personas con discapacidad y parados de larga duración, mayores de 45 años.

La segunda atendiendo a la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social)⁷ en la cual, dentro del artículo 42 se establece que las empresas de carácter privado con más de 50 personas trabajadoras deberán incorporar de manera obligatoria al 2% de personas con algún tipo de discapacidad; en el caso de la administración pública se debe reservar el 7% de las plazas de convocatorias a personas

⁶ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

⁷ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

con discapacidad según lo establece el artículo 59 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público)⁸.

En ambos casos, la contratación no se encuentra dirigida a la protección directa de las PN sino a cualquier persona con algún tipo de discapacidad, siendo que, como lo vimos en los primeros puntos de análisis estas dos condiciones no son sinónimos; no obstante, dentro de las mismas categorías de neurodiversidad de este país, si se contemplan como tal ciertos niveles que pudieran considerarse como discapacitantes, como lo es el caso del TDAH en donde se consideran 5 tipos de clases de discapacidad que van desde la 1 que es 0% de discapacidad hasta el 75% de discapacidad muy grave. Pese a ello, son estos artículos los que abren la puerta al incentivo y obligatoriedad que tienen las empresas para contratar a personas que se encuentran fuera de los estándares de neurotipicidad.

Ahora bien, en el plano social, en España podemos resaltar el gran trabajo que se ha hecho por parte de la sociedad civil para incorporar a la vida laboral a las PN a través de organizaciones civiles y sociales que si bien, en su mayoría van dirigidas a la inclusión de personas que se encuentran dentro del TEA como Specialisterne (s.f.) o bien, a través de los proyectos de empleo como ContrataTEA o Mejora de la empleabilidad (Confederación Autismo España, s.f.), programas en los que se fomenta las habilidades y se desarrollan herramientas para que las personas con TEA tengan un mayor acceso a un trabajo remunerado.

En tales consideraciones, se debe rescatar que en ese país se han identificado elementos clave para salvaguardar el trabajo digno de las PNT, que son: la oferta al trabajo de manera explícita, el reconocimiento de las diversidades neurológicas, el diseño de las entrevistas y la realización de esta.

Debe destacarse que las políticas públicas y normativas únicamente se encuentran dirigidas a las personas con TEA, y no al resto de neurodiversidades que, como se ha dicho, el catálogo de estas cada vez va en aumento.

4.1.3. *El contrato Individual de trabajo como un mecanismo de no discriminación en el ambiente laboral*

En este punto debemos comenzar estableciendo que las fuentes del Derecho Laboral no solo se limitan a la normativa general como se vio en el punto anterior, sino que incluyen los reglamentos interiores de trabajo de cada establecimiento, así como los contratos individuales o colectivos de trabajo, de ahí la

⁸ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

importancia de contemplar especificidades propias y obligatorias para los empleadores en este importante instrumento.

Así pues, el contrato individual de trabajo es concebido por la Ley Federal del Trabajo (LFT)⁹ como aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario (LFT, art. 20). Es decir, es un documento en el que se hacen constar las condiciones de trabajo en el que se deben incluir:

- Datos generales de la persona trabajadora y de la persona empleadora.
- La duración de la relación de trabajo.
- El servicio que deba prestarse.
- El lugar de prestación de servicios.
- La forma y monto del salario, así como el día y lugar de su pago.
- La indicación de capacitación, adiestramiento en los términos que establezca la empresa en armonía con la LFT.
- Las condiciones de trabajo como: días de descanso, vacaciones y demás que convengan al trabajador y al patrón.
- La designación de beneficiarios en caso de muerte del trabajador.
- La firma de las personas que intervienen en la contratación.
- Lugar y fecha del acuerdo.

Si bien es cierto que estos elementos son enunciativos más no limitativos, es importante que se incluyan, dentro de los contratos individuales de trabajo las condiciones de trabajo en las que las personas neurodiversas deban prestar sus servicios. Un ejemplo de lo anterior haciendo uso de la analogía es la regulación contractual de las personas trabajadoras mexicanas que prestan sus servicios en el extranjero en las que se establece de manera expresa las condiciones particulares que deben contemplarse para protegerle ante cualquier eventualidad que pudiera presentarse en el desempeño de sus labores.

A este respecto, las condiciones de trabajo para las personas neurodiversas deben establecerse de manera clara y específica en lineamientos propios para su atención, considerando desde la entrevista, la contratación, las condiciones de capacitación y adiestramiento (LFT, Art. 47), así como el desempeño de sus funciones y las causas de terminación de la relación de trabajo.

4.1.4. *Consideraciones especiales de las condiciones de trabajo dentro del contrato laboral*

La clasificación de los contratos laborales es muy amplia: individual, colectiva, por tiempo determinado, por obra, de prueba, entre otros; sin embargo, sin

⁹ Última reforma, Diario Oficial de la Federación 18 de mayo de 2022.

importar su denominación, duración o tipo deben contener elementos clave que protejan los derechos de las PN, tales como:

El diagnóstico médico y psicológico sobre el tipo de neurodivergencia que tiene la persona

Esto es con el afán de poder determinar por qué se trata de un contrato especial, y atendiendo al tipo y grado de neurodivergencia se puedan considerar el resto de las condiciones de trabajo, pues la perspectiva teórica asumida en este trabajo sugiere que no existen dos tipos iguales, pero sí guardan similitudes. Por lo que, dependiendo de las características propias de cada diversidad se fije la clase de contrato que daba celebrarse de acuerdo con la especificidad correspondiente. Por ejemplo: un caso de TDAH predominante impulsivo, dentro del TEA el Síndrome de Ret, un tipo de Dislexia fonológica o una Dispraxia ideomotora, por mencionar algunas posibilidades.

Condiciones de trabajo medioambientales

Este tipo de condiciones implica la consideración específica de factores tangibles e intangibles para las PN. Ejemplo de ello sería la no exposición a ruidos constantes como el que genera un elevador, una alarma o el sonido de un timbre que pudiera afectar la concentración y estabilidad en algunas personas con TEA.

Por su parte los factores intangibles que deben incluirse es la previa sensibilización del resto de las personas trabajadoras que faciliten la interacción e integración al trabajo de las PN. Es decir, establecer las condiciones de trabajo medioambientales no significa crear una burbuja que aisle a la PN sino adaptar las condiciones medioambientales para su correcta integración.

Condiciones de trabajo flexibles

La rigidez de las condiciones de trabajo es una variable que en los últimos años se ha visto puede flexibilizarse, sin afectar la productividad de las personas y por el contrario aumentarla. En ese sentido, las condiciones de trabajo flexible que deben considerarse en los contratos de trabajo para las PN son:

- Jornada de trabajo: Si bien se debe respetar la jornada máxima de ocho horas de trabajo, la jornada de trabajo flexible permite a las PN trabajar a su propio ritmo atendiendo a las metas y no al tiempo dedicado a cierta actividad.
- Lugar de trabajo: la presencialidad para muchos empleos no es necesaria, por lo que se puede establecer la facilidad para poder trabajar desde casa o bien dentro del establecimiento del lugar.

Delimitar el trabajo a desarrollar

La delimitación exacta de las funciones a desarrollar debe atender a dos variables:

- La flexibilidad del puesto; con ello estamos hablando que las PN pueden no estar vinculados a un puesto de trabajo en específico o un área determinada sino formar parte de un equipo de trabajo en dónde sus habilidades particulares le permitan abonar a cada tarea designada, siempre y cuando su condición le posibilite atender esta flexibilidad. Un ejemplo podría ser para las PN con dislexia cuyas funciones puedan ser desempeñadas en la resolución de problemas en más de uno de los departamentos de la organización, o en algunos tipos de TDAH en dónde el constante movimiento los ayudaría a tener un mejor aprovechamiento.
- La delimitación exacta de las funciones y tareas que se deben desempeñar, ya que contrario al supuesto anterior el constante movimiento de escenario podría generar un estrés excesivo en algunas PN, por lo que la seguridad de la realización de pocas tareas en constante repetición para las personas con TEA garantiza su salud mental, en el caso de las personas con dispraxia se les garantiza que no deberán realizar actividades fuera de sus posibilidades como levantar un peso superior o que implique movilidad especializada.

Establecer las herramientas de trabajo necesarias para el desempeño de sus funciones

Si bien es cierto que, la LFT ya contempla como una de las obligaciones de los empleadores de dotar a las personas trabajadoras de las herramientas necesarias para el desempeño de sus funciones, en el caso de las PN existen otras herramientas que son consideradas esenciales y que para el resto de las personas trabajadoras no lo son; ejemplo de ello son:

- Audífonos que cancelan el sonido exterior
- Aplicaciones especiales que faciliten la comunicación verbal y escrita.
- Aplicaciones especiales de recordatorio como calendarios.

Establecer las conductas que no constituyen causas de terminación de la relación laboral en específico contemplando el tipo de diversidad neurológica, por ejemplo:

- La inasistencia al lugar de trabajo por más de tres días en un periodo de treinta días, puesto que se establece la jornada laboral flexible, lo que puede implicar el trabajo desde un lugar remoto o la conclusión previa de las actividades.

Delimitar los contratos de periodo de prueba o contratos de capacitación acorde a las capacidades y aptitudes de la persona trabajadora. La adaptación de las PN es diferente al de las personas neurotípicas ya que necesitan un mayor tiempo de prueba o en otras condiciones, representando una desventaja ya que concluido el tiempo permitido por la Ley Federal de Trabajo de treinta días podrá terminarse la relación laboral sin responsabilidad para el empleador.

4.1.5. Cambios normativos necesarios

Los cambios sociales no siempre están respaldados por la normativa, pero esta se hace necesaria para marcar la pauta de los lineamientos que deban seguirse y cuestiones que no eran tan significativas dentro de las relaciones laborales, toman relevancia para los sujetos involucrados. Como se dijo en puntos anteriores, no basta con tener normas incidentales que requieran ser aplicadas de manera individual, sino contemplarse dentro de la normativa laboral con el ánimo de la no discriminación y la inclusión efectiva de las PN. En ese tenor, la normativa que debe reformarse no solo es la laboral sino también aquella que impacta en el área de estímulos a las empresas que es el área tributaria.

Así, la primera reforma que debe atenderse es sin duda alguna la laboral, en la que se contemple un título que atienda de manera específica el trabajo de las PN pues si bien la LFT ya prohíbe la no discriminación en los artículos ya analizados, la incorporación de un nuevo capítulo sería una analogía de los grupos en estado de vulnerabilidad que ya son protegidos de manera especial en la norma, como lo es el trabajo de las mujeres o el trabajo de los menores de edad.

Por lo que se sugiere se adicione a la LFT un capítulo que deberá contemplar la definición de persona trabajadora neurotípica, los tipos de trastornos del pensamiento contemplados, el documento contractual, las condiciones de trabajo específicas, y las particularidades que se requieran, como se muestra a continuación:

TÍTULO SEXTO TRABAJOS ESPECIALES

CAPÍTULO I BIS TRABAJO DE LAS PERSONAS NEURODIVERSAS

181. Las personas trabajadoras con un diagnóstico médico y psicológico con una condición de neurodivergencia deben disfrutar de los derechos establecidos por la presente ley y tienen una protección especial de las autoridades del trabajo tanto federales como locales.

181.A. Se entiende por persona trabajadora neurodivergente aquella que, contando con una capacidad de ejercicio plena, presta sus servicios a otra, física o moral realizando alguna actividad humana, intelectual o material a cambio de una remune-

ración y que además ha sido diagnosticada con algún trastorno delimitado dentro de la neurodiversidad.

181. B. Las condiciones de trabajo deberán pactarse dentro del contrato especial individual de trabajo, con apego a las condiciones de trabajo generales, adicionando aquellas relacionadas con el medioambiente en las que se considere la exposición al ruido, luz o estímulos que puedan desestabilizar a la persona.

181. C. La jornada laboral puede ser flexible, presencial o mixto atendiendo a las necesidades de cada persona que se encuentre dentro de las condiciones de neurodiversidad.

181. D. Las funciones por desempeñar deberán considerar la flexibilidad o rigidez del puesto de trabajo.

181. E. Es obligación del empleador dotar de las herramientas especiales necesarias, físicas o tecnológicas para la realización del trabajo.

181. F. No constituyen causa de terminación de laboral aquellas que sean derivadas de las condiciones propias de la neurodivergencia.

181. G. Los contratos de periodo de prueba o de capacitación, según sea el caso podrán ampliarse hasta por noventa días o más en atención a las evaluaciones médicas especializadas correspondientes.

Por su parte, el aspecto tributario deberá contemplarse como un párrafo en adición al artículo 186 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, ya que si bien se enuncia dentro del mismo los estímulos fiscales del 25% sobre el salario real de la persona para quién contrate a personas con discapacidad en las que se incluye la discapacidad mental o motriz, debemos recordar que la neurodiversidad no es sinónimo de discapacidad, por lo que deberá añadirse este término como parte de las personas trabajadoras con consideraciones especiales, ya que también necesitan adecuaciones importantes para poder realizar el trabajo, y que sin ningún estímulo los empleadores no los contratarían o en su caso no tendrían consideraciones especiales atendiendo a sus necesidades, quedando de la siguiente forma:

Artículo 186 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta:

Se otorga un estímulo fiscal a los contribuyentes, personas físicas o morales del impuesto sobre la renta, que empleen a personas que padezcan discapacidad motriz, que para superarla requieran usar permanentemente prótesis, muletas o sillas de ruedas; mental; auditiva o de lenguaje, en un ochenta por ciento o más de la capacidad normal o tratándose de invidentes, *así como a personas con alguna condición dentro de la neurodiversidad.*

5. Reflexiones finales

Con base en lo anterior, nos damos cuenta de que la regulación de la contratación de PN no es una tarea del todo sencilla, pues involucra la sensibilización de las personas que intervienen en la relación laboral: El Estado como garante

del derecho humano al trabajo, los empleadores que brindan el trabajo y la PN trabajadora que necesita hacerse consciente de la condición mental en la que se sitúa para poder tomar las medidas conducentes para eficientar sus actividades.

Crear una norma laboral especial que regule el trabajo de las PN, dificulta el conocimiento de las obligaciones especiales patronales que se tienen frente a las personas trabajadoras, además de vulnerar uno de los principios generales del derecho laboral: el principio de sencillez, al dificultar el acceso al conocimiento de los derechos y obligaciones de las personas involucradas en la relación de trabajo.

Por su parte, la trascendencia de regular los contratos laborales de las personas neurodiversas no solo incidirá en la vida de la PN en el favorecimiento del desarrollo y puesta en marcha de sus habilidades, sino que, la propia empresa podrá aumentar sus ganancias ubicando a las PN en el lugar correcto atendiendo a sus capacidades y no a sus deficiencias.

Por otro lado, no basta solo con las acciones de buena voluntad por parte de las personas empleadoras, sino que, además, se requiere la concientización de la sociedad en general de las necesidades propias que tiene cada persona trabajadora, y la no discriminación.

En síntesis, se hace necesaria la armonización de las normas jurídicas que permitan la adaptación de las condiciones laborales para las PN de manera imperante, como parte de la inclusión en cada establecimiento laboral; donde no solo se involucran cuestiones laborales que parecieran una carga más para los empleadores, sino también estímulos de carácter fiscal.

6. Referencias

- AMADOR FIERROS, Genoveva, CLOUDER, Lynn, KARAKUS, Mehmet, URIBE ALVARADO, Isaac, CINOTTI, Alessia, FERREYRA, María Virginia, y ROJO, Patricia, Neurodiversidad en la Educación Superior: la experiencia de los estudiantes. *Revista de la educación superior*, 50(200), 2021 129-151. Recuperado de. <https://doi.org/10.36857/resu.2021.200.1893>
- CONFEDERACIÓN AUTISMO ESPAÑA (S.F.), *líneas de acción*, recuperado el 10 de diciembre de 2022 de <https://autismo.org.es/que-hacemos/lineas-de-accion/empleo/>
- DISLEXIA MÉXICO (S.F.). *Dislexia*. Recuperado el 4 de noviembre de 2022 de <https://www.dislexiamexico.com/>
- EXPANSIÓN (13 de julio de 2022). *Solo 1 de cada 10 personas con TDAH es diagnosticada correctamente*. Recuperado de <https://expansion.mx/vida-arte/2022/07/13/1-cada-10-personas-con-tdah-es-diagnosticada-correctamente>.
- FERNANDEZ VERA, Cristina, Neurodiversidad y teoría de la mente: Niños con TEA de 4 a 12 años, *Universidad Pontificia de Madrid*, 2018, 6.
- GLANNON, Walter, Neurodiversity, *Journal of Ethics in Mental Health*, 2007, 1-5.

- IDC ONLINE (5 de octubre de 2022). *Neurodiversidad de Talento*. Recuperado el 2 de noviembre de 2022 de <https://idconline.mx/laboral/2022/10/05/neurodiversidad-de-talento>.
- JARAMILLO-ARIAS, Piedad, SAMPEDRO-TOBÓN, María Elena, SÁNCHEZ-ACOSTA, Daniela, Perspectiva histórica del trastorno del espectro del autismo, *Acta neurológica colombiana*, Vol.38 No. 2, Apr/june 2022, 92.
- LÓPEZ CHÁVEZ, Catalina, LARREA CASTELO, María de Lourdes, BREILH, Jaime y TILLERÍA, Ylonka, La determinación social del autismo en población infantil ecuatoriana. *Rev Cienc Salud*.;18Especial, 2020, 1-27.
- MANPOWERGROUP (10 de agosto de 2021). *El talento con dislexia, fundamental para la recuperación económica tras la pandemia frente a la escasez mundial de competencias*. <https://www.manpowergroup.es/el-talento-con-dislexia-fundamental-para-la-recuperacion-economica-tras-la-pandemia-frente-a-la-escasez-mundial-de-competencias>.
- MAYO CLINIC (s.f.). *Dislexia*. Enfermedades y afecciones. Recuperado el 3 de noviembre del 2022 de <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/dyslexia/symptoms-causes/syc-20353552>.
- MELGAREJO SILVA, Nadia y RUIZ-DANEGGER, Constanza, Neurodiversidad y alternaciones, Manuscrito V2, 1, 3, 2016.
- NEURAL (4 de octubre de 2018). *Diagnóstico y tratamiento de la dispraxia*. Recuperado el 3 de noviembre de 2022 de <https://neural.es/diagnostico-y-tratamiento-de-la-dispraxia/>.
- PROYECTO DAH (6 de diciembre de 2020). *Desempeño escolar y TDAH*. <https://www.cerebrofeliz.org/desempeno-escolar-y-tdah/>.
- RED MUNDIAL DE EMPRESAS Y DISCAPACIDAD DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (6 de julio de 2022). *Las personas neurodivergentes: una fuente de talento sin explotar*. Recuperado de <https://www.businessanddisability.org/es/news/las-personas-neurodivergentes-una-fuente-de-talento-sin-explotar/>.
- SPECIALISTERNE (s.f.). *Qué es specialisterne*. Recuperado el 12 de diciembre de 2022 de <https://specialisternespain.com/que-es-specialisterne/>.
- YO TAMBIÉN, El trastorno del Espectro Autista en cifras y datos, en: <https://www.yotambien.mx/actualidad/el-trastorno-del-espectro-autista-en-cifras-y-datos/>.

RESEÑA DE UNAI SORDO: *LOS SINDICATOS Y EL NUEVO CONTRATO SOCIAL. CÓMO ESPAÑA SALIÓ DEL ERTE*

ALFONSO RÍOS VELADA*

Responsable de Salud Laboral, CCOO de Euskadi

La pandemia del COVID-19, así como las crisis económica y sanitaria que ha traído aparejadas, han transformado nuestra sociedad, pero también la han puesto a prueba, especialmente en los primeros momentos de la aparición de un virus desconocido. Un virus que no solo dañaba de forma muy grave la salud, sino que contribuía a generar no pocas tensiones sociales, relacionadas muchas de ellas con las medidas decretadas por distintas autoridades para frenar los contagios que se producían.

Las relaciones laborales también han sufrido situaciones de incertidumbre derivadas de la propia pandemia, lo que ha afectado al trabajo de los sindicatos, que tuvieron que adaptarse a diversos cambios que se producían en un tiempo muy breve.

El libro *Los sindicatos y el nuevo contrato social. Como España salió del ERTE* es una recopilación de artículos que aparecieron en diversos medios de comunicación y de transcripciones de intervenciones en diversos foros de Unai Sordo, quien es en la actualidad secretario general de CCOO a nivel estatal desde la celebración del XI Congreso Confederal del sindicato en 2017. Entre 2009 y 2017 fue secretario general de CCOO de Euskadi.

Los artículos e intervenciones públicas que recoge el libro abarcan desde octubre de 2019 hasta marzo de 2022, con una especial profusión de los mismos entre marzo de 2020 y finales del año 2021, en lo que constituye un análisis detallado de las consecuencias desatadas por el COVID-19 para la clase trabaja-

* **Correspondencia a:** Alfonso Ríos Velada. C/Uribitarte, 4 (Bilbao, Bizkaia, España). — alfonsorios@ccoo.eus — <https://orcid.org/>

Cómo citar: Ríos Velada, Alfonso. (2022). «Reseña de Unai Sordo: *Los sindicatos y el nuevo contrato social. Cómo España salió del ERTE*»; *Lan Harremanak*, 48, 215-219. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24000>).

Recibido: 20 octubre, 2022; aceptado: 29 octubre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

dora. Hay espacio también para la valoración del Real Decreto-ley 32/2021, la última de las reformas laborales aprobadas. Se analizan, desde una óptica sindical y por una persona conocedora de los procesos de diálogo social que se dan de forma habitual entre gobierno, patronal y sindicatos, los últimos acontecimientos que han marcado el devenir de las relaciones laborales y por ello afectado al conjunto de la clase trabajadora.

El análisis comienza con uno de los precedentes fundamentales para el logro posterior de diversos acuerdos en materia de protección social para paliar los efectos de la crisis del COVID-19. Este paso previo fue el acuerdo alcanzado en enero de 2020 en el marco del diálogo social para el incremento del Salario Mínimo Interprofesional (en adelante, SMI) a 950 euros. La incorporación final de las patronales CEOE y CEPYME al acuerdo contribuyó a dar relevancia a los acuerdos que se producen en el marco de la concertación social.

El clima de acuerdo fue vital para que el 12 de marzo, dos días antes de que el consejo de ministros y ministras decretase el primer estado de alarma para hacer frente a la pandemia, los sindicatos CCOO y UGT y las patronales CEOE y CEPYME enviasen una propuesta conjunta que se marcaba como objetivo la creación de instrumentos para el mantenimiento de las relaciones laborales y la reducción del número de despidos que se adivinaban ya sobre el mercado de trabajo debido a la crisis. Las modificaciones legales propuestas sobre los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (en adelante ERTes), con especial protagonismo de la anulación de cualquier requisito de cotización previa para acceder al cobro de la prestación económica en caso de suspensión temporal de la actividad de la empresa, se han revelado como cláusulas fundamentales para la salvaguarda del empleo, hasta el punto de ser prorrogadas en varias ocasiones.

En este sentido, un diálogo social que ya funcionaba supo anticiparse y actuar de forma proactiva para habilitar los ERTes como un instrumento que frenase los despidos, incluyéndose una partida económica para cubrir las nuevas necesidades. Que la tasa de temporalidad estuviese, como estaba al inicio de la crisis, por encima del 25% habría contribuido a crear un escenario en el que las empresas utilizaran la extinción de contratos como mecanismo de ajuste ante posibles caídas de actividad, pero en esta ocasión el efecto ha sido distinto. Lo que se ha conseguido es que, por primera vez en una crisis económica, la destrucción de empleo haya sido inferior a la caída del PIB.

La importante subida del SMI experimentada en los últimos años ha sido compatible con la recuperación del empleo y también con el incremento del número de afiliaciones a la Seguridad Social. El análisis vuelve a ser inseparable de la eficacia de las medidas adoptadas en torno a los ERTes: más de medio millón de empresas han recurrido a este mecanismo para evitar los despidos, habiéndose visto inmersas 3,5 millones de personas trabajadoras. De estas, el 93% ha-

bía regresado a su puesto de trabajo para septiembre de 2021, una vez pasadas las consecuencias más graves de la crisis.

Se realiza también una comparación de las medidas adoptadas para afrontar la crisis económica derivada del COVID-19, que en esta ocasión priorizan el mantenimiento del empleo, con la gestión realizada durante la anterior crisis económica iniciada en 2008. En aquella ocasión se adoptaron formas de ajuste más lesivas para los intereses de la clase trabajadora, como medidas que implementaban la contratación temporal, y también se facilitó la existencia de comisiones *ad hoc* nombradas por el empresario para la modificación de condiciones de trabajo en las empresas donde no existiese representación legal de las personas trabajadoras.

Atendiendo a la inaplicación de los convenios, las comisiones *ad hoc* supusieron una degradación de los derechos colectivos. Entre 2010 y 2019 se registraron en el conjunto del estado casi 10.000 inaplicaciones de convenio, de las que el 70% se realizaron mediante este mecanismo. No existió en esos casos procedimiento alguno para constatar si realmente era necesario por causas económicas, organizativas o productivas, que no se aplicasen las tablas salariales del convenio en cuestión.

La externalización de partes concretas del proceso productivo contribuyó igualmente a un empeoramiento de las condiciones de trabajo. A infinidad de empresas que trabajan como subcontrata para otra empresa se les factura por parte de esta en términos muy adversos, lo que dificulta el pago de los correspondientes salarios. El modelo de externalización que ha primado hasta ahora no ha fomentado mejores prácticas ni se ha usado para actividades altamente especializadas, sino que por el contrario busca realizar esos procesos de forma más barata, conllevando una reducción de costes y garantías laborales.

Una parte importante de esta diferenciación de medidas ante ambas crisis económicas tiene su origen en el papel de la Unión Europea. Si bien en la crisis del 2008 se impusieron unas condiciones que exigían medidas relacionadas con la austeridad y la reducción del gasto público, durante la crisis generada por el COVID-19 se ha acometido la creación de fondos económicos para la recuperación, sufragados con deuda mancomunada por el conjunto de los países miembros. Los requisitos, que los hay, no tienen en esta ocasión que ver con recortes económicos ni con austeridad, sino con la mejora del tejido productivo, prestando especial atención a las transiciones digital y ecológica, así como con el fortalecimiento de los servicios públicos.

No obstante, la adopción de estas medidas, que en comparación con las del 2008 han beneficiado a la clase trabajadora, no ha estado exenta de dificultades, provenientes algunas de ellas del propio ámbito comunitario europeo.

Un grupo de estados liderado por los Países Bajos, del que también han formado parte Suecia, Dinamarca y Austria, intentaron a principios de 2020, antes de que el virus golpease con fuerza el continente, plantear una disminución de 164.000 millones de euros respecto de los presupuestos vigentes. En la práctica, un acercamiento de nuevo a la austeridad y a los recortes en los servicios públicos y las prestaciones sociales.

Por cercanía en el tiempo, los ecos de esta propuesta han pervivido y se han hecho presentes hasta que las partidas económicas se han puesto en funcionamiento. Pese al buen resultado final, queda pendiente un reto para el futuro y la credibilidad del proyecto europeo, como es mostrar capacidad de hacer frente a problemas comunes más allá de las situaciones de crisis o catástrofe, que es el escenario que ha venido aparejado al COVID-19.

Es necesario ahora priorizar dónde y en qué forma van a ser utilizados estos fondos, que son necesarios para poder impulsar un nuevo contrato social, contrato social que entronca con las propuestas que el sindicato elabora para la promoción del bienestar de las personas trabajadoras y de la ciudadanía en su conjunto. El objetivo es acabar con la precariedad estructural que está desencadenando una crisis de expectativas en una parte importante de la población, y se tiene que hacer a través de la mejora de las condiciones de trabajo y vida, para con ello generar adhesión ciudadana a lo público y a lo colectivo.

Parte de este nuevo contrato social tienen que ser las ya mencionadas transiciones digital y ecológica. Entrañan escenarios de riesgo e incertidumbre, pero significan también nuevas oportunidades para repensar y mejorar nuestro modelo productivo. Si bien ambas transiciones son un reto y deben impulsar la creación de empleo de calidad, es la transición ecológica la que precisa de un salto cualitativo cada vez más necesario. Priorizar la adaptación de determinados sectores productivos para que esa transición ecológica sea justa, así como prever que algunos desaparecerán y otros nuevos surgirán.

De la misma forma que ha ocurrido con el COVID-19, no afrontar esta transición ecológica pondrá de manifiesto la vulnerabilidad del mercado de trabajo, de las relaciones laborales y de la propia sociedad. Y cómo también ha demostrado la pandemia y por mucho que exista una confianza generalizada en la ciencia y en la tecnología, estas disciplinas no nos pondrán a salvo del colapso productivo y medioambiental.

Hay otro elemento que es clave en el contrato social, y que se relaciona de forma directa con la acción sindical: la democracia en la empresa. La participación de las personas trabajadoras en el cómo producir, mejorando las condiciones de trabajo más allá de las razones que afectan a la rentabilidad inmediata del capital. Cuando esta participación incluye gestionar de forma inclusiva la fuerza de trabajo ante modificaciones de la demanda o vaivenes del mercado, se con-

vierte en un mecanismo que combate la desigualdad social. Y ahí está también el papel del sindicalismo.

De fondo, hay una reflexión constante sobre la actuación de los sindicatos en una sociedad avanzada. Más allá de escenarios de movilización sindical, que existen y van a seguir existiendo en diversos espacios que no siempre se relacionan con el mercado de trabajo, existe una corresponsabilidad. En el libro esta corresponsabilidad se pone en valor a través de la capacidad de construir propuestas y mediante los acuerdos conseguidos en un escenario tan adverso como una pandemia.

RESEÑA DE M.^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS: *CONTRATO A TIEMPO PARCIAL Y FLEXIBILIDAD. BALANCE, PROPUESTAS Y PERSPECTIVA COMPARADA CON EL DERECHO ITALIANO*

FRANCISCO GONZÁLEZ DÍAZ*

Universidad de Murcia

La organización flexible del tiempo de trabajo, capaz de armonizar los intereses empresariales y los de las personas trabajadoras, sigue siendo uno de los grandes retos del Derecho del Trabajo. El contrato a tiempo parcial ha intentado postularse como esa herramienta flexibilizadora capaz de conciliar la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, servir de mecanismo estable de fomento del empleo y a su vez comportar un ahorro de los costes empresariales. Pero la realidad dista mucho de esta utópica consideración, no solo en España, también en otros países vecinos. A este respecto, la editorial Aranzadi ha publicado un reciente estudio titulado «Contrato a tiempo parcial. Balance, propuestas y perspectiva comparada con el derecho italiano». Una obra que se presenta ante el/la lector/a como el fruto del trabajo de investigación realizado en la *Università di Bologna*, del Programa «Salvador de Madariaga» y que, a buen seguro, terminará consagrándose como un análisis de referencia de las denominadas cláusulas elásticas y flexibles del tiempo de trabajo.

A lo largo de cuatro capítulos, la autora pretende hacer, desde una óptica de derecho comparado, un balance conclusivo con propuestas de *lege ferenda* sobre el largo *iter* legislativo que, en España, pero también en Italia, ha supuesto la regulación del contrato a tiempo parcial como herramienta de organización flexible del tiempo de trabajo, es decir, centrándose en las llamadas cláusulas elásticas y flexibles del tiempo de trabajo: en la distribución irregular del tiempo de trabajo, las horas extraordinarias y las horas complementarias.

* **Correspondencia a:** Francisco González Díaz. Avda. Teniente Flomesta, 5 (30003 Murcia, España). — francisco@um.es — <https://orcid.org/0000-0002-2691-4850>

Cómo citar: González Díaz, Francisco. (2022). «Reseña de M.^a Belén Fernández Collados: *Contrato a tiempo parcial y flexibilidad. Balance, propuestas y perspectiva comparada con el derecho italiano*»; *Lan Harremanak*, 48, 220-223. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24007>).

Recibido: 26 octubre, 2022; aceptado: 29 octubre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

El primero de los capítulos de esta monografía enmarca el estudio conceptual de la flexibilidad en general y del contrato a tiempo parcial en particular, remontándose a las coyunturas normativas y sociales de la Europa del siglo xx y a la evolución del controvertido concepto de flexiseguridad. Partiendo de la Directiva 1997/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial, el contrato a tiempo parcial es catalogado como una herramienta más de organización flexible del trabajo, cuya transposición, tanto en España como en Italia, lejos de la consecución de los objetivos marcados por la misma en su cláusula primera (igualdad, voluntariedad y organización flexible del tiempo de trabajo atendiendo a las necesidades de las dos partes de la relación laboral), ha contribuido precisamente a una mayor precarización del empleo femenino, desarrollándose los rasgos contrarios (involuntariedad y flexibilidad exclusivamente empresarial). Además, el concepto de trabajo a tiempo parcial y las características del mismo quedan apuntalados con un conjunto de datos estadísticos que reflejan con claridad el papel del contrato a tiempo parcial en el mercado laboral y su evolución normativa, así como con una breve síntesis de las aportaciones de cada una de las normas que han regulado el contrato a tiempo parcial en España, desde su origen más remoto en la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, hasta 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.

En el entendimiento de que el papel flexibilizador del trabajo a tiempo parcial reside en la mayor o menor potestad empresarial en la distribución del tiempo de trabajo en función de sus propias necesidades productivas, así como de aumentarlo en atención a las mismas, o incluso de disminuirlo, convirtiendo un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial o viceversa, el segundo capítulo, tras un epígrafe introductorio sobre el tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial, se centra en estos tres aspectos básicos, a la par que definitorios, del contrato a tiempo parcial: la distribución de la jornada, el aumento de la jornada y la transformación de los contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial y viceversa. Así, antes de adentrarse en la regulación de la distribución irregular de la jornada a tiempo parcial, se subraya la necesaria seguridad jurídica que impone la forma escrita del contrato y la determinación con carácter previo de la distribución del tiempo de trabajo, así como la función de la presunción *iuris tantum* de que el contrato se celebró a tiempo completo. La monografía destaca como la distribución irregular de la jornada en los contratos a tiempo completo incrementa «sobremanera» la elasticidad del tiempo de trabajo de esta modalidad contractual y analiza el papel residual de la negociación colectiva a este respecto. La autora aborda sin ambages el tema más discutido del régimen jurídico del tiempo de trabajo a tiempo parcial: su aumento a través de las horas complementarias y/o extraordinarias, objeto de constantes reformas y contrarreformas muy ligadas al signo político del legislador, y lo hace

sin obviar un pormenorizado análisis de su regulación en la negociación colectiva. Finalmente, se examina la transformación de los contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial y viceversa haciendo especial hincapié en la voluntariedad de las transformaciones y la transmisión de información empresarial sobre puestos disponibles y derecho de preferencia.

El capítulo tercero aporta la perspectiva de derecho comparado con el estudio de la regulación italiana del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial y un esquema del cambiante y polémico marco jurídico italiano sirve como punto de referencia del estudio comparado de dos regímenes tan iguales como dispares. Pese a que los orígenes del contrato a tiempo parcial en Italia se remontan a los años ochenta, es a raíz de la transposición de la Directiva 1997/81/CE, a través del decreto legislativo 61/2000, y su polémico sistema de «*doppia chiave*», cuando comienza el largo periplo legislativo en el que se ha debatido el equilibrio entre flexibilidad empresarial y la voluntariedad del trabajador. La autora aborda el concepto, tipología y forma del contrato a tiempo parcial y hace una especial referencia a la igualdad y no discriminación, pero es en el tiempo de trabajo y flexibilidad donde se centra el estudio, dibujando su evolución desde la «*doppia chiave*» del año 2000 hasta la promulgación del *Jobs Act* en 2015, siendo especialmente interesante la diferenciación entre el trabajo suplementario, extraordinario y las cláusulas elásticas, conceptos que a primera vista parecen reflejar una regulación muy similar a la española, cuando es ciertamente diversa. Entre las aportaciones de la obra recensionada debe valorarse especialmente el hecho de que no quede limitada al análisis de la evolución y régimen legal vigente, una vez revisada la doctrina judicial y científica, haciéndose un extraordinario examen de la negociación colectiva sectorial y empresarial, pese a las dificultades que siempre entraña el estudio de la negociación colectiva en el sistema italiano. Finalmente, la aproximación al régimen italiano se cierra con las transformaciones de tiempo completo a tiempo parcial y viceversa, como una pretendida muestra más del principio de voluntariedad y la garantía de indemnidad sobre los que han de girar el trabajo a tiempo parcial.

Por último, el capítulo 4, dividido en tres epígrafes alusivos a la convulsa regulación de la flexibilidad del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial, la dicotomía entre horas complementarias y extraordinarias y la aplicabilidad de la experiencia italiana al ordenamiento español, aglutina una serie de conclusiones y propuestas de *lege ferenda* desde una visión comparada entre los sistemas español e italiano. La autora se cuestiona si uno de los efectos de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2012 podría ser la sustitución de la contratación temporal por la contratación a tiempo parcial como medida de flexibilidad y reflexiona sobre la capacidad de que el tiempo parcial pueda llegar a convertirse en «un efectivo mecanismo estable de fomento del empleo y no un mero empleo precario involuntario», advirtiendo que, si no ha sido así hasta la fecha, ha sido en gran parte porque la regulación ha incidido en los elementos flexibilizadores

del tiempo de trabajo desde la óptica empresarial, obviando la de la persona trabajadora, con un sistema extremadamente flexible, en España, con la combinación de horas complementarias pactadas y de aceptación voluntaria, y en Italia, cesando definitivamente el sistema de doble llave y permitiendo la combinación de cláusulas elásticas y flexibles con independencia del tipo de contrato a tiempo parcial (vertical, horizontal o mixto), con unos límites mínimos (la revocación del consentimiento por motivos relacionados con el cuidado de familiares, la formación, o el desempeño de otro trabajo). Se advierte, además, del papel que la negociación colectiva podría haber desempeñado a la hora de compensar las posiciones entre empresa y trabajador/a y cómo del examen de la práctica negociada española e italiana se infiere precisamente el efecto contrario: un mayor desequilibrio que prácticamente conculca los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, acentuando la precarización de esta modalidad contractual y el sesgo de género. La obra denuncia como el juego de las horas complementarias y la distribución irregular de la jornada puede traducirse en una *quasi absoluta* disponibilidad del tiempo de la persona trabajadora y un auténtico ahorro en los costes salariales y de seguridad social, reflexionándose sobre la conveniencia o no de la reincorporación de las horas extraordinarias y consiguiente supresión de las horas complementarias de aceptación voluntaria y posicionándose a favor de la consolidación de las horas complementarias efectivamente realizadas durante un periodo de tiempo que la autora no duda en situar entre los 3 y los 5 años, pero fundamentalmente a favor del control de las situaciones fraudulentas y el desempeño de horas irregulares a través del recurso al registro de la jornada, la ingente labor de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y su dotación de medios y recursos adecuados al efecto.

Todo lo expuesto a lo largo de estas líneas hacen de esta monografía una obra clave sobre la flexibilidad, el tiempo de trabajo y el contrato a tiempo parcial, muy recomendable por la singularidad del tratamiento de esta temática y sus valiosas aportaciones y propuestas.

RESEÑA DE JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ Y BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA: *LA PROTECCIÓN SOCIO-LABORAL DE LOS JÓVENES: CONSTRUYENDO UN FUTURO*

DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ*

Universidad de Granada, España

Temporalidad, predominio de contratos a tiempo parcial, dificultad en la incorporación al mercado laboral y ocupaciones que no se corresponden con el nivel de estudios o con la formación percibida. Esta es la realidad, entre otras situaciones problemáticas, a la que se enfrentan los jóvenes —entendidos como tales a los menores de 30 años— en España. Con unas percepciones económicas que no pueden cubrir unas condiciones de vida dignas en la mayoría de los casos, y con un poder adquisitivo que dista del que tuvieron los jóvenes de generaciones precedentes, nos encontramos con un sector fundamental de la población relegado a tener unas bajas expectativas de desarrollo personal y familiar. Además, esta situación crónica de los jóvenes en España se ha visto afectada también por la crisis del COVID-19 y por la incidencia de la transformación digital y tecnológica en el mercado laboral.

Han sido variados los enfoques normativos para intentar paliar esta problemática. En el contexto de la reforma laboral de 2021 (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre) se despliegan una serie de medidas destinadas a proteger el empleo de los jóvenes ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y, por otra parte, desarrollar mecanismos que eviten la fuga de jóvenes y capital humano formado. Un pormenorizado comentario sobre las políticas de empleo de los jóvenes en España, así como de las medidas de protección vigentes al respecto, pero también un análisis de la modificación en los

* **Correspondencia a:** Diego Velasco Fernández. Facultad de Derecho, Plaza de la Universidad, s/n (18071 Granada, España). — dvelasco@ugr.es — <https://orcid.org/0000-0003-3852-6115>

Cómo citar: Velasco Fernández, Diego. (2022). «Reseña de José Luis Monereo Pérez y Belén del Mar López Insua: *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro*»; *Lan Harremanak*, 48, 224-228. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24032>).

Recibido: 10 noviembre, 2022; aceptado: 14 noviembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



contratos formativos y temporales, son el objeto de estudio de la obra, publicada en 2022 en su por la editorial Atelier, *«La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo un futuro»*, trabajo conjunto de José Luis Monereo Pérez y Belén del Mar López Insua, ambos profesores de amplia experiencia en la materia. Docentes e investigadores de la Universidad de Granada. La prolífica y rigurosa obra de estos profesionales es ejemplificada con esta publicación que nace a raíz de los proyectos de investigación en los que se encuentra integrado este libro: en primer lugar, el Proyecto de Investigación I+D+I, «Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital» Proyectos del Plan Nacional 2020; y también el Grupo PAIDI SEJ 184 «Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social», Junta de Andalucía, dentro del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación.

El primer capítulo, titulado *«Empleo juvenil y crisis económica estructura y coyuntural en un contexto de pandemia»* se expresa sobre los problemas a los que se enfrentan los jóvenes en el mercado laboral español: dificultad de encontrar trabajo adecuado a su formación, predominio de jornadas a tiempo parcial, deficiencias salariales, desorientación, falta de motivación y sobre todo desempleo juvenil. Este epígrafe desarrolla un valioso análisis de los porcentajes que vierten claridad al respecto de esta dramática situación: tasa de empleo, tasa de subempleo, contratos temporales y a tiempo parcial y paro registrado.

En el segundo capítulo *«Mecanismos de regulación del «mercado de trabajo»: la función del derecho del trabajo y del sistema de políticas de empleo para la garantía del trabajo decente de los jóvenes»* se aborda la cuestión de las políticas de empleo que se planifican para el colectivo de los jóvenes. El desarrollo de una política de empleo que proteja a los jóvenes frente a las nuevas formas de empresa y trabajo; frente a las crisis económicas y sanitarias y que busque el pleno empleo de calidad, es fundamental para la inclusión social de los jóvenes. En este apartado, se aporta una idea sobre cómo debería ejecutarse una política de Derecho del Trabajo que limite la «mercantilización» y precarización del trabajo humano, que promueva la contratación estable y que contenga medidas de protección frente al desempleo eficaces. En relación a esto, se analiza el fundamental Derecho al trabajo decente en el subapartado *«Derecho a un trabajo decente en tiempos de COVID-19: mecanismos de protección social»*. Desde una perspectiva internacional se arrojan notas definitorias a la conceptualización de este derecho, así como se articula la protección que desde la OIT y desde el punto de vista internacional se ha ofrecido para garantizar este derecho durante la pandemia del COVID-19. A continuación, en el siguiente subapartado de este segundo capítulo *«Iniciativas comunitarias y desempleo juvenil: la «garantía juvenil». Evolución y perspectivas de futuro»* se comenta la incidencia de la crisis económica en Europa y la elevada tasa de desempleo a la que se enfrenta, sobre todo entre los jóvenes. Dentro de la Unión Europea se desarrollaron varios planes de choque para frenar la inaceptable cifra de jóvenes desempleados. Se presenta-

ron un catálogo de medidas a nivel nacional y comunitario que debían llevarse a cabo, así como se puso a disponibilidad una fuerte financiación proveniente de fondos europeos. Todas estas medidas europeas al respecto se describen en esta obra en los epígrafes en los que se desglosa este primer subapartado del capítulo segundo: primero, una presentación de la transformación que se ha dado en el seno comunitario de una «Garantía juvenil débil» hacia una «Garantía Juvenil reforzada» un sistema fuertemente financiado para frenar las altas tasas de desempleo juvenil; segundo se comentan las medidas de la Unión Europea que impulsan el tránsito de la escuela al trabajo en el marco de los programas de Garantía Juvenil; en tercer lugar, se comenta la apuesta por la Unión Europea en los intercambios universitarios y emigración entre estados miembros como mecanismos de lucha contra el desempleo juvenil.

En el tercer capítulo «*Marco político-jurídico para el empleo juvenil en España: el impacto de las medidas europeas de impulso y apoyo a los jóvenes*» se analizan, desde una perspectiva nacional, las medidas desplegadas sobre la materia objeto de estudio. Es merecedor de mención el pormenorizado desglose que se hace de las políticas de empleo juvenil en España y su financiación, desde el primer subapartado «*Plan de medidas de política de empleo en España*» en el que se explican las problemáticas que surgen de las políticas de empleo. Cuestión que se desarrolla a continuación en «*Problemas estructurales: Medidas de apoyo al emprendimiento juvenil*» con especial incidencia en el escenario planteado tras el COVID-19. Una crítica fundamental para la introducción en la práctica legislativa sobre políticas de empleo juvenil se desarrolla en el siguiente subapartado «*Fallidas iniciativas para el fomento del empleo por cuenta ajena y el emprendimiento en España: breve análisis de las medidas introducidas a partir de la Ley 3/2012 hasta las leyes de emprendimiento*». En él, se comentan distintos intentos normativos que buscaron arreglar la situación del desempleo en España, como la Ley 3/2012, de 6 de agosto la Ley 11/2013, así como las prácticas al respecto a nivel de Comunidad Autónoma. Es fundamental la crítica que se hace de los fallos que pueden haber tenido estas construcciones legislativas, que no dieron los resultados esperados, al perseverar o incluso acentuar la evolución de la tasa de desempleo entre los jóvenes. El tercer subapartado del capítulo tercero «*Repensar las medidas de protección social de los jóvenes. Especial atención al Plan Garantía juvenil plus 2021-2027*» analiza este programa ideado para frenar la pobreza juvenil y crear oportunidades de empleo, la cualificación e inserción laboral de las personas jóvenes. En este epígrafe se toman en consideración las medidas contenidas en el Plan de Garantía Juvenil Plus (2021-2027) enfocándolo a la consecución de empleo digno y de calidad. Se menciona igualmente la necesidad del esfuerzo autonómico para la implementación y desarrollo de dicho plan. Finalmente, el capítulo cierra con el subapartado «*La Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación profesional*» en el que podemos conocer cómo se estructura y las nove-

dades normativas de esta novedosa ley que reforma el sistema español de Formación profesional.

El cuarto capítulo, «*La modificación de los contratos formativos y temporales tras 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*» presenta un valioso estudio del nuevo cuerpo contractual que va a configurar las relaciones laborales de los jóvenes en la integración en el mercado laboral. Esto es, qué instrumentos y novedades ha introducido el legislador en el Real Decreto-Ley 32/2021 al respecto de los contratos para la formación y el aprendizaje y la cuestión de su funcionalidad. En primer lugar, se explica cómo la reforma pone en el centro de la nueva regulación el aprendizaje como eje vertebrador y razón de ser de estos contratos, alejándolos de la mera mercantilización del estudiantado o los jóvenes en formación ya sea en niveles universitarios, como en Formación profesional. Así se expresa el subapartado «*El aprendizaje como pieza clave para la mejora de los contratos formativos*» en el que se hace un juicio minucioso del régimen jurídico y viabilidad del nuevo contrato de formación en alternancia y del contrato formativo para la obtención de prácticas profesionales. Así mismo, como debe ser, por su incidencia, en el mismo nivel de importancia que el aprendizaje, en este estudio se analiza «*La regulación de la contratación temporal y su impacto en los jóvenes como colectivo vulnerable*» en el que se estudian algunas notas acerca del nuevo contrato temporal por razones productivas (antiguo contrato eventual por circunstancias de la producción) y las nuevas formas de contratación por sustitución de la persona trabajadora. De esta forma, podemos encontrar un estudio riguroso del vigente y novedoso régimen jurídico que busca confrontar la precariedad laboral en el ámbito de la contratación juvenil.

El quinto capítulo está dedicado al Estatuto del Becario, en donde se analiza el antes y después de las prácticas académicas de los estudiantes universitarios, así como las modificaciones que introduce el nuevo Estatuto. Principalmente, se trata de visibilizar a este colectivo y estudiar el impacto que el nuevo texto va a tener, desde un punto de vista práctico, sobre el colectivo de jóvenes universitarios.

Para terminar, el sexto capítulo «*Reflexiones finales*» presenta una conclusión imprescindible para repensar el futuro de los jóvenes y las consecuencias que tendrá en este colectivo la persistencia en la precariedad laboral. Ya se han hecho eco de la importancia de este problema la Unión Europea, que destina grandes fuentes de financiación para acabar con el desempleo, pero también los estados miembros, entre ellos España, que cuenta con el desempleo más elevado de la Unión Europea entre los jóvenes. Se hace, por lo tanto, una advertencia a la necesidad de proteger a los jóvenes y de progresar política y normativamente en su defensa y en su integración hacia un trabajo digno. Se avala por los autores, fi-

nalmente, el impacto positivo que se está viendo tras la reforma de 2021, pero con la necesidad de seguir insistiendo en la consecución de la vida digna de los jóvenes.

Finalmente, el capítulo séptimo incluye la bibliografía consultada para la elaboración de la obra. En conclusión, hay que entender este libro como base fundamental para comprender el problema que atraviesa la Unión Europea y sobre todo España, con respecto a la integración de los jóvenes. Es un estudio crítico y de calidad sobre el régimen jurídico actual, sobre los fallos de los anteriores y un foco de luz hacia las ideas que pueden ser útiles para reducir la tasa de desempleo y generar empleo de calidad entre los jóvenes españoles, que ante la falta de motivación y desmotivados por la carencia de posibilidades de realización personal y familiar irremediablemente no se identifican con el sistema de bienestar social con el que crecieron generaciones anteriores.

Argitaratutako aleak

1. zbk.: Lan-denbora.
2. zbk.: Lana XXI. mendean.
3. zbk.: Ekoizpen harremana eta ekoizpen artikulazioa.
- Berezia: Mintegia: Lan Zientzietako lizentziatura erantzea UPV/EHU-n.
4. zbk.: Enplegu beterantz? Lan-politikak Europan.
5. zbk.: Lan-harremanak garapen bidean. Aldaketak enpleguan eta gizarte-babesean.
- Berezia: Lan osasuna.
6. zbk.: Desindustrializazioa eta birsortze sozioekonomikoa.
7. zbk.: Laneko jazarpen psikologiko edo mobbing-ari buruzko gogoetak eta galderak.
- Berezia: UPV/EHU ko Lan Harremanen Unibertsitate Eskolak ematen duen Lan eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideari buruzko egungo eztabaiden Bigarren Jardunaldiak.
8. zbk.: Lan-merkatua eta inmigrazioa.
9. zbk.: Etika eta enpresa.
10. zbk.: Pentsioak.
11. zbk.: Lan merkatua eta ijitoen ingurunea.
12. zbk.: Globalizazioa eta Lan Merkatua.
13. zbk.: Emakumeak eta Lan Merkatua.
- Berezia: Beste Globalizazio baterako tokiko proposamenak. Globalizazio ekonomiko, Eskubi-de Sozial eta Lan Arauei buruzko seminarioa.
14. zbk.: Enpresen gizarte-erantzunkizuna.
15. zbk.: Dependentiaren inguruko eztabaida.
16. zbk.: Malgutasuna *versus* Egonkortasuna.
17. zbk.: Lan harremanetako eta giza baliabideetako ikasketak eta lan-praktikak.
18. zbk.: Lanbidea eta Familia Zaintza.
19. zbk.: Espainiko enpresa transnazionalak eta Korporazioen Erantzukizun Sozialak.
- 20-21. zbk.: Krisiaren eraginak arlo soziolaboralean.
22. zbk.: Gizarteratzea eta enplegu politikak.
23. zbk.: Emakume langileen Laneko Segurtasun eta Osasuna.
24. zbk.: Adina, erretiroa eta lan merkatuan irautea.
25. zbk.: Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio.
26. zbk.: Lan eta gizarte eskubideak krisi garaietan.
27. zbk.: Negoziazio kolektiboa: lehiakortasuna eta soldatak.
28. zbk.: Antolakuntzak erronka globalaren aurrean.
29. zbk.: Gizarte inklusiboa lortzearen erronka. *Sarturen 25. urteurrena*.
30. zbk.: Udal Ekonomiko-Administratibo Auzitegien IX. Topaketa.
31. zbk.: Langile pobrezia.
32. zbk.: Lan-harremanen erronka gizarte ekonomia solidarioaren aurrean.
33. zbk.: Enpresa transnazionalen boterearekiko erresistentzia eta bestelako proposamenak.
34. zbk.: Lan denboraren murrizketa. Langabezia murrizteko proposamena.
35. zbk.: Negoziazio kolektiboa, langileen parte-hartzea eta enpresaren alderdi ekonomikoen eta kontabilitate alderdien sindikatu-kontrola.
36. zbk.: Administrazio Publikoetan laneko alderdi juridikoak.

- 37. zbk.: Berezia: Hezkuntza Berrikuntza Lan Harreman eta Giza Baliabideen Graduan.
- 38. zbk.: Berdintasun Lege Oorganikoa (X. urteurrena).
- 39. zbk.: Lanaren Nazioarteko Erakundearen (LANE) mendeurrena.
- 40. zbk.: Erretiro pentsioak eta gizarte babesa.
- 41. zbk.: Ekonomia kolaboratiboa.
- 42. zbk.: Digitalizazioa, uztartzea eta lana merkatalgai bezala.
- 43. zbk.: Enplegua eta gizarteratzearen arteko harremanak: eraldaketak eta etorkizuneko erronkak.
- 44. zbk.: Negoziazio kolektiboa eta lan osasuna eta segurtasuna.
- 45. zbk.: Langileen estatutua: aldaketa aukerak.
- 46. zbk.: XXI. mendeko Ongizate Estatua.
- 47. zbk.: Pandemiaren ikaskuntzak lan-harremanetarako.

Números publicados

- N.º 1: El tiempo de trabajo.
N.º 2: El trabajo en el siglo xxi.
N.º 3: Relación productiva y articulación de la producción.
Especial: Seminario sobre la implantación de la licenciatura en Ciencias del Trabajo en la UPV/EHU.
N.º 4: ¿Hacia el pleno empleo? Políticas de empleo en Europa.
N.º 5: Las relaciones laborales en evolución. Cambios en el empleo y la protección social.
Especial: Salud laboral.
N.º 6: Desindustrialización y regeneración socioeconómica.
N.º 7: Reflexiones y preguntas sobre el acoso psicológico laboral o *mobbing*.
Especial: Segundas Jornadas sobre cuestiones de actualidad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de la UPV/EHU.
N.º 8: Mercado de trabajo e inmigración.
N.º 9: Ética y empresa.
N.º 10: Pensiones.
N.º 11: Mercado de trabajo y mundo gitano.
N.º 12: Globalización y mercado de trabajo.
N.º 13: Mujeres y mercado de trabajo.
Especial: Propuestas locales para otra Globalización. Seminario sobre Globalización Económica, Derechos Sociales y Normas Laborales.
N.º 14: Responsabilidad social empresarial.
N.º 15: El debate sobre la dependencia.
N.º 16: El debate sobre la flexiseguridad.
N.º 17: Los estudios y las prácticas profesionales en Relaciones Laborales y Recursos Humanos.
N.º 18: Empleo y cuidados familiares.
N.º 19: La empresas transnacionales españolas y la Responsabilidad Social Corporativa.
N.º 20-21: Aspectos sociolaborales de la crisis.
N.º 22: Inclusión social y políticas de empleo.
N.º 23: La Seguridad y Salud Laboral de las mujeres trabajadoras.
N.º 24: Edad, jubilación y permanencia en el mercado de trabajo.
N.º 25: Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales.
N.º 26: Derechos laborales y sociales en tiempos de crisis.
N.º 27: Negociación colectiva: competitividad y salarios.
N.º 28: Las organizaciones ante el reto global.
N.º 29: El reto de una sociedad inclusiva. *25 aniversario de Sartu*.
N.º 30: IX Encuentro de Tribunales Económico-Administrativos Municipales.
N.º 31: Pobreza trabajadora.
N.º 32: Las relaciones laborales ante el reto de una economía social y solidaria.
N.º 33: Propuestas y resistencias al poder de las empresas transnacionales.
N.º 34: La reducción del tiempo de trabajo. Una propuesta para reducir el desempleo.
N.º 35: Negociación colectiva, participación de los trabajadores y trabajadoras y control sindical de los aspectos económicos y contables de la empresa.
N.º 36: Aspectos jurídicos-laborales en el marco de las Administraciones Públicas.
N.º 37: Especial: Innovación educativa en el Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos.

- N.º 38: Ley Orgánica de Igualdad (X. aniversario).
- N.º 39: Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- N.º 40: Pensiones y protección social.
- N.º 41: Economía colaborativa.
- N.º 42: Trabajo digital y Relaciones Laborales.
- N.º 43: Las relaciones entre empleo e inclusión social: transformaciones y retos de futuro.
- N.º 44: Negociación colectiva y seguridad y salud en el trabajo.
- N.º 45: Estatuto de los Trabajadores: Perspectivas de cambio.
- N.º 46: Estado de Bienestar del siglo XXI.
- N.º 47: Aprendizajes de la pandemia para las relaciones laborales.

Eraikuntza Hastapenak

Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales Euskal Herriko Unibertsitateko Lan Harremanetako Ueren ekimenez sortu zen eta gaur egun Lan Harreman eta Gizarte Langintza Fakultatearen (Bizkaiaiko Campusa) ardurapean dago. Bere helburuak hauek dira:

1. Lanaren fenomenoaz aztertzea jakintzagai askoren ikuspuntutik.
2. Hausnarketa- eta elkarrakzio-topagunea sortzea, non administrazio-, gizarte- zein ekonomia-sektore ezberdinak ideia bateragarriak sortu eta elkarrekin aldatzeko aukera izango duten.
3. Ideien bidez enplegua eta gizarte inklusioa hobetzea.

Principios Fundacionales

Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales nació por iniciativa de la EU de Relaciones Laborales (UPV/EHU) y actualmente es la Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus de Bizkaia) la encargada de la misma. Los objetivos de la revista son:

1. Estudiar el fenómeno del trabajo desde una perspectiva interdisciplinar.
2. Crear un espacio de encuentro y reflexión donde los distintos sectores económicos, sociales y de la Administración puedan intercambiar y generar ideas convergentes.
3. Contribuir por medio de las ideas a la mejora del empleo y de la inclusión social.

Artikuluak bidaltzeko arauak

Baldintza orokorrak

Artikuluak originalak eta argitaragabeak izan behar dira. Autoreak, bere identifikazio datuekin batera, bere orcid kodea jarri behar du.

Artikuluak gehienez 25 orrialdeko luzera izango dute (Times New Roman, 12, lerroarteko espazio sinplea).

Artikuluaren izenburua idatzitako hizkuntzan eta ingelesez idatziko da. Horrekin batera, artikuluaren laburpena bidaliko da jatorriko hizkuntzan eta ingeles, eta egileak Euskal Autonomia Erkidekoak direnean, euskaraz ere bai. Horren gutxi beherako luzera 150 hitzekoa izango da.

Artikuluak 3 eta 5 arteko hitz gako izango dituzte (gaztelaniaz, euskaraz eta ingelesez), lanaren edukiaren ideia azkarra eman eta haren katalogazioa erraztuko dutenak.

Sumarioa ere aurkeztu behar da. Bertan eta artikuluan zehar, atalak eta azpiatalak zenbaturik azaldu behar dira ((1.; 1.1.; 1.1.1; a) b)).

Genero berdintasunaren ikuspuntutik, hizkuntza inklusiboa erabiltzea gomendatzen da.

Artikuluen proposamenak Open Journal System (OJS) aplikazioaren bidez jasoko dira, webgune honetan: https://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/information/authors

Estiloari buruzko oinarritzko arauak

Arau orokor gisa, eta jarraian adieraziko diren salbuespenak salbu, artikulua testu normalean idatziko da oso-osorik. Hori dela eta, kontzeptu edo ideia bat nabarmentzeko hizki lodiak, azpimarratuak edota larriak erabiltzea baztertzen da.

Siglak eta akronimoak hizki larriz idatziko dira eta horien arteko banaketarako ez da punturik erabiliko (EEBB, EE.BB.-ren ordez; CCOO, CC.OO.-ren ordez; LANE, L.A.N.E.-ren ordez).

Kakotxen arteko hizki etzanak hitzez hitzeko adierazpen eta esaldietarako bakarrik erabiliko dira.

Aipamen luzeak, bi lerro baino gehiagokoak arau orokor gisa, kakotxik gabe egongo dira, hizki zuzenean eta testu normala baino gorputz bat baxuago. Goian eta behean bazterrekiko 3 milimetroko espazioa utziko da paragrafo osoan.

Kakotxik gabeko hizki etzanak egunkari edo liburuen izenburuetarako, beste hizkuntza bateko hitzetarako, edota hitz edo adierazpenen bat nabarmentzeko erabiliko dira.

Hizki zuzenean eta kakotxen artean, ohiko hizkuntzaren arabera (hitzaren hitzez hitzeko esanahiarekiko aldea adierazteko).

Taulak, laukiak eta irudiak hurrenkera jarraituz zenbakituko dira, arabiar zenbakiak erabiliz. Idazpuru labur bat izango dute eta testuan haiei aipu egingo zaie (1 taula, 1 laukia, 1 irudia, etab.).

Erreferentzia bibliografikoarentzat formatua

Testuan sartutako erreferentzia bibliografikoak bi eratan aurkeztuko dira, testuinguruaren eta paragrafoaren idazkeraren arabera:

- a) Autorearen izena parentesi artean, urtea eta orrialdearen zenbakia, adibidez, (White, 1987: 43) edo (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Autorearen izena, eta parentesi artean, urtea, adibidez, White (1987) edo Guerin *et al.* (1992).

Erreferentzia bibliografikoak alfabeto hurrenkeraren arabera sartuko dira lanaren amaieran, eta kronologikoki egile beraren lan bat baino gehiago dagoenean. Aldizkarien izenak eta liburuen izenburuak hizki etzanetan jarriko dira. Genero berdintasun eremuko gomendioak betetzearren, ahal den neurrian, egileen izen osoa jarriko da eta ez hasierako hizkia bakarrik.

- Aldizkarietako artikulua: Arnull, Anthony (2006): «Family reunification and fundamental rights», *European Law Review*, 5, 611-612.
- Liburuak: Villoria, Manuel eta Del Pino, Eloísa (1997): *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madril, Tecnos
- Liburuetao kapituluak: Domínguez, Fernando (1996): «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», Ordóñez, Miguel (arg.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*, Bartzelona, Gestió 2000, 343-357.

Normas para la entrega de artículos

Condiciones generales

En cuanto a la prevención de posibles malas prácticas, los autores deben garantizar que los trabajos entregados son originales e inéditos y deben evitar tanto el plagio como el autoplagio. Se entiende por plagio la presentación de un trabajo ajeno como propio; la inclusión de frases, conceptos o ideas de otros sin citar la procedencia o citando de manera incorrecta; el uso de citas literales o parafraseada sin indicar la fuente. El autoplagio es la reutilización redundante del trabajo propio, habitualmente sin citarlo de manera adecuada. Tenga presente que los manuscritos son sometidos a procesos de valoración de plagio a través del sistema Similarity Check.

La extensión de los artículos no deberá sobrepasar las 25 páginas (Times New Roman, cuerpo 12 e interlineado sencillo), como norma general. En la medida de lo posible, se evitarán los dibujos, gráficos, figuras, tablas...

El artículo debe incorporar el ORCID del autor.

Los artículos se acompañarán de un abstract o resumen en castellano e inglés, además de en euskara cuando los autores o autoras sean de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con una extensión aconsejada próxima a las 150 palabras.

Los artículos deberán incluir entre 3 y 5 palabras clave (castellano, inglés y euskara si las autoras o autores tienen su residencia en la Comunidad Autónoma Vasca) que proporcionen una idea rápida del contenido del trabajo y faciliten su catalogación.

El título del artículo también figurará en inglés.

Los apartados y subapartados del artículo deberán ir numerados (1.; 1.1.; 1.1.1; a) b)).

Se recomienda la utilización de lenguaje inclusivo desde la perspectiva de igualdad de género.

Para enviar un artículo deberá, en primer lugar, darse de alta como autor /a y después subir el artículo original en formato Word. Puede registrarse aquí, marcando la casilla de «Autor/a».

Para la revisión por pares externa según método doble ciego, los documentos enviados deben carecer de señas que identifiquen a las personas autoras; es decir, no deben estar firmados y en los metadatos del documento no debe haber mención a la autoría (en word 2019: Archivo > Comprobar si hay problemas > inspeccionar documento > Inspeccionar > Propiedades del documento e información personal > Quitar todo).

Normas básicas de estilo

Como principio general, y salvando las excepciones que se comentarán a continuación, el cuerpo del artículo se escribirá íntegramente en texto normal. Por ello, se rechaza la utilización de negritas, subrayados y/o palabras en mayúsculas para resaltar un concepto o idea.

Las siglas y acrónimos se escribirán en letras mayúsculas sin que medien puntos de separación entre las mismas (EEUU en lugar de EE. UU.; CCOO en lugar de CC.OO.; OIT en lugar de O.I.T; etc.).

Para citas textuales breves insertas en el cuerpo del texto se utilizarán las comillas sin cursiva ni subrayado.

Las citas textuales extensas, de más de dos líneas como norma general, irán sin comillas, en letra recta, un cuerpo más bajo que el texto normal, dejando un espacio arriba y abajo y poniendo un espacio en todo el párrafo de tres milímetros hacia el margen.

Las cursivas sin comillas se utilizarán para títulos de periódicos, libros, palabras en idiomas distintos aquel en el que esté escrito el artículo, que no sean de uso aceptado, o para destacar una palabra o expresión.

Las palabras entre comillas en letra recta, según el uso en el lenguaje cotidiano (para expresar una distancia con el significado literal de la palabra).

Las tablas, cuadros y figuras irán numeradas consecutivamente con caracteres arábigos, llevando un encabezamiento conciso, haciendo referencia a ellas en el texto como (tabla 1, cuadro 1, figura 1, etc.).

Formatos de referencias bibliográficas

La revista Lan Harremanak utiliza el estilo Harvard (autor-año) para citas bibliográficas del texto. Las citas bibliográficas incluidas en el texto se presentarán de dos formas, dependiendo del contexto y de la redacción del párrafo en el que se incluyen:

- a) Indicando entre paréntesis el nombre del primer autor o autora, seguido del año y del número de página, por ejemplo (White, 1987: 43) o (Guerin *et al.*, 1992: 23-34).
- b) Indicando el nombre del autor o autora y, entre paréntesis, el año, por ejemplo: White (1987) o Guerin *et al.* (1992).

La revista Lan Harremanak utiliza el estilo APA (American Psychological Association) para las referencias bibliográficas. Se incluirán ordenadas alfabéticamente al final del trabajo, y cronológicamente en el caso de varios trabajos del mismo autor o autora. Se pondrán en cursiva el nombre de las revistas y el título de los libros. Se podrán indicar links a los documentos citados, indicando a continuación y entre paréntesis la fecha del último acceso. En cumplimiento de las recomendaciones en materia de igualdad, se identificará, en la medida de lo posible al autor o autora con el nombre completo y no únicamente con la inicial del nombre.

Las referencias bibliográficas se incluirán ordenadas alfabéticamente al final del trabajo, y cronológicamente en el caso de varios trabajos del mismo autor o autora. Se pondrán en cursiva el nombre de las revistas y el título de los libros. Se podrán indicar links a los documentos citados, indicando a continuación y entre paréntesis la fecha del último acceso. En cumplimiento de las recomendaciones en materia de igualdad, se identificará, en la medida de lo posible, al autor o autora con el nombre completo y no únicamente con la inicial del nombre.

— Artículos en revistas:

Tezanos Tortajada, Jose Félix (1983) «Satisfacción en el trabajo y sociedad industrial: una aproximación al estudio de las actitudes hacia el trabajo de los obreros industriales madrileños», *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, 22, 27-52. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/52969.pdf> (Accedido: 4-3-2019)

— Libros:

Villoria, Manuel y Del Pino, Eloísa (1997) *Manual de Gestión de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*. Madrid: Tecnos.

— Capítulos de libros:

Domínguez, Fernando (1996) «Gestión planificada de Recursos Humanos (Modelo de una empresa multinacional)», en Ordóñez, Miguel (ed.), *Modelos y Experiencias Innovadoras en la Gestión de los Recursos Humanos*. Barcelona: Gestió 2000, 343-357.

Consultar directrices para autores en:

https://www.ehu.eus/ojs/index.php/Lan_Harremanak/about/submissions#authorGuidelines

Lan Harremanak

REVISTA DE RELACIONES LABORALES

ABERASTASUNAREN BANAKETA ZUZEN BATEN ALDE
POR UN REPARTO JUSTO DE LA RIQUEZA