

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Jorge Baquero Aguilar (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinador de este número monográfico de la Revista Internacional y
Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO
sobre el trabajo atípico y los colectivos especialmente vulnerables

David Montoya Medina

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

ÍNDICE

**Número monográfico sobre el trabajo atípico
y los colectivos especialmente vulnerables**

David Montoya Medina, Introducción al número por parte del Coordinador **1**

Artículos

Contratación laboral

Novedades en materia de contratación laboral introducidas en España por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre

David Montoya Medina, Estabilidad en el empleo y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021 **11**

Faustino Cavas Martínez, El contrato indefinido no fijo: ¿una medida eficaz para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público?..... **52**

Susana Rodríguez Escanciano, Avanzando soluciones frente a la temporalidad en el empleo en el sector de la construcción: el “contrato indefinido adscrito a obras”..... **88**

Fórmulas de trabajo atípico

Francisco Javier Arrieta Idiakez, El trabajo ocasional como forma atípica de trabajo. Contextualización, tratamiento en España y propuesta de mejora..... **142**

Francisco Alemán Páez, Erica Florina Carmona Bayona, Trabajo en remoto, intersecciones tipológicas y zonas de informalidad. Una visión comparada y de política del derecho **180**

Acceso al mercado de trabajo de colectivos vulnerables

Jaime Cabeza Pereiro, Trabajo de mayores y discriminación por edad..... **229**

II

Macarena Hernández Bejarano, *Una aproximación al problema del desempleo juvenil en España* **251**

José Enrique Ruiz Saura, *Mujer embarazada y barreras en el acceso al empleo*..... **286**

Alicia Sánchez Guerrero, *Adaptación del puesto de trabajo para personas afectadas de trastorno del espectro del autismo* **310**

Cuestiones de seguridad social instrumental de trabajadores atípicos (autónomos y socios trabajadores de cooperativas)

José María Goerlich Peset, *Reencuadramiento administrativo de socios trabajadores de cooperativas: luces y sombras*..... **383**

Comentarios

Carolina Martínez Moreno, *¿Serán los futuros padres un nuevo colectivo especialmente vulnerable frente a un eventual despido? A propósito de la STSJ Madrid 21 marzo 2022*..... **412**

Reseñas Bibliográficas

Delyana Milenova Koseva, *Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar, dirigido por María Belén Fernández Collados* **427**

Francisco Vigo, *Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848), por Pablo Scotto*..... **431**

Introducción al número por parte del Coordinador

El presente n. 3/2022 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* que tengo la satisfacción de presentar tiene como temática central el *trabajo atípico y los colectivos especialmente vulnerables*.

Como es notoriamente conocido, la transformación económica y social que vivimos en la actualidad, la constante amenaza del desempleo y de la inestabilidad laboral que caracteriza nuestro modelo productivo ha sido el inevitable escenario que ha presidido las últimas reformas introducidas en el marco laboral. En el caso español, por su singularidad, debe mencionarse la emprendida por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Una norma ambiciosa que, enarbolando de forma más decidida que en ocasiones precedentes la bandera de la lucha contra la temporalidad y la consolidación del empleo estable, ha pretendido, entre otros extremos, transformar nuestro modelo de contratación temporal estructural. No es casualidad, precisamente, que tres de los estudios doctrinales contenidos en el presente número (Cavas Martínez, Rodríguez Escanciano y Montoya Medina) se detengan en el análisis del régimen vigente de determinados tipos contractuales tras su modificación por esta importante reforma.

Junto a ello, con motivo del actual escenario de crisis económica alimentado por el auge desmedido de los precios, la guerra de Ucrania, la falta de confianza en los mercados y los efectos, todavía latentes, de la pandemia mundial la doctrina iuslaboralista ha puesto el punto de mira en aquellos colectivos más desfavorecidos en este contexto, más afectados por el desempleo y con mayor riesgo de exclusión social. Este es el caso, entre otros, de los trabajadores temporales y a tiempo parcial, de los trabajadores ocasionales o intermitentes, de las personas con discapacidad, trabajadores mayores, jóvenes sin cualificación y de las mujeres desempleadas. Precisamente, en la situación de vulnerabilidad social de estos colectivos (fundamentalmente frente al desempleo) pone también atención el presente número de la *Revista* pues, como es lógico, los estudios académicos no deben limitarse al análisis exegético de las normas integrantes de la rama social del ordenamiento jurídico sino que, al tiempo, han de apuntar hacia aquellos ámbitos donde resulte imprescindible la extensión de su esfera de

protección.

En torno, pues a esta temática tan actual el presente número de la *Revista*, condensa hasta diez estudios doctrinales, y un comentario de doctrina judicial.

Los estudios doctrinales contenidos en el presente número pueden ordenarse sistemáticamente en tres grandes grupos. En primer lugar, los relacionados con contratación laboral, bien relativos a las transformaciones introducidas por la última reforma laboral española en determinados tipos contractuales (Montoya Medina, Cavas Martínez y Rodríguez Escanciano), bien en fórmulas de trabajo atípico como son los trabajos ocasionales (Arrieta Idiákez) o el trabajo atípico (Aleman Páez, Carmona Bayona).

Un segundo grupo de estudios doctrinales se concentra en la problemática que, para determinados colectivos vulnerables, representa el acceso al empleo y a la formación profesional y el mantenimiento en el mercado de trabajo. Es el caso, singularmente, de los trabajadores mayores (Cabeza Pereiro), los jóvenes (Hernández Bejarano), las mujeres embarazadas (Ruiz Saura) y las personas con discapacidad (Sánchez Guerrero).

El último y tercer grupo de estudios doctrinales contenidos en el número conciernen a interesantísimos aspectos de la denominada Seguridad Social instrumental, Concretamente, de las distorsiones que se pueden producir con ocasión de la aplicación de las reglas Seguridad Social sobre encuadramiento de colectivos específicos como los socios trabajadores de cooperativas (Goerlich Peset).

De entre los estudios que se enmarcan temáticamente en el terreno de la contratación laboral, como se ha adelantado, pueden distinguirse, a su vez, dos subgrupos. Por una parte, aquellos relativos a las novedades, en materia de contratación, introducidas por el RD-Ley 32/2021. Por otra, los que ponen el punto de mira en determinadas fórmulas de trabajo atípico.

Pues bien, los estudios concernientes a novedades en materia de contratación laboral, arrancan con uno de la autoría del que suscribe estas líneas, titulado *Estabilidad en el empleo y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021*. En el mismo, se efectúa un análisis de las principales medidas introducidas por el RD-Ley 32/2021 en materia de contratación temporal estructural con objeto de atemperar la alta tasa de temporalidad en la contratación que caracteriza el mercado de trabajo español y estimular la contratación indefinida. Si bien en el estudio se expresa una valoración global positiva de las medidas introducidas en relación con los fines perseguidos por la norma, también se ponen de relieve las deficiencias técnicas de algunas previsiones normativas e, incluso, se cuestiona la operatividad de alguna de las soluciones legales introducidas, como es, singularmente, la celebración por las empresas contratistas de contratos

fijos discontinuos vinculados a la ejecución de contratos en los procesos de descentralización productiva.

El siguiente estudio, del Prof. Cavas Martínez, con un sugerente título (*El contrato indefinido no fijo: ¿una medida eficaz para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público?*) se adentra en el análisis de este polémico tipo contractual, a partir de la reforma introducida en el mismo por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y por el RD-Ley 32/2021.

Este magnífico estudio pone de relieve la dialéctica existente entre los efectos de fijeza que la legislación laboral común atribuye a la contratación temporal fraudulenta, incluso en las Administraciones Públicas, y la exigencia constitucional de acceder al empleo público estable a través de pruebas selectivas basadas en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Con este trabajo, el Prof. Cavas Martínez discurre en torno a la cuestión de si la creación legal de tipo contractual de trabajador indefinido no fijo en la Administración Pública constituye o no una medida eficaz para dar cumplimiento a los objetivos plasmados en la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, aprobado por la Directiva 1999/70/CE. El estudio se detiene en problemas tales como los efectos del desempeño por el trabajador, como interino, de un puesto de trabajo vacante en la Administración pero durante un tiempo tan excesivo como para desdibujar la interinidad. También aborda los efectos de una contratación irregular del trabajador que ha superado un previo proceso de selección para ocupar un puesto de trabajo permanente pero sin conseguir la obtención de una plaza. Igual interés reviste la cuestión, asimismo abordada en el estudio, de los efectos de la indebida adscripción del personal indefinido no fijo a plazas funcionariales y la de los efectos sobre el personal laboral de la reasunción por los entes públicos de servicios públicos previamente externalizados.

Un tercer estudio en el terreno de la contratación, a cargo de la Prof. Rodríguez Escanciano, versa sobre el problema de la temporalidad en el sector de la construcción: *Avanzando soluciones frente a la temporalidad en el empleo en el sector de la construcción: el “contrato indefinido adscrito a obras”*. El estudio reflexiona en torno a la elevada temporalidad en la contratación que ha venido acusando el sector de la construcción por su notoria exposición a una alta rotación en el empleo. En este sentido, la autora pone el foco en la reforma introducida en este ámbito por el RD-Ley 32/2021 y su apuesta por una renovada fórmula de contratación indefinida adscrita obras. El estudio efectúa una valoración positiva de la citada reforma en tanto, a su juicio, se encuentra claramente ligada a un nuevo modelo urbanístico que se basa en la rehabilitación, regeneración y renovación. Un modelo que es

capaz de generar empleos dignos, a la par que de reducir las emisiones contaminantes desde el punto de vista medioambiental y que es, asimismo, capaz de aumentar la cohesión social.

En cuanto a los artículos de este número que se detienen en fórmulas de trabajo atípicas, el Prof. Arrieta Idiakez aborda el denominado trabajo ocasional con su sugerente estudio, *El trabajo ocasional como forma atípica de trabajo. Contextualización, tratamiento en España y propuesta de mejora*. Siguiendo las directrices marcadas por la OIT y la UE en lo concerniente a la actual proliferación de fórmulas de trabajo atípico y sus característicos déficits de protección jurídica y social, el estudio detiene el análisis en el trabajo ocasional, entendiendo por tal, aquel en el que el trabajador presta servicios de forma intermitente durante intervalos de tiempo acusadamente breves.

El autor pone de relieve como la generalizada digitalización de la economía de servicios, singularmente a través de las plataformas digitales, ha propiciado el auge de esta fórmula flexible de prestación de servicios. La normativa de la UE y la jurisprudencia del TJUE no han sido ajenas a dicho fenómeno. El estudio muestra como las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/1152, de 20 de junio, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, no se refieren específicamente al trabajo ocasional. Sin embargo, sí lo hacen al trabajo efímero, a demanda y similares, por lo que resultan, asimismo, extrapolables a aquel. Al tiempo pone de relieve cómo el hecho de que el trabajo ocasional reúna simultáneamente la doble condición de ser temporal y a tiempo parcial, justifica con creces la aplicación de las garantías contenidas en la Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo de duración determinada, y en la Directiva 97/81/CE, sobre trabajo a tiempo parcial. En este contexto, el autor denuncia la desatención que el trabajo ocasional viene teniendo en nuestro ordenamiento interno que se aparta claramente de las líneas marcadas por la jurisprudencia europea. Aboga, por tanto, por acometer una regulación interna de esta fórmula de trabajo y del trabajo a demanda, a la luz de las citadas directivas europeas y de los criterios interpretativos del Tribunal de Luxemburgo.

Otro interesante estudio relacionado con fórmulas no comunes de prestación de servicios es el efectuado por el Prof. Alemán Páez y la investigadora Erica Florina Carmona Bayona, *Trabajo en remoto, intersecciones tipológicas y zonas de informalidad. Una visión comparada y de política del derecho*. Se trata de un interesante aporte de Derecho comparado, en materia tan escurridiza como de actualidad como es el trabajo en remoto. Este artículo brinda una sugerente comparación entre el modelo español y el colombiano de ordenación jurídica del trabajo a distancia, partiendo de las diferencias abismales en su configuración normativa. Y ello, por cuanto frente a la

regulación unitaria española del trabajo a distancia, contenida en la reciente Ley 10/2021, de 9 de julio, Colombia presenta una regulación dispersa en diversos textos legales y reglamentarios que abordan hasta cuatro figuras jurídicas distintas: trabajo a domicilio, trabajo en casa, teletrabajo y trabajo en remoto.

A partir de aquí, el estudio efectúa un análisis detenido de cada una de estas cuatro manifestaciones normativas del trabajo a distancia en Colombia, poniendo de relieve, a la luz de la experiencia española, sus diversas deficiencias y sugiriendo propuestas de reforma normativa encaminadas a solventar los actuales problemas de desprotección social asociados a estas fórmulas de trabajo.

Como se adelantó al comienzo, un segundo grupo de estudios doctrinales incluidos en este número se concentra en la problemática que, para determinados colectivos vulnerables, representa el acceso al empleo y a la formación profesional y el mantenimiento en el mercado de trabajo. El primero de ellos, del Prof. Cabeza Pereiro, se titula *Trabajo de mayores y discriminación por edad*. El estudio pone el foco de atención en la discriminación por edad que acusan las personas mayores en todo lo que se refiere a su proyección y desarrollo en el mercado de trabajo.

El trabajador senior convive con el constante riesgo de pérdida de empleo que se ve agravada ante un probable escenario de desempleo de larga duración, con inciertas expectativas de retornar a la vida profesionalmente activa. A juicio del autor, la desatención que las disposiciones legales y la negociación colectiva viene prestando al problema del envejecimiento, en ámbitos tan sensibles como el tiempo de trabajo o la prevención de riesgos laborales, genera un entorno hostil para este colectivo, que alimenta la proliferación de los riesgos psicosociales. Es por ello por lo que el estudio apuesta por prestar la atención debida a ese género de problemas, incluyendo las particulares necesidades de formación profesional de las personas mayores. El estudio pone también oportunamente la atención en las normas de Seguridad Social que articulan la compatibilidad de la pensión de jubilación con la prestación de trabajo. A juicio del autor, la complejidad característica de las citadas normas se convierte, con frecuencia, en un elemento de disuasión para aquellos pensionistas de jubilación que podrían compatibilizarlas con el trabajo por cuenta propia o ajena.

Un segundo estudio, en materia de dificultades de acceso al empleo de determinados colectivos vulnerables, en este caso, los jóvenes, es el de la Prof. Hernández Bejarano, titulado *Una aproximación al problema del desempleo juvenil en España*. El estudio nos ofrece una puesta al día de uno de los mayores problemas, de carácter estructural, que aqueja nuestro mercado de trabajo: la elevada tasa de desempleo juvenil a consecuencia de las

dificultades que tiene este colectivo para acceder y permanecer en el mercado de trabajo.

La autora discurre en torno a los principales factores causantes del alto nivel de desempleo juvenil en nuestro país. Asimismo, como es lógico, se detiene en la llamada Garantía Juvenil, auspiciada por la Unión Europea, para poner en evidencia lo limitado de sus efectos pese a la valoración positiva de este programa que se ha efectuado desde las propias instituciones europeas. Discurre también el estudio sobre las iniciativas públicas promovidas por el Estado español en este ámbito, tanto las pretéritas, poniendo de relieve su escaso éxito, como las actuales, como el Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027 o la nueva Estrategia de Empleo 2021-2024. La autora valora positivamente el conjunto de medidas contenidas en estos programas, tanto en materia de formación profesional como de acceso al empleo de los jóvenes, aventurándose a pronosticar su eficacia a largo plazo en la inserción laboral de este colectivo.

Un tercer estudio comprendido también en este capítulo de colectivos vulnerables es el presentado por el investigador predoctoral José Enrique Ruiz Saura y que lleva por título *Mujer embarazada y barreras en el acceso al empleo*. El estudio discurre en torno a la proyección del principio de no discriminación por razón de sexo en el acceso al trabajo de mujeres embarazadas.

El estudio da cuenta de la construcción que la jurisprudencia ha venido efectuando en torno a la igualdad en el acceso al empleo de la mujer embarazada. Se detiene en la problemática que plantean las decisiones empresariales desfavorables en el acceso al empleo de la trabajadora embarazada a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE, de la doctrina constitucional española y de nuestra doctrina judicial. Asimismo, aborda cuestiones de cierto interés aplicativo. En primer lugar, se plantea el clásico interrogante de si, para apreciar la discriminación, es necesaria la intencionalidad del agente. En segundo lugar, si es no aplicable la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo en aquellos casos en que no conste que la empresa que desistió de la contratación de la trabajadora conociera el embarazo de la aspirante al puesto de trabajo. Respecto a esta última cuestión, la autora da cuenta de un particular pronunciamiento de la doctrina judicial que la resuelve en sentido negativo al entender que la protección reforzada frente al despido de las trabajadoras en estado de gestación no es extensiva a otros supuestos no contemplados expresamente por la ley.

Un cuarto estudio en materia de colectivos especialmente vulnerables, bajo el título *Adaptación del puesto de trabajo para personas afectadas de trastorno del espectro del autismo*, corre a cargo de Alicia Sánchez Guerrero, doctoranda en

Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga. El estudio, partiendo de la experiencia brindada por las acciones emprendidas en algunos centros de trabajo, discurre en torno a las posibilidades que ofrece la adaptación de los puestos de trabajo para garantizar el mantenimiento en el empleo de las personas con autismo. A tal efecto, la autora, tras acotar conceptualmente el denominado trastorno del espectro autista (TEA) se detiene en el análisis de aspectos clave de la acción preventiva y de la empleabilidad de estas personas como la adaptación del puesto de trabajo, su consideración como trabajadores especialmente sensibles a los riesgos, y su especial vulnerabilidad frente a los riesgos psicosociales.

El estudio da cuenta del análisis cuantitativo y cualitativo emprendido para conocer las prácticas preventivas observadas en diversas organizaciones productivas que emplean personas con TEA. Dicho análisis se nutrió, fundamentalmente, de cuestionarios remitidos a las organizaciones productivas e, incluso, de los resultados de las entrevistas sostenidas con personas con TEA que se encuentran en activo. A partir de los resultados obtenidos, el estudio da cuenta de un interesante catálogo de buenas prácticas empresariales que favorecen la protección de la salud y la inclusión laboral y social de las personas con TEA.

El tercer y último grupo de estudios doctrinales contenidos en este número abordan determinados aspectos concernientes a los actos instrumentales de Seguridad Social (afiliación, alta, cotización) de determinados colectivos de trabajadores. En este ámbito, el interesantísimo estudio realizado por el Prof. Goerlich Peset, *Reencuadramiento administrativo de socios trabajadores de cooperativas: luces y sombras*, da cuenta, de forma solvente, de la problemática que vienen generando determinados tipos de sociedades cooperativas en relación con el encuadramiento en la Seguridad Social de sus socios trabajadores. El estudio acerca al lector a una vívida problemática en este ámbito que en la actualidad viene generando un constante foco de litigiosidad. Se trata de los problemas que, en aplicación del art. 14 LGSS, se viene, suscitando en las cooperativas de facturación y en la que subcontratan con terceras empresas la prestación de servicios en relación con el encuadramiento en la Seguridad Social de sus socios trabajadores. Dichas entidades vienen haciendo una aplicación interesada, cuando no fraudulenta, del derecho de opción en el encuadramiento que reconoce el citado precepto legal. En unos casos, buscando ciertas ventajas en la cotización que ofrece el RETA y, en otros, interesando jugar con las opciones de cotizar a tiempo parcial que brinda el régimen general.

El caso es que dicha aplicación interesada entraña seriamente el riesgo de producir en la práctica ciertas manifestaciones de huida de la legislación laboral. En este sentido, el estudio da cuenta de las numerosas actuaciones

administrativas de reencuadramiento y de procesos de oficio, y de pronunciamientos de las salas de lo contencioso administrativo y de lo social que se han producido en este concreto ámbito.

En el caso de las cooperativas de facturación, con relativa frecuencia, la Administración de la Seguridad Social ha dictado resoluciones de reencuadramiento en el RETA al entender que el efectuado por la sociedad cooperativa en el régimen general no era ajustado a Derecho por tratarse, en realidad, de trabajos por cuenta propia. Más espinosos, sin embargo, a juicio del autor, son los supuestos en que la sociedad cooperativa es subcontratada por una empresa comitente en una aparente contrata de obras o servicios. Partiendo de lo que está aconteciendo con las cooperativas del sector cárnico, el estudio pone de relieve la interesante problemática que suscita el hecho de que este tipo de cooperativas estén siendo, con harta frecuencia, utilizadas para encubrir verdaderas relaciones laborales entre los socios trabajadores y la empresa principal para la que, a la postre, viene prestando servicios.

Junto a los estudios doctrinales, el presente número contiene un único comentario de doctrina judicial que, ello no obstante, recae sobre un reciente e interesantísimo pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ Madrid 21 marzo 2022). La Prof. Martínez Moreno, con el sugerente título *¿Serán los futuros padres un nuevo colectivo especialmente vulnerable frente a un eventual despido? A propósito de la STSJ Madrid 21 marzo 2022*, nos brinda un exhaustivo análisis de dicho pronunciamiento en el que se cuestiona la nulidad o improcedencia de un despido sin causa de un trabajador que en ese momento esperaba ejercer la paternidad por inminente nacimiento de un hijo.

Plantea el comentario un problema de fondo de sumo interés: la existencia o no de discriminación en estos supuestos y, en su caso, del tipo de discriminación (ordinaria o por asociación) que sería apreciable. El fallo del pronunciamiento judicial objeto de este comentario razona una solución negativa (inexistencia de discriminación), con un discurso argumental excelentemente analizado por la autora. No se comparten, sin embargo, en el comentario todos los argumentos barajados por este pronunciamiento. De hecho, a la luz de otros pronunciamientos de la doctrina judicial, la autora pone de relieve que la solución de este tipo de asuntos hubiera podido ser de signo totalmente distinto, a la espera de un necesario pronunciamiento de la doctrina unificadora que permita zanjar, definitivamente, la cuestión.

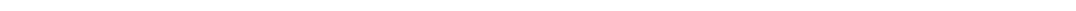
El presente número se cierra con un par de reseñas bibliográficas. La primera de ellas, a cargo de mi compañera de departamento, la joven profesora ayudante Delyana Milenova Koseva que, con una notable

capacidad de síntesis, da cuenta de los principales contenidos de la obra colectiva *Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar* (Aranzadi, 2022), dirigida por María Belén Fernández Collados. La segunda, a cargo del también joven profesor ayudante Francisco Vigo, de la Universidad de Málaga, nos presenta, con un texto de muy amena lectura, la obra *Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848)* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021), de Pablo Scotto.

David Montoya Medina

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

Artículos



Estabilidad en el empleo y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021

David MONTOYA MEDINA*

RESUMEN: La reforma introducida por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, representa un nuevo intento del legislador español de revertir la alta temporalidad en la contratación que caracteriza nuestro mercado de trabajo. Se trata de una reforma aparentemente más ambiciosa que sus precedentes por cuanto introduce medidas de contención de la temporalidad de mayor contundencia a las ya ensayadas en el pasado. El presente estudio discurre por los principales contenidos de la reforma en este concreto ámbito con objeto de valorar su eficacia para la necesaria salvaguarda del principio de estabilidad en el empleo.

Palabras clave: Reforma laboral de 2021, precariedad, contratación temporal, contrato por tiempo indefinido, contrato fijo discontinuo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Radiografía estadística del mercado de trabajo español: paro y temporalidad en la contratación. 2.1. El nivel asfixiante de paro estructural. 2.2. La alta tasa de temporalidad en la contratación: su carácter endémico. 2.2.1. Los efectos nocivos de la temporalidad. 2.2.2. Los factores determinantes: cultura de la temporalidad, disfunciones del marco normativo y modelo productivo. 2.2.3. Un cuarto de siglo de lucha legislativa contra la temporalidad. 3. La reforma introducida por el RD-Ley 32/2021 en materia de contratación: hacia la salvaguarda del principio de estabilidad en el empleo. 3.1. La reordenación de la contratación temporal estructural. 3.1.1. La derogación del contrato para obra o servicio determinado. 3.1.2. El nuevo contrato por circunstancias de la producción. 3.1.3. El contrato de sustitución. 3.2. La conversión *ipso iure* del contrato temporal en contrato indefinido. 3.3. Los nuevos costes administrativos de la temporalidad: incremento de cotizaciones sociales y reforzamiento de la tutela administrativa sancionadora. 3.3.1. Incremento de las cotizaciones sociales en los contratos temporales de corta duración. 3.3.2. Incremento de las sanciones administrativas por fraude de ley en la contratación temporal. 3.4. La reconducción de ciertos supuestos de temporalidad hacia el contrato fijo discontinuo. 3.4.1. Contratación fija discontinua en el marco de la subcontratación de actividades productivas. 3.4.2. Contratación fija discontinua por ETT. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante (España).

Employment Stability and Temporary Work Containment in 2021 Spanish Labour Reform

ABSTRACT: The reform introduced by Royal Decree-Law No. 32/2021, of 28 December, represents a new attempt by the Spanish legislator to reverse the high level of temporary employment that characterizes our labour market. This reform is apparently more ambitious than its predecessors in that it introduces more forceful measures to contain temporary employment than those already tried in the past. The present study focuses the main contents of the reform in this specific area in order to assess its effectiveness in safeguarding the principle of employment stability.

Key Words: 2021 labour reform, precariousness, temporary contracts, open-ended contracts, discontinuous open-ended contract.

1. Introducción

La precariedad en la contratación y en el empleo constituye, si no el principal, sí uno de los grandes problemas que se ciernen sobre el mercado de trabajo español. La reforma introducida por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha introducido una novedosa batería de medidas legislativas dirigidas, precisamente, a la transformación del mercado de trabajo en este ámbito después de numerosas reformas precedentes de resultado fallido.

Dichas medidas pueden sistematizarse en dos grandes grupos. Por una parte, las introducidas en materia de contratación laboral, dirigidas claramente a poner coto a la contratación temporal estructural y a generalizar el contrato indefinido ordinario o, en su caso, el contrato fijo discontinuo. Por otra las relacionadas con la denominada flexibilidad interna como alternativa al despido. Concretamente, se pretende dotar de mayor operatividad a los expedientes de suspensión de los contratos de trabajo por causas empresariales. Y ello para revertir la tendencia empresarial a acudir a la contratación temporal como mecanismo ágil y económico de ajuste de plantillas ante los contextos de dificultad.

Por lógicas exigencias de concisión, este segundo género de medidas no va a ser objeto de análisis en el presente estudio. La atención se va a focalizar, exclusivamente, en aquellas emprendidas por el RD-Ley 32/2021 en materia de contratación y, de entre ellas, las que afectan fundamentalmente a la contratación temporal estructural (art. 15 ET), por una parte, y las relativas al contrato fijo discontinuo (art. 16 ET), por otra. Por idénticas exigencias, y pese a su importancia, tampoco serán objeto de análisis aquí las más recientes iniciativas legislativas de lucha contra la temporalidad en el sector público¹.

2. Radiografía estadística del mercado de trabajo español: paro y temporalidad en la contratación

Como es sabido, si hay dos factores que vienen caracterizando, de forma estructural, el mercado de trabajo español y que, en buena medida, nos separan de la mayoría de los países de la Unión Europea, son la elevada tasa de desempleo y la también alta tasa de temporalidad en la contratación.

¹ Sobre el particular, *cfr.* T. SALA FRANCO, *La temporalidad en el empleo público*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2021, n. 1, p. 49 ss., a propósito de las previsiones contenidas en el RD-Ley 14/2021, de 6 de julio, y posterior Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

2.1. El nivel asfixiante de paro estructural

Por lo que concierne al nivel de desocupación, la última Encuesta de Población Activa publicada por el INE, correspondiente al primer trimestre de 2022, arroja una tasa de desempleo acusadamente elevada (13,65%), que apenas ha variado con respecto al último trimestre del año anterior (13,33%). Si bien dicha tasa representa una ostensible mejora con respecto a la arrojada un año antes (15,98%), sigue siendo, invariablemente alta, al menos en comparación con la de nuestros países vecinos. En este sentido, los datos arrojados por Eurostat son verdaderamente alarmantes. A fecha de cierre del presente estudio, siguen, situando a nuestro país a la cabeza en desempleo dentro del conjunto de países europeos, todavía por delante de Grecia (12,7%) con una tasa que duplica la media de la Unión Europea (6,5%) y de la zona euro (7,2%). Así las cosas, todavía tres de cada diez parados en la eurozona proceden de España.

Por otra parte, no debe dejar de señalarse que el nivel de desocupación es especialmente notorio entre la población joven. Conforme a los datos actuales del INE correspondientes al primer trimestre de 2022, la tasa de desempleados menores de veinticinco años es del 30,18%. Dicha cifra, si bien es ostensiblemente menor a la registrada en el mismo periodo del año anterior (39,53%), sigue siendo muy alta y nos sigue situando en una deshonrosa segunda posición de paro juvenil en Europa, por detrás de Grecia (36,8%).

Junto a lo preocupante de las actuales cifras de desempleo en España, no debe dejar de destacarse el carácter invariablemente alto de las mismas durante poco más de catorce años, lo que permite efectuar una interesante fotografía retrospectiva del comportamiento de nuestro mercado de trabajo. Los datos de ocupación mostrados por el INE evidencian que, desde finales de 2007 la tasa española de desocupación no se sitúa en niveles por debajo del 10%. Dicho extremo pone de relieve que las actuales cifras de desempleo español no son meramente coyunturales, ni atribuibles meramente a la crisis del Covid-19 ni a la tendencia inflacionista derivada de la guerra de Ucrania, sino que constituyen un elemento estructural de nuestro mercado de trabajo.

Con todo, resulta obligado apuntar aquí un dato adicional, pero en clave más positiva. Y es que, pese a que la actual tasa de desempleo del 13,65% sigue siendo elevada, por fin nos sitúa en niveles próximos a los que nuestro país presentaba antes de la pandemia (13,78% en el cuarto trimestre de

2019)². Dicho indicador, junto al hecho de que la cifra global de desempleados ha descendido, por primera vez desde 2008, de los tres millones de individuos, abre una puerta a la esperanza ante lo que pudiera constituir un cambio de tendencia.

2.2. La alta tasa de temporalidad en la contratación: su carácter endémico

Como se ha adelantado, la elevada tasa de temporalidad constituye el segundo de los elementos que caracteriza nuestro mercado de trabajo. Conforme a la Encuesta de Población Activa del INE, correspondiente al primer trimestre de 2022, la tasa de temporalidad es del 24,21%. Si bien dicha cifra representa un descenso de 1,7 puntos porcentuales respecto a la arrojada en el último trimestre de 2021 (25,4%), sigue siendo un indicador excesivamente alto en comparación con el resto de los países de la Unión Europea. De hecho, resulta muy significativo, y sin duda, descorazonador, el hecho de que, hace dos años atrás, la temporalidad en España se situaba, exactamente, en el mismo nivel que hoy en día, colocándonos a la cabeza dentro del conjunto de países de la Unión Europea (*vid.* Gráfico 1).

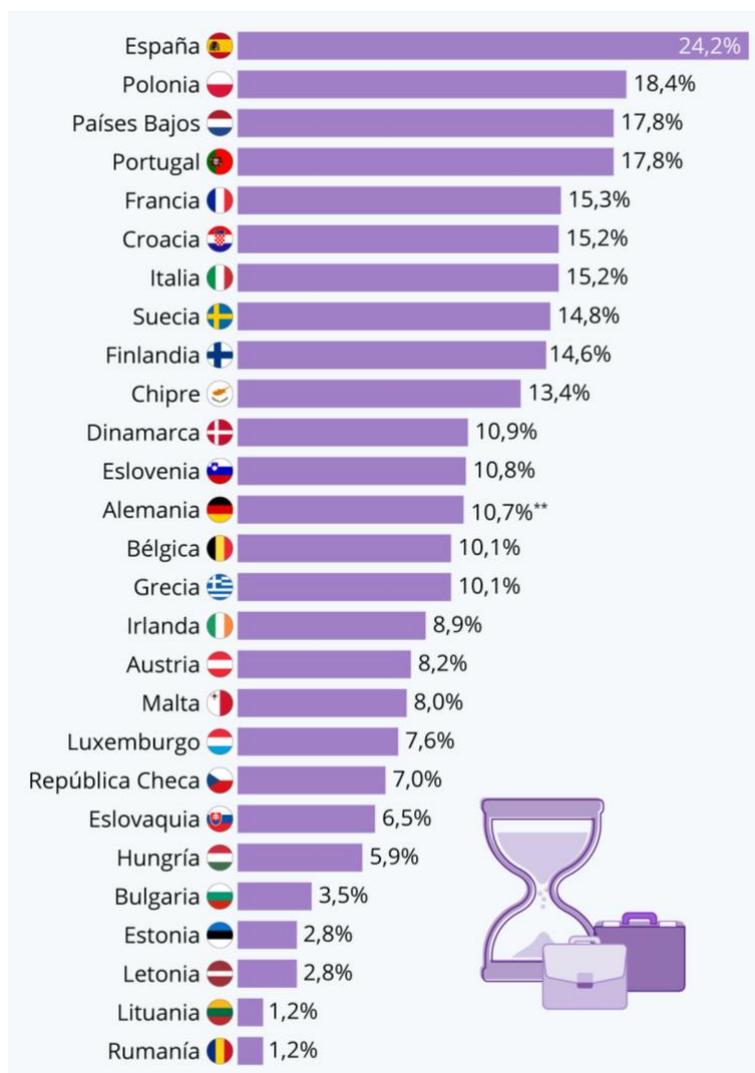
No debe dejar de destacarse que, pese a que esa inasumible tasa de temporalidad afecta al conjunto de la población trabajadora, repercutiendo negativamente en nuestro modelo económico, incide de forma especialmente negativa en las mujeres y los jóvenes, colectivos ya de por sí castigados por elevados índices de desempleo, que los coloca en una especial posición de vulnerabilidad en el mercado laboral.

Tampoco debe dejar de señalarse que la elevada temporalidad en la contratación no constituye un elemento coyuntural, sino que, salvo puntuales altibajos históricos, se trata de una enojosa constante en el modelo español de relaciones laborales desde su articulación por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Echando la vista un cuarto de siglo hacia atrás, nuestro mercado de trabajo se ha venido caracterizando por la presencia, prácticamente constante, salvo algunas fluctuaciones, de una tasa de temporalidad excesivamente alta, con periodos largos de tiempo superando el umbral del 30%.

² Conforme a los datos del INE, en el primer trimestre del 2020, ya iniciada la pandemia y la crisis sanitaria que trajo consigo, fue del 14,41%, en el segundo trimestre del 15,33%, en el tercero del 16,26% y en el cuarto y último del 16,13%. A medida que las medidas de restricción sanitaria acordadas por los poderes públicos dejaban de tener efecto, la desocupación fue progresivamente disminuyéndose, alcanzándose una tasa del 14,57% en el tercer trimestre de 2021.

Gráfico 1 – Porcentaje de empleados con contratos temporales en la Unión Europea en 2020*



* Asalariados de entre 15 y 64 años.

** Ruptura en la continuidad histórica de las series. Valor provisional.

Fuente: M. MENA ROA, *España se sitúa a la cabeza de la UE en temporalidad del empleo*, en es.statista.com, 29 abril 2021

Resulta, por ejemplo, muy significativo que, conforme a los datos ofrecidos por Eurostat, en el año 1994 la tasa de temporalidad se situase en el 33,7%

y en 2007, esto es, trece años después, fuese del 31,7%, es decir, doce años continuados en umbrales superiores al 30%. Desde entonces, salvo el bienio 2012-2014, hasta la actualidad se ha situado por encima del 24% situándonos a la cabeza de los países europeos en temporalidad.

2.2.1. Los efectos nocivos de la temporalidad

Resulta notoriamente conocido que la excesiva temporalidad en la contratación lleva aparejados muy diversos efectos negativos que inciden no solamente, de manera directa, en nuestro mercado de trabajo sino también en nuestro modelo económico y nuestras expectativas de crecimiento.

La normalización en nuestro modelo productivo del recurso a la contratación temporal ha favorecido una especial volatilidad del mercado de trabajo particularmente expuesto a la convulsión de los ciclos económicos. Temporalidad, tasas de actividad y desempleo vienen constituyendo en nuestro modelo productivo factores íntimamente ligados en una relación de causa y efecto. Durante los periodos de bonanza económica buena parte del empleo creado ha sido a través de fórmulas de contratación precarias e inestables. Por el contrario, durante los periodos de recesión (especialmente durante la pasada crisis de 2008) ha sido habitual la amortización de puestos de trabajo a través del sencillo, expeditivo y económico mecanismo consistente en la no renovación de los contratos temporales concertados. Dicha práctica conlleva, además, un efecto adverso sobre la Seguridad Social ya que cuanto más rotación en la contratación exista mayor es el gasto en prestaciones de desempleo y la presión financiera sobre el sistema público de protección.

Por otra parte, no cabe duda de que la temporalidad va indisolublemente ligada a la inestabilidad en el empleo. La precariedad laboral y social de los trabajadores temporales³ se proyecta directamente sobre su vida personal y familiar, dificultándoles su planificación, amén de que les impide identificarse con el proyecto de la empresa para la que trabajan.

También, sin duda, repercute negativamente en la eficiencia de nuestro modelo productivo. Por una parte, se hace notar en la productividad pues la apuesta por la temporalidad incide negativamente en la formación profesional de los trabajadores tanto por una menor inversión de recursos destinados a la misma como por el menor tiempo dedicado por los

³ Sobre esta cuestión, resulta obligada la cita de la obra de G. STANDING, *The Precariat. The New Dangerous Class*, Bloomsbury, 2011.

trabajadores a la prestación laboral, lo que les aleja de la idea de vinculación a la empresa y formación profesional permanente. Asimismo, el menor nivel de formación de los trabajadores temporales, a su vez, redundando en una mayor siniestralidad laboral menoscabando la productividad e incrementando el gasto en prestaciones sociales. Por otra parte, la temporalidad también actúa como correa de transmisión hacia el resto de las condiciones de trabajo, la formación profesional de los trabajadores y, especialmente, sus condiciones salariales. La precariedad en el empleo es la antesala de la precariedad salarial, lo que incide negativamente en el nivel de vida de las personas y su capacidad adquisitiva menoscabando, así, el crecimiento económico.

Tampoco debe ser desconocido que la generalidad de los trabajadores temporales afronta la incertidumbre de no ver renovada su relación contractual y perder su empleo. Dicho temor o amenaza latente hace a este colectivo especialmente vulnerable a los abusos empresariales en sus condiciones de trabajo. También les hace poco propensos a la reclamación de mejoras, les aleja de los mecanismos de participación en la empresa y de la afiliación sindical que resulta ostensiblemente realmente baja en este colectivo. En otros términos, los trabajadores temporales vienen manteniéndose, con frecuencia, al margen de las iniciativas individuales y colectivas que pueden emprenderse para exigir mejoras en sus condiciones de trabajo.

Precisamente, la debilidad participativa del colectivo de trabajadores temporales representa un claro déficit democratizador en los centros de trabajo que dificulta el equilibrio de las relaciones de poder entre el empresariado y los trabajadores. Como efecto añadido, ello conlleva un coste en términos de igualdad pues, como es sabido, la temporalidad se ceba especialmente en el colectivo de trabajadores jóvenes y de mujeres, sometidos a una alta rotación contractual y dificultando su plena integración en el mercado de trabajo. En otros términos, la brecha de género y de edad que acusa nuestro mercado de trabajo se ve alimentada en un escenario de excesiva temporalidad⁴.

⁴ Sobre estos y otros efectos adversos, *cfr.* T. SALA FRANCO, *Aspectos críticos de la temporalidad en la contratación laboral*, en *Gaceta Sindical*, 2005, n. 5, pp. 254-255. También *cfr.* la exposición de motivos del RD-Ley 32/2021.

2.2.2. Los factores determinantes: cultura de la temporalidad, disfunciones del marco normativo y modelo productivo

No son fáciles de determinar los factores que permiten explicar esa elevada tasa de temporalidad en la contratación. Probablemente se trata de un fenómeno multicausal ya que, a bote pronto, son diversos los elementos que, con diversa intensidad, permitirían explicar esta realidad.

En primer lugar, constituye un lugar común afirmar que la temporalidad constituye un mal endémico del modelo español de relaciones laborales motivado por una excesiva “cultura de la temporalidad”, arraigada en nuestro empresariado. A mi juicio, no puede sino compartirse plenamente dicha afirmación por cuanto, como se ha adelantado aquí, ni siquiera la ostensible reducción de la indemnización de despido improcedente que introdujeron, sucesivamente, las reformas de 1997 y de 2012 consiguieron revertir dicha tendencia. Por consiguiente, si bien el miedo empresarial a los costes del despido sigue latente, parece que, a la postre, tampoco ha resultado un factor tan decisivo. En cualquier caso, es evidente que esa acusada preferencia empresarial por la contratación temporal, aun concertada ilegalmente o en fraude de ley, parece responder, claramente, al objetivo de atemperar costes sociales por pequeños que estos sean.

Otro factor que, sin duda, permite, al menos en parte, explicar la elevada tasa de temporalidad concierne a las aristas de nuestro ordenamiento jurídico. Vaya por delante que la última reforma laboral introducida por el RD-Ley 32/2021 parece ser plenamente consciente de ello declarando, sin ambages, que la lucha contra la temporalidad es su principal *leitmotiv*.

Como se verá en este estudio, buena parte de las medidas que ha introducido van en la buena dirección. Tal es el caso, por ejemplo, de la derogación del hasta hace poco manido contrato temporal para obra o servicio determinado y del reforzamiento de las sanciones administrativas por contratación temporal en fraude de ley. Con todo, todavía quedan por explorar nuevas y muy diversas fórmulas para erradicar la excesiva temporalidad. Por poner tan solo un ejemplo, el incremento de las sanciones administrativas por contratación temporal fraudulenta, podría haber sido reforzado con un eventual incremento de la “sanción contractual” que procedería explorar para prevenir el fraude.

Dicho reforzamiento podría materializarse introduciendo una nueva fórmula de cálculo de la indemnización por despido improcedente que la desvincule del tiempo de prestación de servicios y la relacione con otro tipo de factores como podría ser, por ejemplo, la edad del trabajador. Más sencillo, expeditivo y sencillo sería establecer una indemnización mínima tasada para los despidos improcedentes en los contratos temporales.

Incluso, se ha planteado la posibilidad de incrementar, con carácter general, la indemnización por fin de contrato temporal prevista en el art. 49.1.ª ET, de doce a veinte días de salario, para igualarla a la del despido objetivo y disuadir, así, de la contratación temporal⁵.

También (por qué no) podría explorarse una fórmula de atribución de potestades sancionadoras al juez contemplando la posibilidad de condena al empresario a determinada cantidad adicional en los casos en que se hubiese evidenciado el fraude en la contratación⁶. De hecho, algún pronunciamiento en suplicación no ha puesto reparo a esa posibilidad del juez bajo el marco normativo actual⁷. Con idéntica finalidad de prevención de fraude, podría ser muy oportuna la medida consistente en atribuir al trabajador objeto de contratación fraudulenta que hubiese sido objeto de despido improcedente el derecho de opción entre el pago de la indemnización o la readmisión. Y es que, tal y como viene legalmente configurada, todavía se propicia que el empresariado se vea tentado a acudir a la contratación temporal sin causa bajo una estratégica previsión de costes de oportunidad.

Con todo, si algo se ha puesto en evidencia durante el último cuarto de siglo es que las modificaciones operadas en el marco normativo laboral, incluso especialmente aquellas dirigidas a abaratar el despido, han resultado harto insuficientes para corregir esa querencia empresarial por la contratación por tiempo determinado. Si bien es cierto que existe el convencimiento de que buena parte de la contratación temporal se concierta en fraude de ley, esto es, ignorando los límites de causalidad que impone la ley, no deja de sorprender que las variadas sanciones contractuales y administrativas que alberga nuestro ordenamiento jurídico para ponerle coto no hayan conseguido revertir las altas tasas de temporalidad en la contratación.

Todo hace pensar, pues, que el problema puede no estar tanto en las diversas disfunciones que presenta nuestro ordenamiento jurídico cuanto en las características de nuestro modelo productivo que, de alguna forma, favorecen esa elevada temporalidad en la contratación. Resulta, por ejemplo, muy significativo, a estos efectos, poner el foco de atención en el modelo de relaciones laborales del Reino Unido. Llama la atención que, en este país, pese a estar muy liberalizada la contratación laboral, pues las partes son libres para concertar el contrato por tiempo indefinido (*open-ended*

⁵ T. SALA FRANCO, *Aspectos críticos de la temporalidad en la contratación laboral*, cit., p. 258.

⁶ F.J. CALVO GALLEGU, *Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010 a 2012 (II): la Ley 3/2012*, en *Documentación Laboral*, 2012, n. 95-96, pp. 163-165.

⁷ STSJ Cataluña 14 julio 2021 (rec. 1811/2021) y STSJ Cataluña 23 abril 2021 (rec. 5233/2021).

contract) o por tiempo determinado (*fixed-term contract*)⁸, la tasa de temporalidad en la contratación sea muy inferior a la española, situándose en 2020 en el 5,3%⁹, lo que no constituye pequeña paradoja¹⁰. Con toda probabilidad dicho extremo encuentre su explicación en la idiosincrasia del modelo productivo de este país, caracterizado, al igual que el nuestro, por una fuerte implantación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), pero con un peso mayor del sector industrial y de la inversión en I+D+I que en España. Un modelo, en definitiva, que no propicia la cultura de la temporalidad.

Datos como el que se acaba de exponer, unidos a la escasa eficacia en este ámbito de reformas laborales precedentes apuntan en la dirección de que probablemente el problema de la alta temporalidad no se encuentre tanto en las disfunciones del marco normativo cuanto en nuestro modelo productivo.

Como es sabido, dicho modelo descansa, fundamentalmente, en sectores marcadamente estacionales o de temporada (agricultura, turismo) o acusadamente expuestos a las fluctuaciones del mercado y de la demanda (construcción, hostelería y pequeño comercio) y, por tanto, caracterizados por una elevada rotación en la contratación laboral. Se trata, en suma, de sectores caracterizados por una alta rotación en los puestos de trabajo, muy propicia para la contratación por tiempo determinado. Nuestro modelo productivo, carece, al tiempo de suficiente tejido industrial, que resultó muy mermado por la mal llamada “reconversión industrial” (desmantelamiento en realidad) de los años ochenta. La importancia relativa de la industria en España se viene reduciendo desde hace tres décadas, ante el rápido crecimiento de los servicios. Mención aparte merece el sector tecnológico. Pese a que, durante la última década, las empresas de base tecnológica han experimentado un crecimiento constante en nuestro país, todavía es escaso el peso relativo de este sector en comparación con otros países de la Unión Europea.

No debe ser desconocido que, en este tipo de empresas, debido a las especiales necesidades de cualificación de la mano de obra, la inversión productiva que se efectúa en formación de las plantillas exige vinculaciones contractuales por tiempo indefinido. Por contra, no debe olvidarse que en el tejido productivo español la inmensa mayoría de organizaciones

⁸ Sobre dicho modelo, *cfr.* D. MONTOYA MEDINA, *La contratación por tiempo determinado y la prevención de su abuso en el Reino Unido*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 10, p. 61 ss.

⁹ *Cfr.* OECD, *Temporary employment*, en data.oecd.org, 2022.

¹⁰ Ya había reparado en ello T. SALA FRANCO, *Aspectos críticos de la temporalidad en la contratación laboral*, cit., p. 253.

productivas son PYMES, que representan 99,98% del mismo. Este tipo de empresas, debido a su reducido activo patrimonial, se ven obligadas a competir más en costes que en calidad de sus productos o servicios. Por tal motivo, no suelen precisar trabajadores de alta cualificación para disponer de ellos con carácter indefinido. Tienden mayoritariamente a decantarse todavía por el empleo temporal con el convencimiento de que ello les permitirá ajustarse más ágilmente a los cambios en el mercado y a las fluctuaciones en la demanda de sus productos y servicios.

En este sentido, no parece, ciertamente, casual que los países de la Unión Europea con tasas de temporalidad más bajas (Rumanía, países bálticos, Eslovaquia, Bulgaria y República Checa) sean países con modelos productivos netamente diferentes al español por una presencia mucho mayor de tejido industrial y de empresas de base tecnológica. De hecho, por apuntar en concreto a Rumanía, el país de la UE con tasas de temporalidad más bajas de la Unión Europea no resulta ocioso señalar que constituye actualmente el país con más concentración de trabajadores del sector de las tecnologías de la información de toda Europa y el sexto a nivel mundial. Importantes firmas del sector tecnológico y de las comunicaciones como Intel, Motorola, Sun Microsystems, Boeing, y Nokia, etc., cuentan este país con centros de I+D, por lo que no sorprende que Rumanía, tras China e India, sea el tercer país del mundo en exportación de software.

Así las cosas, volviendo al caso español, el contexto de nuestro modelo productivo explica que los cambios que se han venido efectuando en el marco laboral durante el último cuarto de siglo para contener la temporalidad en la contratación e impulsar la contratación indefinida apenas se han hecho notar en las estadísticas sobre contratación laboral. Desde luego, cuando además han venido acompañados por ciclos económicos favorables, han alimentado ciertos cambios de tendencia. Sin embargo, dichos repuntes en la contratación indefinida respecto a la temporal siempre han sido puntuales y no sostenidos en el tiempo. Mientras no despegue mucho más el sector tecnológico en nuestro país y la industria no recobre la vitalidad que pudo tener antaño, se antojará muy difícil invertir esta tendencia.

2.2.3. Un cuarto de siglo de lucha legislativa contra la temporalidad

Como se ha adelantado en estas páginas, nuestro legislador no ha permanecido impasible ante el elevado nivel de temporalidad en la contratación y los efectos negativos, de todo orden, asociados a la misma. Pocas, por no decir ninguna, de las reformas laborales estructurales que se

ha introducido en nuestro mercado de trabajo desde los años noventa han dejado de enarbolar de forma decidida la bandera de la lucha contra la precariedad contractual, introduciendo muy diversas medidas legales dirigidas a contener el recurso a la contratación temporal y a impulsar la contratación indefinida. Con todo, la evolución que, durante los últimos veinticinco años, han experimentado las cifras relativas a la contratación laboral permite afirmar, sin ambages, que ninguna de las apuntadas reformas ha conseguido resultados exitosos en este ámbito, por lo menos, perdurables en el tiempo.

Vuelve a recordarse aquí que, durante los catorce años comprendidos entre 1994 y 2007, la tasa de temporalidad no bajó del 30%. Después, desde 2008 y hasta la actualidad (salvando el bienio 2012-2014) se mantuvo en umbrales superiores al 24%. De hecho, como también ya se ha dicho, resulta muy significativo que ni siquiera las reformas pretéritas que optaron, de forma decidida, por el abaratamiento del despido consiguieron revertir esta tendencia hacia la temporalidad.

Este es el caso, singularmente, de la reforma introducida por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, que introdujo el denominado *contrato de fomento de la contratación indefinida* cuya indemnización por despido objetivo declarado improcedente era ostensiblemente inferior a la ordinaria¹¹. La posterior reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, efectuó una vuelta de tuerca mucho más intensa y decidida en este ámbito. Por una parte, creó el llamado contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con un periodo de prueba de un año en todo caso, lo que facilitaba la libre resolución contractual a instancia del empresario. Por otra, reduciendo con carácter general, esto es para todo tipo de contrato, la indemnización de despido improcedente en términos cuantitativos idénticos a los introducidos por la Ley 63/1997. Pues bien, el sonoro fracaso de dichas medidas legislativas en relación con los fines perseguidos por las mismas pudo, al fin y de una vez por todas, desmontar en nuestro país el mito de que la contratación indefinida no despega en España por miedo del empresariado a los elevados costes del despido improcedente.

Mención aparte, sin embargo, merece la última de las reformas laborales aprobadas en nuestro país, la introducida por el RD-Ley 32/2021. Como se verá a continuación, aunque se trata de una reforma que podría haber hecho más en materia de lucha contra la temporalidad contractual, sí representa, claramente, una nueva y contundente vuelta de tuerca en este concreto

¹¹ La DA 1ª.4 de la citada Ley dispuso que la indemnización en caso de improcedencia del despido por causas objetivas pasaría de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades a treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades.

ámbito.

En las próximas páginas se enfocará la atención en las previsiones de dicha norma más directamente encaminadas a reforzar el principio de estabilidad en el empleo en la contratación, pues solamente al compás de su estudio podrán efectuarse prospecciones sobre su eventual eficacia futura.

3. La reforma introducida por el RD-Ley 32/2021 en materia de contratación: hacia la salvaguarda del principio de estabilidad en el empleo

Como se ha adelantado, el RD-Ley 32/2021 enarbola la bandera de la lucha contra la temporalidad y el reforzamiento del principio de estabilidad en el empleo con el objeto de introducir una verdadera transformación en nuestro actual modelo de relaciones laborales. Con dicho propósito, la norma articula un amplio abanico de medidas relacionadas con la contratación temporal estructural y con la contratación fija discontinua.

En relación con la contratación temporal, se efectúa una reordenación de los supuestos legales de contratación por tiempo determinado (art. 15 ET) y se introducen específicas previsiones dirigidas, por una parte, a facilitar la conversión de contratos temporales en contratos indefinidos y, por otra, a disuadir del recurso a la contratación temporal como alternativa a la contratación por tiempo indefinido. En relación con el contrato fijo discontinuo la norma, aparte de dotarle de un renovado régimen jurídico, autoriza expresamente su concertación a las empresas contratistas en el marco de las contrata y subcontratas de obras y servicios, así como a las empresas de trabajo temporal (ETI) para cederlos temporalmente a empresas usuarias.

3.1. La reordenación de la contratación temporal estructural

El RD-Ley 32/2021 ha efectuado una nueva reordenación de los supuestos de contratación temporal estructural contemplados en el art. 15 ET¹², reduciendo su número solamente a dos: el *contrato por circunstancias de la producción* y el *contrato de sustitución*. Para reforzar su causalidad la norma establece que en el contrato temporal deberá especificarse, con precisión,

¹² Para un recorrido sobre las reformas sufridas por el precepto desde la Ley 8/1980, *cf.* E. CABERO MORÁN, *La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad*, en *Trabajo y Derecho*, 2022, n. 88, pp. 9-10.

«la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista». Adviértase, además, que la norma condiciona al cumplimiento de dicha triple exigencia formal la concurrencia de «causa justificada de temporalidad», por lo que su omisión permitirá afirmar la inexistencia de contrato temporal¹³.

Refuerza también el principio de causalidad la presunción de indefinición que establece el nuevo art. 15.1 ET («el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido»). Rescata así la norma la dicción literal del art. 14 de la derogada Ley de Relaciones Laborales de 1976, que fue incorporada por el art. 15.1 de la Ley 8/1980 hasta que fue suprimida por la reforma de 1994. Con todo, la inserción de esta presunción en la norma tiene un efecto más cosmético que real pues, como se sabe, la vigencia del principio de causalidad en la contratación temporal ha venido imponiendo una preferencia legal implícita por la contratación por tiempo indefinido.

3.1.1. La derogación del contrato para obra o servicio determinado

El RD-Ley 32/2021 ha suprimido el tradicional contrato para obra o servicio determinado que, no en vano, ha venido constituyendo, junto al contrato eventual por circunstancias de la producción, la modalidad contractual más utilizada en la práctica de las relaciones laborales. Dicha derogación ha supuesto un verdadero hito histórico pues este contrato venía siendo contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde principios del pasado siglo¹⁴.

A todas luces, el legislador ha optado por la expeditiva fórmula del refrán “muerto el perro, se acabó la rabia” y, en efecto, no faltaban razones para emplearla si de lo que se trataba era de ensayar una fórmula distinta (y más contundente) para revertir las altas tasas de temporalidad contractual. A mi juicio, son varias las razones que avalaban esta derogación y que conectan con la finalidad primordial de poner coto a la excesiva temporalidad de nuestro mercado de trabajo.

En primer lugar, el contrato para obra o servicio determinado constituía un tipo contractual con unos contornos causales un tanto difusos pues permitía su concertación para la realización de «una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad

¹³ M.A. BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2022, p. 57.

¹⁴ A. VICENTE-PALACIO, *Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz, ¡Viva el contrato fijo discontinuo!*, AEDTSS, 2022, p. 1.

de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta» (art. 15.1.a ET anterior al RD-Ley 32/2021). Dicha circunstancia venía propiciando una utilización abusiva de este contrato, particularmente por las empresas contratistas en el marco de procesos de subcontratación¹⁵. La inmensa mayoría de la doctrina venía criticando, con firmeza, dicha práctica contractual¹⁶ hasta que la jurisprudencia nacional, después de más de veinte años de espera, terminó, felizmente, por adoptar un claro posicionamiento restrictivo frente a dicha práctica contractual¹⁷.

En segundo lugar, la duración máxima legal de este contrato resultaba, a mi juicio, excesiva pues era de tres años, ampliable por convenio colectivo doce meses más, lo que no se compaginaba bien con su finalidad de atender la

¹⁵ Tendencia largamente tolerada por la jurisprudencia. *Cfr.*, entre otras muchas, STS 15 enero 1997 (rec. 3827/1995), STS 25 junio 1997 (rec. 4396/1996), STS 24 septiembre 1998 (rec. 1285/1998), STS 18 diciembre 1998 (rec. 1767/1998), STS 28 diciembre 1998 (rec. 1766/1998), STS 8 junio 1999 (rec. 3009/1998), STS 20 noviembre 2000 (rec. 3134/1999), STS 26 junio 2001 (rec. 3888/2000), STS 22 octubre 2003 (rec. 107/2003), STS 15 noviembre 2004 (rec. 2620/2003), STS 30 noviembre 2004 (rec. 5553/2003), STS 4 mayo 2006 (rec. 1155/2005), STS 2 abril 2007 (rec. 444/2006), STS 4 octubre 2007 (rec. 1505/2006), STS 20 julio 2017 (rec. 3442/2015), STS 4 octubre 2017 (rec. 176/2016), STS 14 noviembre 2017 (rec. 2954/2015), STS 20 febrero 2018 (rec. 4193/2015) y STS 17 abril 2018 (rec. 11/2016). Aplicando esa misma doctrina en supuestos de concesiones administrativas, *cfr.* STS 6 octubre 2006 (rec. 4243/2005), STS 5 marzo 2007 (rec. 298/2006), STS 6 marzo 2007 (rec. 409/2006), STS 3 abril 2007 (rec. 293/2006), STS 21 noviembre 2007 (rec. 4141/2006) y STS 20 julio 2017 (rec. 3442/2015).

¹⁶ *Vid.* M.A. VICENTE PALACIO, [*Algunas consideraciones sobre el objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de la limpieza de edificios y locales*](#), en *Temas Laborales*, 1997, n. 41, pp. 92-95; F. FITA ORTEGA, *El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata*, en *Actualidad Laboral*, 2005, n. 1, p. 1352 ss.; T. SALA FRANCO, *Aspectos críticos de la temporalidad en la contratación laboral*, cit., p. 259; D. MONTOYA MEDINA, *La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, n. 1; D. SORIANO CORTÉS, *La duración de la contrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2000, p. 481; M.A. BALLESTER PASTOR, *El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural*, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 388 y 396-399; M. AGIS DASILVA, *La interpretación jurisprudencial del objeto del contrato para obra o servicio determinado*, en *Revista de Derecho Social*, 1998, n. 3, p. 141; A.M. OLMO GASCÓN, *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Comares, 2002, p. 168.

¹⁷ STS 29 diciembre 2020 (rec. 240/2018). Un comentario a la misma en D. MONTOYA MEDINA, *La novedosa proscripción jurisprudencial de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la subcontratación de actividades productivas*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, n. 58 (versión electrónica).

realización de tareas de duración acotada en el tiempo.

En tercer lugar, la ley permitía a la negociación colectiva la concreción de los supuestos que autorizaban la concertación de este contrato. Los convenios colectivos venían respondiendo a esta llamada favoreciendo una utilización un tanto desmedida de esta modalidad contractual amparando su utilización para la ejecución de tareas habituales en la organización productiva que exigirían su cobertura con contratos por tiempo indefinido¹⁸.

3.1.2. El nuevo contrato por circunstancias de la producción

Junto a la derogación del contrato para obra o servicio determinado, Por otra parte, el RD-Ley 32/2021 ha reformulado el régimen jurídico del contrato de trabajadores eventuales por circunstancias de la producción que, junto con aquel, ha venido constituyendo la modalidad contractual más utilizada en la praxis de las relaciones laborales.

A resultas de dicha reformulación, el contrato por circunstancias de la producción se puede utilizar ante el «incremento ocasional e imprevisible de la actividad» y en el caso de «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 del contrato fijo discontinuo, regulado en el art. 16 ET. Para ambos casos (incrementos ocasionales y oscilaciones), la norma sujeta la duración máxima del contrato a una duración máxima de seis meses. Dicha duración, no obstante, es ampliable por convenio colectivo sectorial hasta un año, lo que de por sí resulta criticable en un contrato tradicionalmente llamado a tener una duración mucho más reducida en el tiempo¹⁹.

Añade la norma que su enigmática referencia a las «oscilaciones», que parece necesario predicar de la demanda externa de los productos o servicios que

¹⁸ *Cfr.*, a título de ejemplo, y entre otros muchos, el art. 23 del Convenio Colectivo de Supermercados y Autoservicios de Castellón (en *BOP*, 18 abril 2020, n. 47), que autoriza la concertación de un único contrato por obra para la realización de una o varias campañas de ventas hasta un máximo de nueve meses; o el art. 17.3.b del Convenio Colectivo del sector de Industrias Transformadoras de Materias Plásticas de Valencia (en *BOP*, 6 julio 2020, n. 1), que identifica como obra o servicio «nuevos programas de lanzamiento de nuevos productos, perfectamente delimitados».

¹⁹ También critican esta posibilidad A. VICENTE-PALACIO, I. BALLESTER PASTOR, *Principio de causalidad en la contratación (tras la reforma operada por el RD-Ley 32/2021)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, p. 248.

la empresa ofrezca en el mercado²⁰, comprende, entre otras, «aquellas que derivan de las vacaciones anuales». Acoge así la norma, de forma explícita, un clásico criterio jurisprudencial que venía autorizando el recurso al contrato de trabajadores eventuales para suplir trabajadores en vacaciones²¹. Desde mi punto de vista, con dicha solución, la norma fuerza, en cierto sentido, el encaje del supuesto pues las vacaciones, al ser una contingencia previsible y habitual, difícilmente sintoniza con la imprevisibilidad que exige el primer supuesto del art. 15.2 ET. Ello no obstante, la contingencia de las vacaciones sí parece encajar mejor en las «oscilaciones que [...] generan un desajuste temporal entre el empleo disponible y el que se requiere», constitutiva del segundo supuesto. Con todo, el encaje en el mismo no deja de producir cierta distorsión ya que permitirá contratar temporalmente hasta seis meses (o hasta un año, si así lo ha autorizado el convenio colectivo sectorial) a un trabajador que se ha incorporado en la empresa, teóricamente, para suplir a otro en vacaciones y, por tanto, que no va a estar ausente del centro de trabajo por más de treinta días por regla general.

Así las cosas, desde mi punto, de vista pudiera haber sido más plausible que el legislador hubiese encajado el supuesto en el nuevo contrato de sustitución pues, aunque la jurisprudencia ha venido vedando esa posibilidad, ello no obstaba a que la ley la contemplase expresamente²². Por otra, parte, como ha apuntado la doctrina, en los supuestos de empresas con fechas de vacaciones ciertas y predeterminadas, procedería el contrato fijo discontinuo más que el de circunstancias de la producción²³, lo que redundaría en una mayor estabilidad en el empleo de dichos trabajadores.

En segundo lugar, junto a las situaciones ocasionales y previsibles y las oscilaciones, la norma también autoriza a la concertación del contrato para atender «situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada». En este segundo supuesto, la duración del contrato se limita a noventa días en el año natural, no continuados, y con independencia del número de trabajadores precisos cada uno de esos días para atender dichas situaciones. Dicha previsión en cuanto a la duración no resulta tan clara como sería deseable, pero parece abrir la puerta a una suerte de «contrato subjetivamente plural»²⁴ donde los noventa días juegan como periodo marco de referencia dentro del cual pueden celebrarse los contratos de esta modalidad que sean necesarios, pero fuera del mismo ninguno.

²⁰ M.A. BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, cit., p. 64.

²¹ STS 12 julio 1994 (rec. 121/1994).

²² STS 30 octubre 2019 (rec. 1070/2017).

²³ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021*, AEDTSS, 2022, p. 4.

²⁴ *Ibidem*, p. 3.

Desde mi punto de vista, la reformulación del contrato por circunstancias de la producción introducida por el RD-Ley 32/2021, si bien ha sido bienintencionada, no resulta del todo satisfactoria. Y no lo es, fundamentalmente, por sus imperfecciones técnicas que, a todas luces, por una parte, merman la seguridad del operador jurídico y, por otro, mitigan el pretendido efecto de control y contención de la temporalidad en la contratación pretendido por la norma.

Como es sabido, el contrato por circunstancias de la producción constituye una modalidad contractual que ha venido permitiendo acudir a la contratación temporal para atender incrementos cualitativos y/o cuantitativos de la actividad productiva en la empresa. Tras la reforma, ello va a seguir siendo así. Sin embargo, a mi juicio, la norma ha abierto excesivamente el abanico de supuestos en los que cabe la concertación de este contrato convirtiéndolo en un contrato de causalidad retorcida si no endiablada. Ciertamente, la definición de los distintos supuestos que permiten la celebración de este contrato no es un modelo de claridad, dificultando, sobre manera, la labor del operador jurídico en comparación, al menos, con la dicción del precepto con anterioridad a su reforma.

Como se ha dicho, el resultado de esa falta de claridad normativa no es positivo ya que va a jugar en contra de la seguridad jurídica y de la finalidad que inspira la norma y el conjunto del RD-Ley 32/2021, restando su eficacia en lo que concierne a la contención de la temporalidad.

En primer lugar, porque, a mi modo de ver, la simplificación de la contratación temporal pretendida por la norma no ha sido tan notoria. La exposición de motivos del RD-Ley 32/2021 expresa reiteradamente que el nuevo art. 15 ET pretende dar cumplimiento al mandato de «simplificación de la contratación temporal» contenido en el componente 23, *Nuevas políticas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*, del denominado [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#)²⁵, presentado por el Gobierno de la nación a la Comisión Europea. Sin embargo, puesto el punto de mira en el remodelado contrato por circunstancias de la producción, dentro del mismo caben hasta tres supuestos distintos de contratación temporal (incrementos de actividad ocasionales e imprevisibles, incrementos ocasionales y previsibles y oscilaciones). Como resultado, de tener antes de la reforma contemplados en el art. 15 ET cuatro supuestos de contratación temporal estructural, ahora hemos pasado a tener cinco. La simplificación, al menos desde un punto de vista cuantitativo (aunque también cualitativo) no parece tan evidente como se ha pretendido.

²⁵ *Cfr.* la descripción del componente C23.R4, p. 166, donde se contiene el mentado objetivo de simplificación de la tipología contractual.

En segundo lugar, porque la oscura definición de las circunstancias de producción que autorizan la concertación del contrato permite dar cabida a algunos de los supuestos que antes permitían la concertación del derogado contrato para obra o servicio determinado, resucitando este contrato, pero con perfiles causales aún más difusos y abriendo, así, un gran coladero hacia la temporalidad, que es lo que la norma pretende evitar.

Este efecto, si bien se mira, es atribuible, fundamentalmente, a la tercera causa de concertación del contrato por circunstancias de la producción («situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada»). La dicción legal, en cierta forma, recuerda a la que delimitaba la causa del contrato por obra o servicio («obra o servicios determinados, con autonomía y sustantividad propias» de duración limitada en el tiempo), lo que, a mi juicio, entraña el riesgo de que buena parte de los supuestos que antes encontraban cobijo en este último contrato ya derogado, ahora lo encontrarán en el nuevo.

Resulta evidente, en suma, que el supuesto pretende tolerar cierto margen de temporalidad sin demasiado rigor causal, lo que, de por sí, resulta criticable²⁶. Desde este punto de vista, aparte del cambio formal en el *nomen iuris*, la reforma aporta poco en la lucha contra la temporalidad.

Con todo, sí es cierto que la utilización de este tercer supuesto de contratación por circunstancias de la producción va a encontrar estrechamente mitigada por el importante límite a su duración (en realidad cinco límites: no más de noventa días, de forma discontinua, dentro de un mismo año natural, para atender situaciones ocasionales y previsibles de duración reducida y delimitada y con independencia del número de trabajadores necesarios). En línea de principio, con la reforma introducida, los férreos límites impuestos a la duración de esta submodalidad contractual podrían servir de contrapeso al previsible frecuente recurso empresarial a la misma. El problema es que, al tiempo, la norma, debido a su flexibilidad causal, entraña el riesgo de alimentar la concertación asidua, año tras año, de diversos contratos temporales de corta duración con diversos o un mismo trabajador, lo cual resulta criticable por generar un nuevo foco de precariedad contractual constituida por una bolsa (cuantitativamente ilimitada) de trabajadores temporales que cada año serán ocupados durante, al menos, dos periodos por un total de noventa días.

Al tiempo, podría pensarse que, como el contrato puede concertarse para atender situaciones ocasionales pero previsibles y de duración limitada, el

²⁶ M.N. MORENO VIDA, *Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *op. cit.*, p. 76; A. VICENTE-PALACIO, I. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, pp. 248-249.

empresario podría verse tentado a acudir a esta figura para la realización de trabajos fijos discontinuos. Dicho riesgo, de materializarse, podría generar un nada deseable efecto de desigualdad con ocasión de las llamadas para la realización de este tipo de trabajos pues, cada temporada o campaña, junto a los trabajadores fijos, la empresa recurriría a una bolsa más o menos estable de trabajadores temporales para la realización de idénticos trabajos. Dicha práctica, sin embargo, si bien no aparece expresamente prohibida en la norma, a mi juicio, no sería respetuosa con el tenor legal del supuesto. Y es que, si bien se mira, el contrato fijo discontinuo viene legalmente diseñado para la ejecución de trabajos intermitentes con periodos de ejecución ciertos (art. 16 ET), esto es, actividades que no se ejecutan durante todo el año pero que sí se sabe que se van a ejecutar a lo largo de determinados periodos del año. Dicho concepto no comulga bien con el supuesto de contratación por circunstancias de la producción aquí analizado por cuanto éste exige claramente la ocasionalidad de la necesidad de mano de obra, lo que lo separa, claramente, de la idea de intermitencia o reiteración en la ejecución de los trabajos.

En tercer lugar, no hay que pasar por alto que el art. 15.2 ET excluye expresamente la posibilidad de que el contrato de eventuales sea utilizado por empresas contratistas en el marco de contrata o subcontratas o concesiones administrativas que constituyan su actividad habitual. Dicha respuesta legal resulta coherente con lo que ya señaló la jurisprudencia respecto del contrato para obra o servicio determinado y con el propósito de contención de la temporalidad que abandera el RD-Ley 32/2021.

Sin embargo, adviértase que, al tiempo, la norma salva la posibilidad de su concertación cuando concurren las circunstancias de la producción que constituyen la causa del contrato. Habrá que estar atentos a esta excepción porque, dada la oscura definición de las circunstancias de producción que establece el nuevo art. 15.2 ET, entraña el riesgo de constituir una puerta de salida hacia la temporalidad para las empresas contratistas que rehúyan de la contratación estable.

En cuarto lugar, el reforzamiento en la causalidad de este contrato pretendida por el legislador se ve, en cierta forma, atemperada por las previsiones legales sobre su utilización en el sector público. En este sentido, la DA 5ª del RD-Ley 32/2021, autoriza la concertación de este contrato temporal por las entidades del sector público para la ejecución del [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#) remito a la UE.

Autoriza la norma la concertación temporal en estos contextos «por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos», lo que puede propiciar una cierta descausalización de su utilización en el sector público, singularmente cuando, en el marco de dichos proyectos, se supere la

duración máxima de seis meses establecida, con carácter general, por el nuevo art. 15.1 ET para esta modalidad contractual. También permite la norma recurrir a este contrato para la ejecución de programas de carácter temporal financiados con fondos de la UE. Dicha posibilidad también resulta criticable por contribuir a la descausalización del contrato ya que se identifica la existencia de una fuente externa de financiación con las razones de eventualidad que identifican la causa del contrato. Sin duda, la previsión no sintoniza nada bien con la alta temporalidad existente en el sector público ni con la no pequeña paradoja que representa que se pueda acudir a la contratación temporal para la ejecución de un plan gubernamental cuyo componente 11, relativo a la modernización de las Administraciones Públicas, apueste decididamente por la reducción de la temporalidad en el empleo público.

En suma, la delimitación técnica del nuevo contrato por circunstancias de la producción, a mi juicio, no es tan clara como sería deseable y, como es sabido, la oscuridad normativa es terreno abonado a la disparidad de los criterios interpretativos. Puestos a contener y racionalizar la utilización de este contrato, a mi juicio, hubiese sido preferible dejar la regulación del contrato tal y como estaba en la norma. El nuevo precepto pide a gritos un manual de instrucciones y, mientras no sea desarrollada reglamentariamente, propiciará, seguramente, inseguridad jurídica y una gran litigiosidad.

3.1.3. El contrato de sustitución

El segundo supuesto de contratación temporal estructural contemplado en el nuevo art. 15 ET es el denominado *contrato de sustitución*. Pocas novedades esconde esta modalidad contractual con respecto a su antecesor, el contrato de interinidad. Su objeto sigue siendo, como venía ocurriendo hasta ahora, bien sustituir un trabajador ausente con derecho de reserva de puesto de trabajo o completar la jornada reducida de otro trabajador, bien la cobertura de un puesto de trabajo permanente durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. La novedad, con respecto al anterior contrato de interinidad por vacante reside en que el puesto definitivo a cubrir debe ser «mediante contrato fijo». Y con respecto al anterior contrato de interinidad por sustitución, es que ahora se flexibiliza su utilización por cuanto puede recurrirse al mismo hasta un máximo de quince días antes de que se produzca la ausencia del trabajador sustituido con objeto de permitir al trabajador temporal familiarizarse con el puesto a ocupar.

La previsión no deja de ser loable en atención a la finalidad que persigue. Ello no obstante, llama la atención la rigidez del plazo máximo por cuanto en algunos casos (sobre todo para los puestos de trabajo de mayor cualificación) podría antojarse breve en exceso²⁷. Queda la duda de si dicho plazo debe entenderse de derecho necesario absoluto, relativo o dispositivo para la negociación colectiva. Si bien esto último hubiese sido lo deseable, el silencio de la norma al respecto (salvo para declarar el carácter máximo del plazo) permite concluir el carácter de derecho necesario relativo del precepto para el convenio colectivo (también para el contrato de trabajo). Por consiguiente, a mi juicio, dichos instrumentos negociales podrían reducir el plazo más no aumentarlo.

Otra novedad contenida en la norma es permitir la celebración del contrato de sustitución, bien para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, amparada en causas legal o convencionalmente establecidas, bien para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo. Sin embargo, se trata de una novedad más formal que material pues, si bien no venía contemplada en la anterior redacción del precepto, sí venía autorizada por los arts. 4.1 y 5.2.b del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

3.2. La conversión *ipso iure* del contrato temporal en contrato indefinido

El nuevo art. 15 ET contempla hasta tres reglas claramente dirigidas a propiciar la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados temporalmente frente a determinados incumplimientos empresariales. En primer lugar, atribuye la condición de fijos a los trabajadores contratados incumpliendo lo dispuesto por el mismo. En segundo lugar, atribuye idéntica condición a los trabajadores que no hubiesen sido dado de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un periodo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba. Por último, atribuye, igualmente la condición de fijo al trabajador que haya estado vinculado contractualmente durante determinado tiempo por dos o más contratos temporales u ocupe un puesto que haya sido desempeñado por otros

²⁷ O. MOLINA HERMOSILLA, *El contrato para la sustitución de persona trabajadora*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *op. cit.*, p. 100.

trabajadores temporales durante igual tiempo.

Con respecto a la primera regla, el nuevo art. 15.4 ET señala que «las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas». Dicha previsión viene a reemplazar el mandato legal del anterior art. 15.3 ET conforme al cual se presumían «por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

En esencia, los efectos de la nueva dicción legal siguen siendo los mismos, en tanto, la concertación de uno o más contratos temporales sin que concurra causa que lo autorice determinará que el trabajador sea considerado, a todos los efectos, un trabajador contratado por tiempo indefinido. La novedad, sin embargo, puede estar en aquellos supuestos en los que el empresario incumple ciertos requisitos formales concurriendo, no obstante, la causa que autoriza la contratación temporal. Hasta ahora, la jurisprudencia venía concibiendo dichos incumplimientos como supuestos de contratación temporal ilegal (no en fraude de ley) no determinantes de la adquisición de fijeza por el trabajador²⁸. Ahora la norma, en tanto atribuye dicha condición de fijo al trabajador, cualquiera que sea el incumplimiento (material o formal) de las previsiones sobre contratación temporal estructural del art. 15 ET, permite concluir que el efecto de la fijeza se producirá, igualmente, en dichos supuestos.

Cosa distinta, habría que decir en aquellos casos en que el empresario incumpla la obligación de concertar el contrato por escrito cuando se encuentre obligado a ello. Conviene recordar que el RD-Ley 32/2021 no ha reformado el tercer párrafo del art. 8.2 ET, a cuyo tenor, «de no observarse la exigencia de forma escrita, el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios».

Por consiguiente, el incumplimiento, sin más, de la forma escrita no convertirá al trabajador en fijo (tal y como previene el nuevo art. 15.4 ET) sino que solamente podrá beneficiarse de una presunción de indefinición de la duración de su contrato que podrá ser destruida por el empresario. Ello, sin embargo, no deja de constituir pequeña paradoja, por cuanto un incumplimiento formal de carácter parcial como podría ser, por ejemplo, la falta de consignación en el contrato de la relación entre su duración y la causa que lo justifica determinará la conversión, *ipso iure*, del contrato por tiempo indefinido, mientras que la inobservancia total de la forma escrita solamente comportaría una presunción *iuris tantum* de indefinición.

Con respecto a la segunda regla, esto es, la adquisición de la condición de

²⁸ STS 8 abril 2009 (rec. 788/2008).

fijo de aquellos trabajadores temporales que no hubiesen sido dado de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un periodo equivalente al que se hubiese podido concertar como periodo de prueba, la norma representa, sin duda, una mejora de cara a la eventual estabilidad laboral del trabajador. Y es que, como es sabido, antes de la reforma introducida en el art. 15 por el RD-Ley 32/2021, el art. 15.2 ET establecía esa misma regla como una presunción *iuris tantum* que admitía al empresario neutralizar el efecto de la estabilización del trabajador probando la duración temporal de la prestación de servicios. Ahora, en cambio, la norma suprime dicha posibilidad convirtiendo en una presunción *iuris et de iure*, esto es, sin posibilidad de prueba en contrario, lo que antes era una mera presunción *iuris tantum*. Sin duda, dicha regulación constituye, además, una herramienta útil para compeler al empresario al cumplimiento en plazo de sus obligaciones de afiliación y alta en la Seguridad Social con respecto a los trabajadores contratados.

Por lo que concierne a la tercera regla, como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico ha venido contemplando en el art. 15.5 ET una norma en virtud de la cual se atribuye la condición de fijos a aquellos trabajadores que encadenan de forma sucesiva o discontinua dos o más contratos temporales en un determinado periodo de tiempo. Dicha regla fue introducida por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo con objeto de responder al mandato establecido por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, de evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos laborales de duración determinada. Tras alguna modificación introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que no procede comentar en este momento, el art. 15.5 ET ha vuelto a ser modificado con objeto de facilitar la aplicación de la regla de estabilización en el empleo que alberga.

Tradicionalmente, el art. 15.5 ET venía exigiendo para que el trabajador adquiriese la condición de fijo, su vinculación contractual con dos o más contratos temporales (excluyendo, entre otros, los contratos formativos y los de interinidad) durante más de veinticuatro meses en un periodo de treinta. Pues bien, la reforma facilita ostensiblemente la aplicación de dicha regla con dos nuevas previsiones. Por una parte, se reducen seis meses tanto el periodo de referencia como el tiempo mínimo necesario para la conversión del contrato. A resultas de dicha modificación, el trabajador adquirirá la condición de fijo cuando, en un periodo de veinticuatro meses, hubiese estado vinculado contractualmente, con o sin solución de continuidad, con dos o más contratos por circunstancias de la producción,

por un tiempo superior a dieciocho meses²⁹.

Por otra parte, se favorece claramente la aplicación de la regla legal, atribuyéndose también la condición de fijo a aquel trabajador cuyo puesto de trabajo haya estado ocupado durante esos periodos de tiempo por otros trabajadores. Así, por una suerte de regla de solidaridad intergeneracional, cualquier trabajador podrá estabilizar su relación contractual gracias a la precariedad a la que han estado expuestos otros trabajadores que le han precedido en el puesto de trabajo. Se persigue con ello, predicar la limitación del encadenamiento de contratos temporales no solo respecto de los trabajadores individualmente considerados sino también del puesto de trabajo³⁰. De otra forma, al empresario le bastaría con contratar sucesivamente dos o más trabajadores por tiempo inferior a los umbrales legales para sortear la previsión legal.

No deja, sin embargo, clara la norma si para el cómputo de los plazos se puede o no tener en cuenta también el periodo durante el que ha estado contratado el propio trabajador que pretenda beneficiarse de la regla de fijeza. Parece razonable sostener una respuesta afirmativa, dada la finalidad de la norma que es evitar la utilización excesiva de la contratación temporal encadenando contratos temporales con distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo.

3.3. Los nuevos costes administrativos de la temporalidad: incremento de cotizaciones sociales y reforzamiento de la tutela administrativa sancionadora

La reforma de 2021, asimismo, contiene determinadas previsiones que, a la postre, suponen un encarecimiento de los costes administrativos inherentes a la contratación temporal de corta duración y a la contratación temporal efectuada en fraude de ley.

²⁹ Como ha apreciado la doctrina, derogado el contrato para obra o servicio determinado, la regla del art. 15.5 ET representa «una segunda red de seguridad para el contrato temporal por circunstancias de la producción». Cfr. M.A. BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, cit., p. 54.

³⁰ M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español*, en *Temas Laborales*, 2022, n. 161, p. 177.

3.3.1. Incremento de las cotizaciones sociales en los contratos temporales de corta duración

El art. 151 LGSS ya venía contemplando un incremento en el 40% de la cuota empresarial por contingencias comunes para los contratos temporales de muy corta duración (igual o inferior a cinco días), salvo para los contratos con trabajadores por cuenta ajena del sector agrario.

La reforma del RD-Ley 32/2021 ha reforzado el mecanismo del incremento de los costes sociales de la contratación temporal, instaurando una cotización adicional para los contratos temporales de duración inferior a treinta días, que deberá abonarse a la finalización del contrato de trabajo.

Dicha cotización adicional resulta de una nueva fórmula matemática que consiste en aplicar el tipo de cotización empresarial por contingencias comunes (23,6%) a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 (oficiales de primera y de segunda: 35 €) y multiplicarlo por tres. Con todo, la cantidad resultante, correspondiente a esta cotización adicional (24,78 €) no parece suficientemente disuasoria de la contratación temporal inferior a treinta días. Amén de que la norma excluye su aplicación para los contratos por cuenta ajena del sector agrario, empleados de hogar, trabajadores de la minería del carbón y contratos de sustitución.

En este sentido, tal vez hubiese sido más operativo (y más disuasorio de la contratación temporal) incrementar el tipo de cotización por desempleo para los contratos temporales por circunstancias de la producción. Con ello, además, se contribuiría a compensar la carga financiera que para la Seguridad Social viene generando la contratación temporal en concepto de prestaciones por desempleo.

3.3.2. Incremento de las sanciones administrativas por fraude de ley en la contratación temporal

Mayor contundencia reviste, en cambio, la otra novedad normativa aquí anunciada, dirigida claramente a disuadir del recurso a la contratación temporal sin causa y consistente en el incremento de las sanciones administrativas por contratación temporal en fraude de ley.

La reforma introduce, en este ámbito dos medidas claramente dirigidas en este sentido. En primer lugar, se modifica el art. 7.2 LISOS (RDL 5/2000, de 4 de agosto) para establecer que la transgresión de la normativa sobre contratos de duración determinada mediante su utilización en fraude de ley supondrá una infracción por cada una de las personas contratadas, previsión que antes brillaba por su ausencia en la norma sancionadora.

Idéntica previsión introduce la norma en los arts. 18.2.c y 19.2.b LISOS en relación con los contratos de puesta a disposición suscritos por ETT y empresas usuarias. La consecuencia de dicha modificación es evidente. Mientras antes la Inspección de Trabajo solamente podía apreciar una única infracción administrativa con independencia del número de trabajadores contratados irregularmente, ahora será preceptiva la apreciación de una infracción por cada uno de ellos.

En segundo lugar, la norma introduce un incremento de la sanción a cargo del empresario por la comisión de cada infracción grave cometida por incumplimiento de las normas sobre contratación de duración determinada. La cuantía de las correspondientes multas que, hasta ahora, oscilaban entre los 626 € y los 6.250 € (art. 40.1.b LISOS), se incrementan de forma importante pasando a una escala que oscila entre los 1.000 € y los 10.000 € (nuevo art. 40.1.c-bis LISOS).

Desde mi punto de vista, ambas medidas, por su contundencia, van en la buena dirección pues creo que serán decisivas para mitigar el cálculo del coste de oportunidad que pudieran hacer las empresas en este ámbito. Repárese en que, si bien la cultura de la presencialidad sigue bien presente entre nuestro empresariado, somos un país donde el ejercicio de la pedagogía a través de reforzamiento del poder sancionador del Estado suele dar buenos resultados. Así se ha puesto de manifiesto en el pasado en otros ámbitos. Basta pensar, por ejemplo, en la popularmente conocida como Ley Antitabaco³¹ cuyo régimen sancionador fue decisivo para acabar de manera notoria con la tan extendida y asentada costumbre nacional de fumar en bares y restaurantes. Otro tanto se puede decir de la llamada Ley del Carnet por Puntos³² cuyo sistema *bonus malus* fue determinante para la drástica reducción de los excesos de velocidad y consiguiente siniestralidad en nuestras carreteras.

Con todo, el incremento de las sanciones administrativas a imponer por la Administración laboral corre el riesgo de ver mermada su eficacia real si no va acompañado de una adecuada e intensa actuación de la Inspección de Trabajo con objeto de contener debidamente el fraude en la contratación temporal. A tal efecto, resultará imprescindible una mayor dotación de efectivos personales y de medios para este órgano de control, así como el diseño de campañas específicamente dirigidas a la prevención y, en su caso, sanción del fraude en la contratación.

³¹ Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

³² Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

3.4. La reconducción de ciertos supuestos de temporalidad hacia el contrato fijo discontinuo

Como es sabido, el contrato fijo discontinuo constituye una modalidad del contrato por tiempo indefinido de larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico que permite dar cobertura contractual a los trabajos de naturaleza cíclica o intermitente, ya sean de carácter estacional o de temporada o de mera prestación intermitente.

En nuestro ordenamiento jurídico se venían articulando dos fórmulas contractuales para la contratación laboral de trabajos ligados a actividades productivas cíclicas o de campaña de carácter discontinuo o intermitente. Por una parte, el denominado *contrato de trabajadores fijos periódicos*, previsto para la realización de trabajos discontinuos pero que se repiten en fechas ciertas (campañas de la Administración Tributaria para la declaración de la renta, rebajas en los grandes almacenes, comedores escolares, campañas del turrón y del helado, etc.). Por otra, los denominados *trabajos fijos discontinuos* previstos para la realización de trabajos, también discontinuos, pero cuya fecha de iniciación y terminación resultan inciertas por estar ligados a factores de estacionales o climatológicos (tareas de recogida de fruta u otros cultivos, estaciones de esquí, etc.). La primera figura venía constituyendo una modalidad del contrato a tiempo parcial por tiempo indefinido por encajar con el concepto de contrato a tiempo parcial que recoge el art. 12.1 ET. La segunda ha venido siendo una modalidad contractual autónoma, regulada en el propio art. 16 ET.

Como quiera que la distinción entre ambas figuras contractuales no siempre ha resultado del todo nítida y que disfrutaban de un mismo régimen de protección social, la reforma de 2021 ha optado por unificarlas en un mismo tipo contractual, dotándolas de un mismo régimen jurídico³³. Conforme al nuevo art. 16 ET, el contrato por tiempo indefinido fijo discontinuo «se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados».

No se va a entrar ahora en el régimen jurídico de esta remozada fórmula

³³ Alguna posición doctrinal ha calificado la anterior distinción como un «puro academicismo irrelevante» (J. GARCÍA ORTEGA, *El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral*, AEDTSS, 2022, p. 3).

contractual. Sin embargo, por su conexión directa con el principio de estabilidad en el empleo, si merece la pena detener la atención en un par de previsiones relacionadas con su objeto. Se trata, en primer lugar, de la novedosa posibilidad contemplada ahora en el art. 16.1 ET de concertar el contrato fijo discontinuo para desarrollar prestaciones de trabajo en el marco de subcontrataciones o concesiones administrativas que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. En segundo lugar, de la opción de recurrir también a esta figura por las ETI con objeto de ceder los trabajadores, así contratados, a empresas usuarias.

3.4.1. Contratación fija discontinua en el marco de la subcontratación de actividades productivas

Como se ha adelantado, el RD-Ley 32/2021 pretende favorecer la utilización por las empresas contratistas y subcontratistas de obras o servicios del contrato fijo discontinuo en el marco de las contrata o subcontratas que celebren con un empresario principal. En este sentido, el segundo párrafo del art. 16.1 ET señala que «el contrato fijo discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa».

La norma parece pretender “compensar” a este tipo de empresas por la proscripción, primero jurisprudencial y después legal (art. 15.2.5 ET), de recurrir a la contratación temporal vinculada a la duración de la contrata o concesión con la empresa principal. En otras palabras, el RD-Ley 32/2021 articula una fórmula contractual que, sin renunciar, al menos formalmente, a la regla de indefinición de la duración del contrato que debe regir en estos supuestos, permita a las empresas contratistas una adaptación flexible a los periodos que median entre la finalización de una contrata y su renovación. Y es que, en efecto, primero la limitación del recurso a la contratación temporal en el marco de la subcontratación de actividades productivas vino impuesta por la posición jurisprudencial, ya aquí mencionada, que impide a las empresas contratistas vincularse con sus trabajadores por contratos por obra o servicio determinado en el marco de una contrata o de una concesión administrativa. Después, derogado el contrato para obra o servicio determinado por el RD-Ley 32/2021, la restricción impuesta por esta última norma ha consistido en prohibir, asimismo, dicha práctica a través del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción.

La posición restrictiva de la jurisprudencia avocaba claramente a las

empresas contratistas a vincularse con sus trabajadores con contratos por tiempo indefinido ordinarios, recurriendo, en su caso, a la suspensión por extinción de los contratos por causas empresariales (arts. 47 y 51 ET) para hacer frente a una eventual minoración de su volumen de subcontrataciones.

Sin perjuicio, desde luego, de esta posibilidad, ahora la reforma invita a estas empresas a vincularse con sus trabajadores a través del contrato fijo discontinuo con objeto de permitirles una adaptación más flexible a los periodos de inactividad laboral que median entre la finalización de una contrata y el comienzo de una nueva.

En otros términos, la contratación fija discontinua para estas empresas constituye una posibilidad que, en su caso, no excluye la contratación indefinida ordinaria. De hecho, como quiera que el contrato fijo discontinuo requiere discontinuidad, y así lo ha venido exigiendo la jurisprudencia³⁴, en aquellos casos en que la contrata se venga renovando sin solución de continuidad, el tipo contractual a celebrar no debe ser el contrato fijo discontinuo sino el contrato por tiempo indefinido común³⁵.

A mi juicio, en un principio, la apuesta legal por el contrato fijo discontinuo para estos particulares merece una valoración positiva. Supone un reforzamiento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas que, durante muchísimos años, han estado expuestos a una acusada precariedad por cuanto la jurisprudencia autorizaba su contratación por obra o servicio vinculada a la duración de la contrata. La jurisprudencia, hace año y medio, terminó abandonando esa corriente interpretativa y, ahora, el legislador le ha puesto la puntilla derogando el contrato para obra o servicio determinado e invitando a las empresas contratistas a vincularse con sus trabajadores con contratos fijos discontinuos. Desde luego, ello supone un avance con respecto a la llamativa situación de precariedad que durante muchos años ha venido caracterizando el trabajo en los contextos de descentralización productiva. Con todo, desde mi punto de vista, la previsión introducida por el RD-Ley 32/2021 no resulta totalmente satisfactoria. Fundamentalmente por cuanto, desde un punto de vista técnico jurídico, no deja de resultar distorsionante la utilización del contrato fijo discontinuo para una realidad productiva netamente distinta a aquella para la que fue concebida esta modalidad contractual. Desde este punto de vista, la articulación de las relaciones de trabajo de los trabajadores con las empresas contratistas a través de dicha

³⁴ STS 28 octubre 2020 (rec. 4364/2020).

³⁵ M.N. MORENO VIDA, *op. cit.*, p. 69; A. VICENTE-PALACIO, I. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 257.

vinculación contractual resulta, de alguna forma, forzada, artificiosa y, por ende, contra natura. Por otra parte, dicha solución legal no resultará inocua y propiciará, a buen seguro, nuevos problemas aplicativos y «anomalías en el conjunto del sistema»³⁶.

Pero es que, deficiencias técnicas aparte, la solución legal, en cierta forma, representa una vuelta a atrás desde el punto de vista de la estabilidad en el puesto de trabajo de estos trabajadores. Y es que, si nada se hubiese hecho en este ámbito, incluso si no se hubiese derogado el contrato para obra o servicio determinado, la posición mantenida por la jurisprudencia conducía, inexorablemente, a la contratación indefinida ordinaria en estos contextos. Probablemente la estabilidad en el empleo y en la ocupación hubiese quedado todavía más reforzada con la contratación indefinida ordinaria. Haber dejado las cosas como estaban, esto es, apostar, de acuerdo con la última jurisprudencia, por la contratación indefinida ordinaria hubiese favorecido un mayor equilibrio entre el principio de estabilidad en el empleo derivado del derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE) y las medidas empresariales de reorganización productiva amparadas en el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). Y ello por cuanto, comoquiera que la mera terminación de la contrata ya no justificaría la extinción de la relación laboral, las empresas contratistas que viesan reducido el número de encargos se verían compelidas a recurrir las medidas suspensivas (art. 47 ET), modificativas (arts. 39, 40 y 41 ET) o, en su caso, extintivas (arts. 52.c y 51 ET) por causas empresariales para ajustar su plantilla al volumen de demanda real de sus servicios en el mercado.

Por el contrario, la doctrina ya ha tenido la oportunidad de señalar que, con la fórmula del contrato fijo discontinuo, la estabilidad en el empleo se ve, ciertamente, mitigada en términos de seguridad laboral y económica de los trabajadores³⁷. En efecto, si bien se mira, el generalizado recurso a la contratación fija discontinua que autoriza el RD-Ley 32/2021 propicia que los trabajadores de las empresas contratistas se vean abocados a periodos más o menos extensos de inactividad laboral, tras la finalización de una contrata y en espera de su renovación, durante los cuales verán reducidos ostensiblemente sus ingresos (más todavía si no cumplen los requisitos necesarios para obtener una prestación por desempleo) y perjudicadas sus carreras de cotización a la Seguridad Social.

Es cierto que el RD-Ley 32/2021 articula diversas previsiones para minimizar el impacto social negativo sobre los trabajadores de esos aludidos

³⁶ J.M. GOERLICH PESET, *Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejoras de sus garantías*, en *Labos*, 2022, n. extra, p. 64.

³⁷ M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *La contratación laboral en la reforma de 2021: análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 113.

periodos de espera y de inactividad laboral. En primer lugar, reconociendo el derecho de los trabajadores a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no solamente el tiempo de prestación efectiva de servicios (art. 16.6 ET). En segundo lugar, invitando a la negociación colectiva a fijar plazos máximos de inactividad entre contrata y fijando la norma, en defecto de previsión convencional, un plazo máximo de tres meses. En tercer lugar, invitando igualmente a la negociación colectiva sectorial a regular bolsas sectoriales de empleo con objeto de que los trabajadores puedan recibir formación y ofertas de contratación durante los periodos de inactividad.

Sin embargo, con las aludidas llamadas a la negociación colectiva, la norma parece pretender paliar un problema que ella misma ha creado. Tratándose de empresas contratistas que desarrollan su actividad de forma permanente y estable en el mercado, la contratación indefinida ordinaria, a mi juicio, sería la idónea para solventar de manera más eficaz el problema de la estabilidad en el puesto de trabajo de estos trabajadores, sin necesidad de recurrir, artificiosamente, a la contratación fija discontinua.

Y es que, como se ha adelantado, ante la terminación de una contrata y en espera de su eventual renovación, la empresa contratista cuenta, actualmente, con muy diversos mecanismos legales para hacer frente a esa eventualidad. Podría, sin ir más lejos, recurrir a la suspensión de los contratos de trabajo o reducciones de jornada por causas empresariales (art. 47 ET) que, no en vano, la reforma ha pretendido normalizar como instrumento que permita una adaptación eficaz y flexible de las plantillas a las fluctuaciones del mercado. Tampoco cabe descartar, como alternativa, la posibilidad de ocupar los trabajadores en una contrata distinta, acudiendo, si fuese precisa a medidas de desplazamiento temporal previstas en el art. 40 ET. Incluso si los periodos de espera son cortos, nada impediría planificar el disfrute por los trabajadores de todo o parte de su periodo de vacaciones anuales con objeto de que coincidiese con dichos periodos de inactividad laboral. También habría que barajar la posibilidad de pactar en el contrato de trabajo, conforme al art. 45.1.b ET, la suspensión contractual con reserva de puesto con ocasión de la terminación de la contrata y hasta que no se produjese su renovación o la concertación de otra nueva, con otro empresario principal, en la que pudiesen ser ocupados los trabajadores con su contrato suspendido.

En otro orden de cosas, es probable que el funcionamiento en la práctica del contrato fijo discontinuo en los supuestos de subcontratación produzca algunas distorsiones relacionadas con la incertidumbre que pueden producir para los trabajadores los periodos de espera para la recolocación entre subcontrataciones, así como el alcance de las facultades empresariales de

modificación, suspensión o, incluso, extinción de los contratos cuando finaliza una contrata y se celebra otra con condiciones distintas.

El nuevo art. 16 ET dispone que los periodos de inactividad laboral tendrán la consideración de «plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones», ordenando que dichos periodos únicamente podrán producirse por tal motivo. Además, la norma autoriza a la negociación colectiva sectorial para determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas señalando que, «en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma».

Parece razonable la llamada legal a la negociación colectiva para articular un plazo máximo. Lo que no se entiende muy bien es la limitación de esta posibilidad a los convenios de sector, sin mención expresa a los de empresa³⁸. Empero, a mi juicio, que la norma autorice a los convenios sectoriales en modo alguno excluye o impide que los de empresa puedan contener disposiciones en este sentido.

En cuanto al plazo máximo de espera de tres meses instaurado por la norma, parece evidente que dicho plazo legal reviste naturaleza dispositiva para el convenio colectivo pues rige en defecto de éste. Nada dice, sin embargo, el precepto respecto de las posibilidades en este ámbito de la autonomía individual. Ello no obstante, dado que se trata de un plazo máximo para la recolocación del trabajador, dable es concluir que tanto el plazo que pudiera establecer el convenio, como en su defecto, el plazo máximo legal, revisten carácter de mínimos de derecho necesario para el contrato de trabajo, pudiendo éste minorar dichos plazos más no ampliarlos.

Una vez transcurrido el plazo máximo legal, convencional o, en su caso, contractual, la norma dispone que «la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan». Sin duda, el precepto sugiere la posibilidad del empresario de acudir a la suspensión temporal de los contratos por causas empresariales (art. 47 ET) o al despido por las mismas causas (arts. 51 y 52.c ET). Sin embargo, parece difícilmente factible, en la práctica, que la empresa acuda al primer género de medidas dado el coste de Seguridad Social que llevan asociadas, que invita a la vía más expeditiva del despido objetivo o colectivo³⁹.

Lo anterior pone de manifiesto no solamente una de las principales distorsiones derivadas de la reconducción normativa del contrato fijo

³⁸ *Ibidem*, p. 121.

³⁹ J.M. GOERLICH PESET, *op. cit.*, p. 65.

discontinuo hacia los procesos de descentralización productiva. También lo insatisfactorio de la solución legal desde el punto de vista de la necesidad de propiciar certidumbre a los trabajadores en las transiciones entre contrataciones y de reforzar sus expectativas de mantenimiento del empleo. A mi modo de ver, hubiese respondido mejor a dichas exigencias una regulación legal que partiese del contrato indefinido ordinario como contrato tipo, articulándose para la terminación de la contrata garantías (propuesta de recolocación y obligaciones formativas) análogas a las previstas por la DA 3ª de la Ley 32/2006 para los nuevos contratos indefinidos adscritos a obra en el sector de la construcción⁴⁰.

3.4.2. Contratación fija discontinua por ETT

Por lo que se refiere a la contratación fija-discontinua por ETT, como es sabido, el art. 10.1 de la Ley 14/1994, de 1º de junio, de empresas de trabajo temporal, permite que el contrato entre la ETT y el trabajador que vaya a ser cedido a una empresa usuaria se concierte por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición concertado por esta última con aquella.

Con todo, la fórmula de la contratación indefinida de trabajadores para ser cedidos a empresas usuarias no ha sido, ni de lejos, la preferida de las ETT que, normalmente, han venido optando por vincularse con aquellos con contratos de duración determinada con duración coincidente con la del contrato de puesta a disposición suscrito con la empresa usuaria.

Con objeto de estimular la contratación indefinida, la DF 1ª del RD-Ley 32/2021 ha modificado el art. 10.3 de la Ley 14/1994 para autorizar a las ETT la concertación de contratos fijos discontinuos para la cobertura de contratos de puesta a disposición «vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias», en los términos del art. 15 ET. En tal caso, la norma advierte que los periodos de inactividad propios del trabajo fijo discontinuo coincidirán con el plazo de espera entre las distintas puestas a disposición.

En efecto, como se ha dicho, la previsión tiene por objeto estimular la

⁴⁰ La utilización del anterior “contrato fijo de obra” ya había sido restringida por la STJUE 24 junio 2021, asunto C-550/19, *EV c. Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, S.A.*, al tratarse de un contrato que permitía la renovación contractual indefinidamente en obras sucesivas lo que representa una utilización abusiva. Sobre esta cuestión, y el nuevo “contrato indefinido adscrito a obra”, *cf.* S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *op. cit.*, p. 143 ss.

contratación indefinida de trabajadores para ser cedidos por ETT. Téngase en cuenta que, aunque el art. 10.1 de la Ley 14/1994 ha venido contemplando la posibilidad de que las ETT se vinculen con los trabajadores para ser cedidos a través de un contrato por tiempo indefinido ordinario, dicha opción, en la práctica, apenas ha tenido uso por resultar muy poco operativa para dichas empresas. De hecho, puede decirse que dicha posibilidad venía constituyendo un auténtico brindis al sol por los problemas asociados a su puesta en práctica. Fundamentalmente, los relativos a los costes salariales y de Seguridad Social que tendría que asumir la ETT por los trabajadores contratados de esta forma, aun durante los tiempos de inactividad, a no ser que recurriese a fórmulas de suspensión contractual por mutuo acuerdo o por causas empresariales, cada vez que finalizase la puesta a disposición.

Lo cierto es que el RD-Ley 32/2021 ha venido a resolver inteligentemente dicho problema. Y lo ha hecho articulando una fórmula contractual (el contrato fijo discontinuo) que, si bien supone cierta desnaturalización de esta figura ya que se autoriza su utilización para un supuesto netamente distinto al de su función originaria, permite dar cumplimiento a la previsión del art. 10 de la Ley 14/1994, propiciando el recurso por las ETT a la contratación estable pero sin los problemas aludidos que representaría la contratación indefinida ordinaria.

A resultas de dicha modificación legislativa, por una parte, las empresas dedicadas a actividades discontinuas podrán recurrir a las ETT para proveerse de mano de obra como alternativa a la contratación laboral directa, pero solamente en los supuestos de contratación temporal autorizados por el art. 15 ET⁴¹. Por otra, las ETT podrán ceder los trabajadores que hayan contratado como fijos discontinuos a empresas usuarias de ciclo continuo o no intermitente con el único requisito de acreditar una necesidad temporal de mano de obra en los términos del art. 15 ET. Como se ha adelantado, esto último supone una desnaturalización técnica del contrato fijo discontinuo que podrá utilizarse para cubrir necesidades temporales de las empresas usuarias en el marco de actividades que, realmente, no revisten carácter fijo discontinuo.

Conviene apuntar que, con esta solución legal, la reforma ha hecho oídos sordos a la posición adoptada por la jurisprudencia unificadora que se había manifestado en contra de esta posibilidad⁴². Razonó esta posición

⁴¹ La doctrina ya ha advertido que la nueva regulación no permite a las empresas usuarias recurrir a una ETT para cubrir puestos de trabajo no temporales, ni siquiera de tipo fijo discontinuo. *Cfr.* M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *op. cit.*, p. 126.

⁴² STS 30 julio 2020 (rec. 3898/2017), si bien la misma cuenta con un interesante voto particular, suscrito por tres magistrados, en torno a esta concreta cuestión. Dicho voto se

interpretativa que el hecho de que el art. 10 de la Ley 14/1994 autorice a las ETT a vincularse por tiempo indefinido con sus trabajadores para celebrar sucesivos contratos de puesta a disposición con las empresas usuarias, no significa que la norma autorice, al tiempo, la contratación de trabajadores fijos discontinuos.

Dos argumentos avalaban para el Tribunal Supremo dicha conclusión. En primer lugar, que como quiera que el contrato fijo discontinuo suscrito por la ETT se ha de vincular al contrato de puesta a disposición, se estaría pretendiendo cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria a través de dicha modalidad de contrato indefinido, lo que no se compagina bien con la naturaleza temporal del contrato de puesta a disposición.

En segundo lugar, se razonó que el contrato fijo discontinuo permite cubrir necesidades de trabajo de carácter intermitente o cíclico, producidas en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad⁴³. Ello difiere de la prestación de trabajo llevada a cabo por un trabajador, contratado por una ETT, para prestar servicios con carácter temporal para una empresa usuaria por cuanto dichos trabajos carecen de la aludida homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria.

Con todo, como se ha adelantado, la reforma introducida por el RD-Ley 32/2021 en los arts. 16 ET y 10.3 de la Ley 14/1994, se ha revuelto por completo contra dicha posición interpretativa autorizando la concertación fija discontinua en estos particulares contextos. Salvando la disfunción técnica que ello supone, la solución ofrecida por la reforma merece una valoración positiva. Fundamentalmente, por brindar una solución viable a la, hasta ahora, nada operativa previsión legal de contratación por las ETT por tiempo indefinido de trabajadores en misión. También, evidentemente, por ser una solución coherente con la finalidad de fomento del empleo estable, perseguida por la norma, y hasta ahora prácticamente desconocido en este concreto ámbito.

4. Conclusiones

Pocas son las reformas estructurales de nuestro mercado de trabajo

sustentó, entre otros fundamentos, en el brocardo latino *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere habemus*, ya que el tenor literal del art. 10 de la Ley 14/1994 autoriza, sin más, a las ETT a concertar el contrato por tiempo indefinido, sin vedar, por tanto, la modalidad fija discontinua.

⁴³ STS 22 febrero 2011 (rec. 2498/2010), STS 26 octubre 2016 (rec. 3826/2015), STS 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005) y STS 22 diciembre 2006 (rec. 4537/2005).

emprendidas durante las últimas tres décadas que no hayan enarbolado la bandera de la lucha contra la excesiva temporalidad intrínseca a nuestras relaciones laborales.

La última, introducida por el RD-Ley 32/2021 no es una excepción. Con todo, en términos globales, cuantitativos y cualitativos, la eficacia de las medidas que arbitra suscita más expectativas que las contenidas en reformas precedentes. Cuantitativamente, esta nueva reforma no se ha limitado a modificar elementos puntuales de la regulación vigente, sino que alcanza a muy diversos aspectos que inciden en nuestro modelo de contratación y que, de alguna forma, han venido, hasta ahora, propiciando la precariedad. Cualitativamente, lo reformado es relevante tanto por su novedad como por su alcance. Probablemente, pueda calificarse a esta reforma de más ambiciosa que sus antecesoras al articular medidas de mayor intensidad en la lucha contra la precariedad con objeto de propiciar un verdadero “cambio de paradigma” en la contratación laboral tal y como expresa la exposición de motivos de la citada disposición legal.

Por poner solo un ejemplo de este tipo de cambios, a mi juicio, será decisiva para la reducción de la temporalidad la nueva vuelta de tuerca que el legislador ha introducido en la lucha contra el fraude a través del reforzamiento de la tutela administrativa sancionadora. Y será decisiva porque, a mi juicio, una de las principales causas de la precariedad en la contratación sigue siendo la denominada cultura empresarial de la temporalidad basada en un cálculo empresarial de costes de oportunidad.

En cualquier caso, todavía es pronto para valorar si esta reforma termina dando los frutos deseados. Pese a la valoración globalmente positiva que la reforma merece, también hay razones para introducir ciertas dosis de escepticismo acerca de la consecución del mencionado cambio de paradigma en la contratación.

Así, por ejemplo, la oscura definición legal de la causalidad del renovado contrato por circunstancias de la producción propicia el riesgo de abrir excesivamente el abanico de la temporalidad dando acogida a supuestos antes cubiertos por el derogado contrato para obra o servicio determinado. Por su parte, la apuesta, decidida, por el contrato fijo discontinuo para articular las relaciones de trabajo en el marco de los procesos de subcontratación no resulta del todo satisfactoria. Fundamentalmente por forzar la utilización, como alternativa a la contratación indefinida ordinaria, de una modalidad contractual concebida originaria y conceptualmente para supuestos absolutamente distintos.

Asimismo, pueden albergarse ciertas dudas acerca de si las medidas contenidas en materia de lucha contra el fraude en la contratación temporal serán o no suficientes para corregir la aludida cultura empresarial de la

temporalidad. El reforzamiento de la tutela administrativa sancionadora ya se ha dicho que es positivo, pero corre el riesgo de devenir ineficaz sino va acompañado tanto de un plan específico de actuación de la Inspección de Trabajo como de una mayor dotación de medios y de efectivos personales a este órgano administrativo de control.

Desde este punto de vista (la lucha contra el fraude en la contratación) no sería de extrañar que en el futuro se haga necesario explorar la incorporación de nuevas medidas más contundentes, claramente disuasorias de la contratación irregular. En esta línea se situarían medidas como las sugeridas en este estudio, que pasan por desvincular la indemnización por despido improcedente del tiempo de prestación de servicios, instaurar *ex lege* la posibilidad de condenar en sentencia una indemnización adicional cuando se haya apreciado el falseamiento de la causa del contrato y/o la de reconocer el derecho de opción entre la readmisión o el pago de indemnización al propio trabajador que ha sido objeto de contratación temporal fraudulenta.

5. Bibliografía

AGIS DASILVA M. (1998), *La interpretación jurisprudencial del objeto del contrato para obra o servicio determinado*, en *Revista de Derecho Social*, n. 3, pp. 129-144

BALLESTER PASTOR M.A. (2022), *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social

BALLESTER PASTOR M.A. (2000), *El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural*, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch

CABERO MORÁN E. (2022), *La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad*, en *Trabajo y Derecho*, n. 88, pp. pp. 8-25

CALVO GALLEGO F.J. (2012), *Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010 a 2012 (II): la Ley 3/2012*, en *Documentación Laboral*, n. 95-96, pp. 127-165

FITA ORTEGA F. (2005), *El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata*, en *Actualidad Laboral*, n. 1, pp. 1352-1373

GARCÍA ORTEGA J. (2022), *El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral*, AEDTSS

GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*

- GOERLICH PESET J.M. (2022), [Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejoras de sus garantías](#), en *Labos*, n. extra., pp. 58-72
- LÓPEZ BALAGUER M., RAMOS MORAGUES F. (2022), *La contratación laboral en la reforma de 2021: análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch
- MENA ROA M. (2021), [España se sitúa a la cabeza de la UE en temporalidad del empleo](#), en [es.statista.com](#), 29 abril
- MOLINA HERMOSILLA O. (2022), *El contrato para la sustitución de persona trabajadora*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum
- MONTOYA MEDINA D. (2021), *La novedosa proscripción jurisprudencial de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la subcontratación de actividades productivas*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 58 (versión electrónica)
- MONTOYA MEDINA D. (2012), *La contratación por tiempo determinado y la prevención de su abuso en el Reino Unido*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 10, pp. 61-84
- MONTOYA MEDINA D. (2006), *La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 1, pp. 253-269
- MORENO VIDA M.N. (2022), *Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum
- NOGUEIRA GUASTAVINO M. (2022), [El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021](#), AEDTSS
- OECD (2022), [Temporary employment](#), en [data.oecd.org](#)
- OLMO GASCÓN A.M. (2002), *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Comares
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2022), *El nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum
- RODRÍGUEZ RAMOS M.J. (2022), [La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español](#), en *Temas Laborales*, n. 161, pp. 155-182
- SALA FRANCO T. (2021), [La temporalidad en el empleo público](#), en [Revista Crítica de Relaciones de Trabajo](#), n. 1, pp. 49-62
- SALA FRANCO T. (2005), *Aspectos críticos de la temporalidad en la contratación laboral*, en [Gaceta Sindical](#), n. 5, pp. 251-266

SORIANO CORTÉS D. (2000), *La duración de la contrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e Inmigración

STANDING G. (2011), *The Precariat. The New Dangerous Class*, Bloomsbury

VICENTE-PALACIO A. (2022), [Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo discontinuo!](#), AEDTSS

VICENTE PALACIO M.A. (1997), [Algunas consideraciones sobre el objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de la limpieza de edificios y locales](#), en *Temas Laborales*, n. 41, pp. 83-102

VICENTE-PALACIO A., BALLESTER PASTOR I. (2022), *Principio de causalidad en la contratación (tras la reforma operada por el RD-Ley 32/2021)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum

El contrato indefinido no fijo: ¿una medida eficaz para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público?

Faustino CAVAS MARTÍNEZ*

RESUMEN: El contrato indefinido no fijo es una figura creada por la jurisprudencia en la última década del pasado siglo, posteriormente acogida de forma incompleta, imprecisa y ambigua en la legislación estatal, con la que se pretende cohonestar el derecho a la estabilidad en el empleo que la regulación laboral reconoce a las personas contratadas temporalmente en fraude de ley con el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir el acceso a un empleo en el sector público. El presente estudio tiene por objeto exponer y analizar, desde un planteamiento crítico y propositivo, algunas cuestiones problemáticas de actualidad que inciden en la configuración jurídica del personal laboral indefinido no fijo, al calor de la jurisprudencia más reciente y de las reformas legislativas operadas en nuestro sistema de relaciones laborales por el RD-Ley 32/2021 y previamente por la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En particular se reflexionará sobre si la categoría del indefinido no fijo constituye una medida eficaz para dar cumplimiento a los objetivos plasmados en la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, aprobado por la Directiva 1999/70/CE.

Palabras clave: Temporalidad, empleo público, indefinido no fijo, estabilidad en el empleo.

SUMARIO: 1. Introducción: surgimiento y justificación de la categoría del personal indefinido no fijo en el sector público. 2. La extensión de la figura del indefinido no fijo al sector empresarial público. 3. El interminable debate sobre la naturaleza jurídica del indefinido no fijo: ¿fijo, temporal o *tertium genus*? 4. La conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por duración injustificadamente larga: el alineamiento de la doctrina judicial interna con la jurisprudencia europeo-unitaria. 5. Adquisición de la condición de personal laboral fijo por superación de un proceso selectivo, sin obtener plaza, con posterior contratación temporal en fraude de ley. 6. Consecuencias de la indebida adscripción del personal laboral indefinido no fijo a plaza funcionarial. 7. Derechos profesionales del personal laboral indefinido no fijo: ¿equiparación plena con los trabajadores fijos? 8. Reasunción de servicios públicos externalizados y mantenimiento de la fijeza laboral de origen. 9. Impacto de las últimas reformas legales en la pervivencia de la figura del indefinido no fijo. 9.1. Alcance y efectos

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia (España).

de la derogación parcial de la DA 15ª ET. 9.2. Compensación económica por incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en el empleo público temporal y por cese derivado de la no superación de un proceso selectivo de estabilización: ¿canto del cisne del personal indefinido no fijo? 10. Valoración final. 11. Bibliografía.

The Indefinite Non-Permanent Contract: an Effective Measure to Combat the Abuse of Temporary Employment in the Public Sector?

ABSTRACT: The indefinite non-permanent contract is a figure created by the Spanish jurisprudence in the last decade of the last century, subsequently accepted in an incomplete and ambiguous way in state legislation, with which it is intended to honour the right to job stability that labour regulation recognizes people temporarily hired in fraud of law with respect for the constitutional principles of equality, merit and ability that should preside the obtaining of a job in the public sector. The purpose of this paper is to expose and analyse, from a critical and proactive approach, some current problematic issues that affect the legal configuration of indefinite non-permanent workers, in the frame of the most recent jurisprudence and legislative reforms operated in our labour relations system by Royal Decree-Law No. 32/2021 and previously by Act No. 20/2021, on urgent measures to reduce temporary employment in public administrations. In particular, it will be discussed if the category of indefinite non-permanent contract is an effective measure to achieve the objectives set in 5th clause of the ETUC, UNICE, CEEP Framework Agreement on Fixed-term Work, approved by the Directive 1999/70/EC.

Key Words: Temporary work, public employment, indefinite non-permanent worker, job stability.

1. Introducción: surgimiento y justificación de la categoría del personal indefinido no fijo en el sector público

Como es sobradamente conocido, el contrato “indefinido no fijo” es una figura creada por la jurisprudencia en la última década del pasado siglo¹, posteriormente acogida de forma tan imprecisa como polémica en el Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP, arts. 8 y 11), en la DA 34ª LPGE 2017 y en el Estatuto de los Trabajadores (DA 15ª, antes de su derogación parcial por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre), con la que se persigue armonizar el derecho a la estabilidad en el empleo que la regulación laboral atribuye a las personas contratadas irregularmente con el inexcusable respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que debe presidir el acceso a un empleo en el sector público, a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado en fraude de ley, y al margen de aquellos principios, por un entidad del sector público, adquiera directamente la condición de personal fijo en el puesto que venía desempeñando. Aunque la Constitución española únicamente refiere la necesaria observancia de los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública en su art. 103.3, la normativa sobre empleo público ha previsto que se apliquen también en los procesos selectivos para la cobertura de plazas de personal laboral (arts. 11.3 y 55.2 EBEP).

La figura del trabajador “indefinido no fijo” constituye así una verdadera *contradictio in terminis*, de modo que para el personal laboral temporal contratado irregularmente y/o en fraude de ley en la Administración Pública no rige la consecuencia de atribución de fijeza en el puesto de trabajo que se viniera desempeñando, sino únicamente su consideración como contratado por tiempo indefinido, con derecho a ocupar la plaza hasta que la misma se cubra por el procedimiento implementado al efecto o hasta que se decida su amortización. De este modo, la habitual identificación entre duración indefinida y fijeza que se aplica en el sector privado no opera en el ámbito del empleo público, donde se puede ser personal indefinido pero no fijo, como se comprueba en los arts. 8 y 11 EBEP, donde se clasifica al personal laboral en fijo, por tiempo indefinido y temporal. La incidencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el régimen de acceso a un empleo en el sector público justifican esta solución especial respecto de la general aplicable en estos casos cuando las mismas irregularidades se cometen en empresas del sector privado, sin que el TC haya advertido tacha de inconstitucionalidad alguna

¹ STS 7 octubre 1996 (rec. 3307/1995), STS 20 enero 1998 (rec. 317/1997) y STS 21 enero 1998 (rec. 315/1997).

en esta creación jurisprudencial².

La principal circunstancia que provoca el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo es la suscripción fraudulenta de contratos de duración determinada, de forma originaria o sobrevinida por concatenación abusiva de aquellos. El TJUE ha declarado en numerosas ocasiones que el Estado español incumple sistemáticamente la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, al no contemplar, como exige la cláusula 5 del Acuerdo, medidas adecuadas y eficaces para prevenir y sancionar el abuso en la utilización sucesiva de contratos y nombramientos de duración determinada. Pero también ha dicho el TJUE que esta cláusula no tiene efecto directo; que las medidas enunciadas en ella (exigencia de razones objetivas para la renovación de contratos temporales, duración máxima total de los sucesivos contratos, límites al número de renovaciones) pueden ser sustituidas por otras medidas “equivalentes” para alcanzar el efecto disuasorio previsto en la cláusula 5; que la determinación sobre la existencia de un eventual abuso corresponde a los jueces nacionales, y que la aplicación de soluciones efectivas y disuasorias depende de los Estados, instando a las autoridades nacionales a adoptar medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar un eventual abuso en el recurso a la contratación temporal.

El presente estudio tiene por objeto exponer y analizar, desde un planteamiento crítico y propositivo, algunas cuestiones problemáticas de actualidad que inciden en la configuración jurídica del personal laboral indefinido no fijo, al calor de la jurisprudencia más reciente y de las reformas legislativas operadas en nuestro sistema de relaciones laborales por el RD-Ley 32/2021 y previamente por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En particular se debatirá sobre si la categoría del indefinido no fijo constituye una medida eficaz para dar cumplimiento a los objetivos plasmados en la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, aprobado por la Directiva 1999/70/CE.

2. La extensión de la figura del indefinido no fijo al sector empresarial público

Reviste la mayor importancia determinar el ámbito de aplicación de los

² ATC 124/2009, de 28 de abril.

principios constitucionales y legales de acceso al empleo público, pues la figura del contrato indefinido no fijo surgió precisamente como solución de compromiso a la imposibilidad de aplicar en las administraciones y demás organizaciones públicas las reglas laborales comunes sobre adquisición de fijeza por infracción de la normativa sobre contratación temporal, dada la ineludibilidad de observar aquellos principios en el correspondiente proceso selectivo para acceder a un empleo público³. De este modo, el terreno en el que juegan y despliegan su eficacia los principios de acceso al empleo público y el contrato indefinido no fijo vendría a ser el mismo, pues esta modalidad contractual no tiene sentido ni está justificada su implantación allí donde los indicados principios no imperan.

Las sociedades mercantiles públicas, pese a estar integradas normativamente en el sector público, se rigen por las previsiones del derecho privado en aras a dotarlas de una mayor flexibilidad. Esta relajación de los controles imperantes en el ámbito de las administraciones públicas ha sido campo abonado para la proliferación de abusos e irregularidades en la contratación de personal laboral por las empresas públicas. En este contexto, la discusión acerca de si la celebración de contratos laborales en fraude de ley por una sociedad mercantil encuadrada en el sector público comporta el deber de reconocer a los sujetos afectados la condición de fijos de plantilla o si, por el contrario, solo cabe declararlos indefinidos no fijos, fue abordada y resuelta por el Tribunal Supremo, de forma contradictoria, hasta las SSTS del Pleno de la Sala 4ª 18 junio 2020 (rec. 2811/2018, rec. 1911/2018 y rec. 2005/2018). Inicialmente, la doctrina jurisprudencial atribuyó la condición de trabajador indefinido no fijo al personal de Correos y Telégrafos SAE⁴, así como al de Televisión Española SA y Radio Nacional de España SA⁵, o en Eusko Irratia SA⁶. Sin embargo, en otros pronunciamientos la misma Sala sostuvo que las sociedades mercantiles de titularidad pública (caso de TRAGSA), en tanto que entes instrumentales privados, no están obligadas a aplicar – por deseable que resulte – los principios constitucionales de acceso a la función pública, y que el personal laboral de estas sociedades anónimas no estaba sometido a los dictados del

³ Me he ocupado ampliamente de esta figura jurídica en *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, 2018. Asimismo, pueden consultarse los análisis sistemáticos de R. ROQUETA BUJ, *Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 442, e I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, 2021.

⁴ STS 22 febrero 2007 (rec. 3353/2005).

⁵ STS 24 julio 2008 (rec. 3964/2007) y STS 19 enero 2009 (rec. 1066/2007).

⁶ STS 23 noviembre 2016 (rec. 91/2016).

EBEP al no ser empleados públicos⁷.

Dada la trascendencia del asunto, y ante la existencia de precedentes jurisprudenciales contradictorios, el Pleno de la Sala 4ª ha unificado su propia doctrina en el tema de si procede apreciar la categoría de personal indefinido no fijo ante irregularidades en la contratación laboral cometidas por sociedades mercantiles de titularidad pública y por entidades públicas empresariales. En las referidas sentencias 18 junio 2020, cuya doctrina han replicado otras muchas de fecha posterior, el TS propugna que la construcción sobre el indefinido no fijo no limita sus efectos a las entidades y organismos que tienen jurídicamente atribuida la condición de administración pública, sino que abarca a todo el sector público, incluidas las entidades públicas empresariales (Correos, TRAGSA, AENA, Canal de Isabel II, radios y televisiones autonómicas...)⁸, toda vez que los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público deben aplicarse también en las referidas sociedades y entidades, de conformidad con lo previsto en la DA 1ª, en relación con el art. 55.1 EBEP⁹. En definitiva, es voluntad del legislador que los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo actúen tanto en el “sector público administrativo” como en el “sector público empresarial”, con el buen fin de evitar que la contratación temporal irregular pueda convertirse en un torticero instrumento de acceso a la condición de personal laboral fijo en empresas del sector público (desde donde se podría transitar después,

⁷ En este sentido, la STS 6 julio 2016 (rec. 618/2016), pronunciándose sobre la ilegalidad del sistema de cobertura de vacantes acordado en el VI Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA. La sentencia afronta la resolución del litigio desde la formulación de los siguientes presupuestos: a) la empresa TRAGSA no es subsumible en un concepto amplio de “Administración” a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos; b) TRAGSA no es una entidad pública empresarial, sino una sociedad mercantil estatal; c) la “contratación” que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios; d) las normas del EBEP son inaplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública; e) salvo en temas patrimoniales y relacionados con ellos, a esta mercantil se le aplican las mismas normas que a cualquier otra; f) doctrina constitucional y de la propia Sala Cuarta conducen a la misma conclusión: no cabe extender a TRAGSA las normas sobre los empleados públicos.

⁸ Entre otras muchas, STS 2 julio 2020 (rec. 1906/2018); STS 1º junio 2021 (rec. 3972/2018); STS 30 junio 2021 (rec. 2252/2019); STS 2 julio 2021 (rec. 1325/2020); STS 5 julio 2021 (rec. 1512/2020); STS 16 noviembre 2021 (rec. 2308/2020); STS 10 mayo 2022 (rec. 2683/2019).

⁹ La DA 1ª TRBEP establece en este sentido que «Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». La dificultad estriba en determinar a qué entidades se está refiriendo el legislador en esta disposición.

reteniendo la condición de empleado fijo, al sector público administrativo), defraudando con ello el derecho del conjunto de la ciudadanía a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades. Se adopta de este modo un criterio expansivo, que extiende la implantación de la categoría de indefinido no fijo al conjunto del sector público, integrado por una notable variedad de administraciones, sociedades, entidades, fundaciones, consorcios y otros organismos.

Como novedad normativa, la Ley 20/2021 prevé en su DA 7ª la aplicación de los procesos de estabilización de empleo temporal que dicha ley contempla a las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones y consorcios del sector público, sin perjuicio de la adecuación, en su caso, a su normativa específica, debiendo estar a lo dispuesto en el art. 2, así como en la DA 6ª de la referida norma legal. Es previsible que concurran a estos procesos de consolidación de empleo temporal un buen número de personas trabajadoras cuya vinculación ininterrumpida con empresas y sociedades públicas supera los tres años, tengan o no reconocida judicialmente la condición de personal indefinido no fijo.

3. El interminable debate sobre la naturaleza jurídica del indefinido no fijo: ¿fijo, temporal o *tertium genus*?

La respuesta a la cuestión enunciada en el título de este ensayo, respecto a si el constructo del indefinido no fijo constituye una medida realmente eficaz para prevenir y sancionar el abuso en la utilización de la contratación temporal en el sector público, pasa en buena medida por concretar la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual, que, a falta de definición legal, tradicionalmente ha basculado entre dos polos, la “fijeza” y la “temporalidad”. Y ello es así porque, de estimarse que el contrato indefinido no fijo es temporal, difícilmente podrá defenderse su idoneidad a los efectos previstos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, pues ciertamente no parece que el mejor remedio para combatir la temporalidad sea añadir más temporalidad a la relación.

La postura del TS, desde que alumbró la categoría del indefinido no fijo en la STS 7 octubre 1996 (rec. 3307/1995), no ha sido concluyente acerca de las consecuencias prácticas de la caracterización del contrato como indefinido no fijo. Así, en sendas sentencias 20 enero 1998 (rec. 317/1997) y 21 enero 1998 (rec. 315/1997), el Alto Tribunal sostuvo que «desde una perspectiva temporal [...] el vínculo no está sometido, directa o indirectamente, a un término», si bien «esto no supone que el trabajador

convalide una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas». No se trata, por tanto, de una relación permanente. De esta forma, la Administración afectada «no puede consolidar la fijeza con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo, y producida esa provisión en la forma reglamentaria procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato». Con esta argumentación se venía a reconocer la existencia de una *condición resolutoria* implícita en el contrato indefinido no fijo (la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario), cuyo cumplimiento determinaba la extinción del vínculo, lo que equivalía a configurar este personal como “interino de hecho”. Años más tarde, la Sala 4ª revisará su construcción para sostener que tanto el contrato de interinidad por vacante como el indefinido no fijo en las Administraciones públicas son contratos sometidos, no a condición resolutoria, sino a un *término indeterminado*¹⁰, pero sin que, en el caso del indefinido no fijo, la indefinición temporal equivalga a temporalidad pura. Durante una larga etapa, la doctrina vino asimilando el régimen jurídico de estos contratos al de las interinidades por vacante. Sin embargo, ambas modalidades se diferencian porque en el contrato de interinidad por vacante hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va a desarrollarse, mientras que, cuando se declara como indefinida no fija a una persona, no es necesario que ocupe una concreta plaza. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, siendo necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida.

Con posterioridad, la Sala 4ª vino a reforzar la identidad del contrato indefinido no fijo, señalando que es diferente del contrato fijo pero también del temporal, a efectos de justificar el reconocimiento de una indemnización superior a la establecida en el art. 49.1.ª ET cuando el indefinido no fijo causa baja por no superación del proceso selectivo. De este modo, en su sentencia 28 marzo 2017 (rec. 1664/2015), el Pleno de la Sala 4ª del TS se ha mostrado categórico al sostener el carácter “*no temporal*” de estos contratos, lo que plantea el problema de determinar qué indemnización debe satisfacerse al trabajador en caso de rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, al no serle de aplicación el régimen indemnizatorio previsto para los contratos de duración determinada en el art. 49.1.ª ET. El TS concluye que debe recurrirse a la

¹⁰ STS, Pleno, 24 junio 2014 (rec. 217/2013).

analogía y atribuye en este supuesto (con una mínima fundamentación) la indemnización de 20 días de salario por año de servicios, con el tope de una anualidad, que establece el art. 53.1.b ET.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial interna no terminaba de encajar con la doctrina del TJUE, que en el asunto *Vernaza Ayovi*¹¹, en relación a si lo dispuesto en el art. 96.2 EBEP sobre readmisión obligatoria en caso de despido improcedente resultaba de aplicación al personal indefinido no fijo o solo al fijo, y antes en el caso *León Medialdea*¹², sostendrá que los indefinidos no fijos son contratos de duración determinada.

Pero no terminan aquí los vaivenes de la doctrina jurisprudencial en la calificación del vínculo indefinido no fijo, porque, si bien en el año 2017 la Sala 4ª se mostraba rotunda al negar que estemos ante un contrato de duración determinada, un año más tarde aceptará su asimilación con un contrato temporal a efectos de extender al indefinido no fijo derechos reconocidos al personal laboral fijo, invocando la prohibición de trato discriminatorio contenida en la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Así se advierte en la STS 2 abril 2018 (rec. 27/2017), que a propósito de un conflicto colectivo sobre reconocimiento a los indefinidos no fijos del derecho a la promoción profesional regulado por convenio colectivo, les reconoce este derecho, afirmando que «la ausencia de una regulación expresa sobre los derechos de este colectivo aconseja, mientras subsista, su equiparación en derechos y condiciones con el personal fijo», que «Eso es lo que exige el artículo 15 ET respecto del personal temporal y es obligado aplicarlo también en nuestro caso, pues la categoría conceptual de referencia surge para mejorar la posición respecto de los empleados temporales», y que «Eso es también lo que exige el Derecho de la UE».

Por otro lado, jurisprudencialmente se ha precisado que, cuando la actividad realizada en el ámbito del sector público es fija periódica, las irregularidades en la contratación laboral temporal no determinan la conversión del contrato en fijo discontinuo, sino en “indefinido no fijo discontinuo”, siendo irrelevante que con carácter previo a cada contratación temporal se haya superado un proceso selectivo, pues no se trata de pruebas específicas para acceder a una plaza fija¹³. Ahora bien, lo anterior no impide que sea válido el contrato de interinidad concertado para cubrir vacantes de puestos de trabajo fijo discontinuo, una vez que la Administración pública competente haya adoptado el preceptivo acuerdo de creación de tales plazas

¹¹ STJUE 25 julio 2018, asunto C-96/17, *Gardenia Vernaza Ayovi c. Consorci Sanitari de Terrassa*.

¹² ATJUE 11 diciembre 2014, asunto C-86/14, *Marta León Medialdea c. Ayuntamiento de Huetor Vega*.

¹³ STS 2 julio 2020 (rec. 4195/2017) y STS 2 julio 2021 (rec. 73/2020).

y las haya incluido en la relación de puestos de trabajo, y en tanto no se cubran por los procedimientos reglamentarios; y es que no puede invocarse la condición de indefinido no fijo cuando, a pesar de haber sido fraudulenta la contratación en campañas anteriores, ha mediado un importante lapso temporal sin prestar servicios, rompiéndose de esta forma la unidad esencial del vínculo contractual¹⁴.

Recientemente, el Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona ha elevado una cuestión prejudicial al TJUE (auto 27 julio 2021), cuestionando el encaje de la figura del indefinido no fijo en la lógica binaria de la Directiva 1999/70/CE, que solo distingue entre contratación indefinida y temporal, sin contemplar categorías intermedias. La aclaración requerida al TJUE es pertinente porque permitirá dirimir si es posible reconocer al accionante, directamente y en aplicación del art. 15.3 ET, la condición de empleado público fijo que reclama como petición principal, una vez se ha constatado que la sucesión de contratos y de prórrogas realizadas se han efectuado en fraude de ley. Tras exponer la motivación de la CP, el Juzgado interpelante pretende que se dilucide si la categoría de “indefinido no fijo” se corresponde con la definición, a la cual se alude en la cláusula 3 del Acuerdo, de trabajador con contrato de “duración determinada”, o bien se trata de un contrato de “duración indefinida”. Y partiendo de la idea de que la legislación laboral emplea los términos “indefinido” y “fijo” de forma indistinta y que ninguno de ellos establece un nivel de seguridad en la estabilidad en el empleo mayor que el otro, el magistrado se pregunta si un trabajador con el contrato de trabajo “indefinido no fijo” que se utiliza en la doctrina judicial española debe asimilarse al trabajador con contrato de duración determinada o al trabajador con contrato de duración indefinida¹⁵.

Más concretamente, formula estas dos cuestiones:

1. ¿puede entenderse conforme a la definición de “trabajador con contrato de duración determinada” establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme a la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se

¹⁴ STS 11 abril 2018 (rec. 2581/2016).

¹⁵ Un análisis de esta cuestión prejudicial, y de las repercusiones que la respuesta del TJUE puede tener sobre la estabilidad del marco normativo vigente, en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *¿Fijeza o indefinido no fijo? Nueva cuestión prejudicial cuestionando la respuesta laboral a la temporalidad abusiva (Auto JS/3 Barcelona 27/6/21)*, en ignasibeltran.com, 30 julio 2021.

- conozca la fecha exacta?;
2. ¿puede entenderse conforme a la definición de “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme a la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se conozca la fecha exacta?

Ya conocemos la respuesta del TJUE a esta cuestión prejudicial, y la misma puede caracterizarse como decepcionante, pues el Tribunal ha evitado entrar en el fondo de la cuestión, dejando imprejuizado si el contrato indefinido no fijo español es fijo o temporal. En el asunto *QL*¹⁶, el TJUE entiende que, en la medida que el trabajador del caso de autos ha formalizado diversos contratos con la Universitat de Barcelona, se halla «comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco». De modo que, en lo que constituye el aspecto clave de la fundamentación, afirma:

Es irrelevante al respecto que la relación laboral entre dicho demandante y su empleador se convierta, como sanción, en “indefinida no fija”. Como se ha indicado en el apartado 13 del presente auto, el juzgado remitente parece considerar que el concepto de “trabajador indefinido no fijo”, tal como lo define la jurisprudencia nacional, está incluido, en realidad, en la definición de trabajador con contrato de duración determinada que figura en el Acuerdo Marco, puesto que la relación laboral se extingue por la producción de un hecho o acontecimiento determinado, concretamente la decisión de la Administración de cubrir la plaza de que se trate, en particular mediante un proceso selectivo, decisión que depende exclusivamente de la voluntad de la propia Administración. De ello resulta, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al juzgado remitente, que la conversión de la relación laboral entre las partes en el litigio principal en “indefinida no fija” es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pero no modifica la propia naturaleza de estos contratos.

Y acto seguido añade:

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que las cláusulas 2 y 3, punto 1, del

¹⁶ ATJUE 26 abril 2022, asunto C-464/21, *QL* c. *Universitat de Barcelona*.

Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que un trabajador que ha estado vinculado a su empleador del sector público mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y cuya relación laboral puede convertirse, como sanción, en “indefinida no fija” está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco.

En definitiva, el TJUE no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del contrato indefinido no fijo, más allá de reputarlo una sanción por el recurso abusivo a la contratación temporal en el sector público y de afirmar que está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco, lo que, por otra parte, no representa ninguna novedad, pues ya en los citados asuntos *Vernaza Ayovi* y *León Medialdea* el TJUE sostuvo que era de aplicación a este personal la Directiva 1999/70/CE.

4. La conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por duración injustificadamente larga: el alineamiento de la doctrina judicial interna con la jurisprudencia europeo-unitaria

El contrato de sustitución o interinidad por vacante es aquel que puede celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Se trata de un contrato a término, aunque de fecha incierta en cuanto a su finalización, en la medida en que su persistencia en el tiempo será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza, que tratándose de cobertura de vacantes en el sector privado no podrá ser superior a tres meses (art. 1.5.ª ET), mientras que en el sector público la duración se extenderá hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva (DA 4ª, RD-Ley 32/2021).

La Sala 4ª del TS, a partir de la sentencia del Pleno 24 abril 2019, cuya doctrina es aquilatada con mayor precisión por la STS 5 diciembre 2019, seguidas de múltiples pronunciamientos, vino manteniendo la tesis de que la superación del plazo de tres años previsto en el art. 70 EBEP no comportaba automáticamente la conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo, argumentando que tal consecuencia solo procedía caso de apreciarse la existencia de fraude de ley o abuso en la contratación, circunstancias no concurrentes cuando, por decisiones externas a la entidad contratante, los procesos selectivos para la cobertura de las plazas se habían visto afectados por congelaciones de las ofertas de

empleo público impuestas por restricciones presupuestarias¹⁷.

Sin embargo, la referida doctrina ha sido revisada recientemente, por unanimidad del Pleno de la Sala 4ª, en su sentencia 28 junio 2021 (rec. 3263/2019), para acomodarla a la respuesta dada por el TJUE en el asunto *JN*¹⁸ que resuelve una nueva cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid – el mismo tribunal que formuló en diciembre de 2014 la cuestión prejudicial que desencadenó la inefable doctrina del TJUE en el asunto *de Diego Porras*¹⁹, después rectificada a instancias de otra cuestión elevada esta vez por la Sala 4ª – respecto a si la regulación española del contrato de interinidad por vacante y la interpretación que de la misma venía haciendo la jurisprudencia era o no conforme al Derecho de la Unión. Tras la desautorización explícita de su interpretación por el TJUE, la Sala 4ª, no sin antes precisar que no se reconoce en la descripción de su doctrina que lleva a cabo la sentencia *JN*, sostiene ahora que los procesos selectivos o de provisión para la cobertura de plazas vacantes en el sector público no deben durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que la superación de ese plazo constituirá, salvo que concurren excepcionales circunstancias que incumbirá aportar y acreditar a la entidad contratante (y sin que revistan carácter justificativo de la demora las medidas adoptadas para la contención del gasto público), una duración injustificadamente larga determinante de la conversión del personal interino en indefinido no fijo²⁰.

En definitiva, la Sala 4ª del TS se ha apresurado a reformular su doctrina sobre la duración de los contratos de interinidad por vacante en el sector público, señalándoles una duración máxima de tres años superados los cuales sin haberse cubierto (o amortizado) la vacante, y salvo contadas excepciones (cuya determinación necesariamente será motivo de litigiosidad, pues únicamente se ha precisado que no justifican la demora en la convocatoria las motivaciones económicas), el personal interino se

¹⁷ Un pormenorizado análisis de este pronunciamiento a cargo de M.E. CASAS BAAMONDE, *El fraude en la contratación temporal: su duración “inusualmente larga” (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 3.

¹⁸ STJUE 3 junio 2021, asunto C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario c. JN*.

¹⁹ STJUE 21 noviembre 2018, asunto C-619/17, *Ministerio de Defensa c. Ana de Diego Porras*.

²⁰ Un comentario de urgencia a la STS 28 junio 2021 en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Los interinos por vacante se convierten en indefinidos no fijos si superan un plazo de tres años: comentario de urgencia a la STS Pleno 28/6/21*, en *ignasibeltran.com*, 29 junio 2021. Véase también E. ROJO TORRECILLA, *La saga “personal interino laboral”. Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP). Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 1º julio 2021.

convierte en indefinido no fijo; una figura que, como se ve, conserva plena vigencia en la jurisprudencia interna, de modo que sigue más vivo que nunca el debate acerca de si el señalamiento de un plazo máximo (ahora de tres años) a los contratos de interinidad, y el reconocimiento de una indemnización de veinte días de salario cuando el contrato se transforma en indefinido no fijo (por superar ese plazo) y el mismo se extingue cuando un tercero ocupa la vacante tras la superación del correspondiente proceso selectivo – en el que el indefinido no fijo debe tener la oportunidad de participar –, son medidas que permiten entender cumplida o no la finalidad perseguida por el Acuerdo Marco a efectos de prevenir y sancionar eficazmente el abuso en el recurso a la contratación temporal sucesiva en el sector público. Pero sobre este tema se volverá en un epígrafe posterior.

5. Adquisición de la condición de personal laboral fijo por superación de un proceso selectivo, sin obtener plaza, con posterior contratación temporal en fraude de ley

Como se ha comprobado, toda la construcción sobre el personal indefinido no fijo se alza sobre el presupuesto de que no debe consentirse la obtención de una plaza fija en el sector público a quien no ha superado un proceso selectivo en el que se hayan salvaguardado escrupulosamente los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

Así las cosas, no debería existir inconveniente en reconocer directamente la condición de personal laboral fijo (en aplicación de lo previsto actualmente por el art. 15.4 ET, redactado con arreglo al RD-Ley 32/2021) cuando la contratación temporal incumplidora de los requisitos exigidos para cada modalidad contractual hubiera estado precedida de un procedimiento selectivo basado en aquellos exigentes principios.

Ahora bien, a los efectos señalados, no es lo mismo haber superado, con carácter previo a la formalización del contrato temporal que se reputa fraudulento, un proceso selectivo para la dotación de una plaza estructural o permanente (sin obtener plaza y habiendo sido incluida la persona trabajadora en una bolsa temporal de empleo para la misma ocupación), que haber participado en un proceso selectivo para cubrir plazas temporales, aun cuando ese proceso se haya regido igualmente por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Es posible que en ambos casos se hayan realizado pruebas objetivas tendentes a verificar la capacitación de las personas interesadas, pero lo habitual será que tanto la naturaleza de las pruebas como el nivel de exigencia de los ejercicios difieran significativamente en función del carácter fijo o temporal de la plaza o

puesto convocados.

En el primer supuesto, como apunta la STS 16 noviembre 2021 (rec. 3245/2019), la adquisición de fijeza laboral, y no la mera condición de personal indefinido fijo, se justifica, una vez constatado que la relación laboral temporal devino fraudulenta por haberse destinado a realizar cometidos o necesidades permanentes, porque la persona trabajadora ya había superado un proceso selectivo regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, contenidos en el art. 103 CE y en el art. 55 EBEP, para la cobertura de plazas permanentes, aunque sin obtener plaza. Así las cosas, no sería razonable exigir, a quien ya ha acreditado su aptitud para ser empleado público fijo (cabe añadir, en el mismo cuerpo o escala donde ha prestado servicios como personal temporal), la superación de un segundo proceso selectivo.

La situación es distinta cuando la persona trabajadora ha participado en un proceso selectivo para cubrir plazas temporales, habiendo rechazado en ese supuesto la jurisprudencia que la realización de un proceso de selección para ocupar una plaza temporal sirva para tener por cumplido el mandato del art. 103 CE. Y ello porque, como argumenta la STS 12 enero 2022 (rec. 4915/2019), invocando y aplicando la doctrina fijada en STS del Pleno 25 noviembre 2021 (rec. 2337/2020) (y posteriores, como STS 1º diciembre 2021, rec. 4279/2020, y STS 2 diciembre 2021, rec. 1723/2020), «hay una gran diferencia entre la convocatoria de un proceso de selección para la cobertura de una plaza fija y de una plaza temporal, cuya duración prevista puede ser mínima». De un lado, porque el elemento de temporalidad o fijeza de la convocatoria condiciona el número de aspirantes, siendo muchos más los interesados potenciales en participar en el proceso selectivo a una plaza fija que los que participarían en la cobertura de una plaza temporal. Y, de otro lado, porque «el nivel de exigencia de los principios de mérito y capacidad está condicionado por la naturaleza temporal o fija del puesto de trabajo objeto del proceso de selección», exigiéndose menos rigor en la selección de personal temporal habida cuenta de que con el mismo «se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, insusceptibles de una cobertura previamente planificada». La consecuencia a la que llega el Alto Tribunal es que un determinado proceso de selección pudo ser adecuado para la suscripción de contratos temporales, pero debe acreditarse que sea suficiente para adquirir la condición de persona trabajadora fija, para lo que será necesario probar que cumple los requisitos de igualdad, mérito y capacidad exigidos para el acceso con carácter de fijeza al empleo público.

6. Consecuencias de la indebida adscripción del personal laboral indefinido no fijo a plaza funcionarial

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre qué ocurre cuando alguien que tiene reconocida en sede judicial la condición de personal indefinido no fijo es adscrito al desempeño de cometidos propios de una plaza que según la RPT está reservada a personal funcionario y el contrato se extingue porque la plaza sale a concurso y la consigue otra persona. Es habitual que las personas afectadas hayan demandado previamente a su empleadora solicitando el reconocimiento de la condición de personal laboral indefinido no fijo y el derecho a ocupar plaza de personal laboral.

En estas situaciones, el TS ha apreciado que el cese del personal indefinido no fijo constituye un despido improcedente, pues la persona cesada estaba ocupando una plaza de funcionario a pesar de tener derecho a ocupar una plaza de personal laboral. En consecuencia, la incorporación del titular definitivo de la plaza no constituye una causa lícita de extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo, subsumible en la letra *b*, n. 1, art. 49 ET. La Sala 4ª insiste en la existencia de un despido, toda vez que no se siguió el procedimiento adecuado para la amortización de una plaza laboral (la que correspondía ocupar al demandante), para lo que la Administración tendría que haber acudido al art. 51 o 52.c ET dependiendo del número de plazas amortizadas²¹. En cuanto a la calificación del despido, estaremos ante un despido nulo, por vulneración de la garantía de indemnidad, si la persona trabajadora interpuso previamente demanda contra la Administración para que se le reconociera el derecho a ocupar una plaza de personal laboral²².

7. Derechos profesionales del personal laboral indefinido no fijo: ¿equiparación plena con los trabajadores fijos?

Con frecuencia se ha suscitado el debate relativo a si el personal indefinido no fijo tiene derecho a disfrutar de los mismos derechos profesionales que el personal fijo (traslados, promoción profesional...). A primera vista, la respuesta parece que debiera ser afirmativa, considerando que el personal INF se encuentra asimilado, como mínimo, al personal con relación temporal, y tanto el derecho comunitario (Directiva 1999/70/CE) como nuestro derecho interno (art. 15.6 ET) atribuyen a las personas con

²¹ STS 3 julio 2019 (rec. 3724/2016).

²² STS 13 diciembre 2016 (rec. 2059/2015); STS 20 julio 2017 (rec. 2832/2015); STS 14 noviembre 2019 (2173/2017); STS 9 septiembre 2020 (rec. 2597/2017), entre otras muchas.

contratos de duración determinada los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas en materia de extinción y las que la ley establezca para cada modalidad contractual.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha optado por este reconocimiento universal del principio de igualdad de trato, sino que ha procedido atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso cuando el reclamante del derecho es un trabajador indefinido no fijo.

Así, la STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015) reconoce la posibilidad de participación del personal indefinido no fijo en un concurso de traslado en el seno de ADIF, y la citada STS 2 abril 2018 admitirá el derecho de este colectivo a participar en los procesos de promoción y reclasificación profesional de una Agencia de la Junta de Andalucía, concurriendo en ambos casos las siguientes circunstancias:

- a. los convenios colectivos que resultan de aplicación regulan los concursos de traslados y los procesos de promoción, sin limitar la participación en los respectivos concursos de traslado o de promoción al personal fijo;
- b. los demandantes no estaban cubriendo necesariamente una particular vacante identificada como tal en la RPT, pues la naturaleza de su relación se había generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura.

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, la Sala 4ª sostiene que, en el indefinido no fijo, «la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto». No se descarta que en algún determinado supuesto la adscripción a plaza individualizada «sea innegable y hasta necesaria», pero no será esa la regla general. En consecuencia, se estima que el personal indefinido no fijo puede cambiar de destino, sin convertirse por ello en un trabajador fijo de pleno Derecho, ya que seguirá siendo indefinido no fijo en el nuevo puesto.

A supuesto distinto se enfrenta la STS 29 marzo 2022 (rec. 109/2020), donde también se cuestiona el derecho del personal indefinido no fijo a participar en un concurso de traslado, pero dándose la particularidad de que cada una de las personas indefinidas no fijas a las que afecta el conflicto estaban adscritas a una concreta plaza de la RPT y, además, todas las plazas que habían salido a concurso estaban perfectamente identificadas. Además, en este concreto caso resultaba incuestionable que el convenio colectivo de aplicación sí limitaba la participación en el concurso de traslados al personal fijo. La Sala 4ª ve en todo ello razones suficientes para desmarcarse de la doctrina aplicada en su citada sentencia 2 abril 2018, insistiendo en que la redacción de la DA 15ª ET – «el trabajador continuará desempeñando el

puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo» – permite concluir que «inequívocamente, el legislador establece que el indefinido no fijo queda adscrito a su puesto de trabajo, hasta que se proceda a su cobertura, salvo que el trabajador en cuestión acceda a un empleo público superando el correspondiente proceso selectivo».

En fin, descarta el TS que exista trato discriminatorio (en perjuicio del personal indefinido no fijo) por no reconocerle el derecho a participar en la convocatoria de concurso de traslados, y ello porque lo prohibido por el principio de igualdad, según reiterada doctrina constitucional, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado, mientras que «el hecho de que el personal indefinido no fijo, haya ingresado en la administración sin haber superado un proceso selectivo basado en los reiterados principios constitucionales de capacidad, mérito e igualdad, constituye un dato objetivo relacionado con el régimen jurídico del contrato que explica razonablemente, dotándola de coherencia y racionalidad, la medida discutida consistente en la exclusión de los indefinidos no fijos de los procesos de traslados».

En cambio, la jurisprudencia no ha visto inconveniente en reconocer al personal indefinido no fijo el derecho a ponerse en situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad. Así, la STS 26 abril 2022 (rec. 1477/2019) sostiene que el contrato indefinido no fijo, al igual que los contratos de interinidad por vacante o sustitución, se mantienen vigentes hasta que se cubra definitivamente la vacante ocupada por los trabajadores afectados, lo que «justifica sobradamente que éstos puedan disfrutar del derecho de excedencia voluntaria, si bien condicionado a que la vacante, ocupada por ellos hasta la concesión de excedencia, no haya sido cubierta definitivamente o, no esté cubierta por otro interino, en cuyo caso mantendrán su expectativa de derecho al reingreso, en tanto que no puede ocupar la única plaza desempeñada por otro interino que, desde luego, no podrá ser cesado salvo que se incorpore el titular o sustituido, en cuyo caso no solo cesa ese interino sino el excedente, o si el tercero causa baja voluntaria en esa interinidad, en cuyo momento podría el excedente interino ejercer ese derecho preferente de reingreso».

8. Reasunción de servicios públicos externalizados y mantenimiento de la fijeza laboral de origen

Aunque no puede afirmarse que constituya un fenómeno generalizado, desde hace varios años estamos asistiendo a situaciones de reversión de las antiguas políticas de externalización y/o descentralización por parte de los distintos niveles de la Administración, de modo que servicios y actividades cuya gestión se había encomendado a empresas privadas (contratistas) o a empresas y organismos dependientes de la propia Administración (entes instrumentales creados en gran medida para huir del corsé del derecho administrativo y conseguir una gestión más flexible), están siendo rescatados por las Administraciones para su gestión directa. En un escenario muy distinto se sitúan las decisiones políticas de cierre de determinados organismos y empresas públicas, sin prolongación de la actividad amortizada y consiguientes despidos masivos.

Sin duda, uno de los mayores interrogantes que aparecen en los supuestos de reversión es el relativo a si es posible la integración de las personas asalariadas de la contratista que deja de prestar el servicio en la plantilla orgánica de la Administración y en qué condiciones se producirá dicha integración. A este respecto, la Ley de Contratos del Sector Público establece en su art. 130.3 que «En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general».

Siempre con el presupuesto de la existencia de una transmisión de empresa, lo que la Sala de lo Social del TS ha venido a declarar, en una muy importante sentencia 28 enero 2022 (rec. 3781/2020), es que los trabajadores de la contratista que pasan a ser empleados de la Administración con motivo de la reversión conservan la condición de fijos que tenían con su anterior empleadora, de modo que la subrogación por un ente público no será motivo para degradar su estatus laboral al de personal indefinido no fijo ni, por consiguiente, se les podrá obligar a pasar por un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad para consolidar la plaza. La tensión entre el orden normativo interno que impone determinados requisitos para optar a un empleo fijo en el sector público (art. 103.3 CE; EBEP) y el Derecho de la UE que exige que se mantengan las condiciones de origen en los supuestos de transmisión de empresas o parte de estas (Directiva 2001/23/CE), se resuelve mediante la aplicación preferente del segundo bloque normativo.

Contrariamente a la práctica seguida en casos de reversión de servicios

públicos, en los que la integración del personal transferido se ha venido produciendo reconociéndoles la Administración rescatadora la condición de indefinidos no fijos (con respaldo de abundante doctrina judicial), la Sala 4ª, en la primera ocasión que se le ha presentado de abordar el tema frontalmente, se ha alineado con la doctrina contenida en el asunto *Correia Moreira*²³, conforme a la cual en el marco de un traspaso no cabe exigir al personal cedido un procedimiento público de selección ni tampoco el sometimiento a un nuevo vínculo con el cesionario, sin que represente un obstáculo la existencia de normas constitucionales internas que otra cosa prevean.

Señala el TS las disfunciones que derivarían de la aplicación de la categoría de personal indefinido no fijo en estos casos. De un lado, porque esta categoría surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras (contratación temporal fraudulenta o abusiva), pero en el caso (traspaso por reversión) no existe infracción de normas por parte de la Administración que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de personal indefinido no fijo, ya que la trabajadora ya prestaba sus servicios al amparo de un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, y la “no fijeza” vendría a empeorar su posición desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza, pues la obligaría a someterse a un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza, corriendo el riesgo de no obtenerla.

Otra de las disfunciones que aprecia la Sala es que la categoría de personal indefinido no fijo viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Mientras que aquí lo que se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público.

Matiza la Sala 4ª que no estamos ante un supuesto de acceso al empleo público, sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas. En todas las transmisiones de empresas el nuevo empleador adquiere la unidad productiva y/o la plantilla, con sus derechos y obligaciones por lo que en este asunto en el que se municipaliza un servicio antes externalizado, el Ayuntamiento debe asumir que los trabajadores que eran fijos sigan siéndolo a estos efectos.

Ahora bien, aunque en la sentencia comentada la Sala 4ª se mueve en la dirección de conservar las condiciones y los derechos preexistentes a la transmisión, invocando la primacía del Derecho comunitario, tampoco

²³ STJUE 13 junio 2019, asunto C-317/18, *Cátia Correia Moreira c. Município de Portimão*.

desconoce que el ordenamiento interno impone determinadas exigencias para conseguir una plaza fija en el sector público. De ahí que haya introducido importantes matices al reconocimiento de la condición de fijo al personal subrogado por la Administración, vinculando dicha fijeza al estricto ámbito de la unidad productiva objeto de traspaso, con lo que no se está cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. La misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. Por tanto, se está reconociendo que el personal subrogado no es un empleado público fijo como los demás, pudiendo perder dicha condición de sobrevenir determinadas “vicisitudes” (sin explicitar cuáles) que lo desvinculen del objeto productivo traspasado y de las funciones que hasta ese momento viniera desempeñando. La pregunta es: ¿procedería la recalificación del personal subrogado como indefinido no fijo, caso de sobrevenir las “vicisitudes” a las que se refiere la sentencia? Adviértase que uno de los argumentos esgrimidos por el TS para descartar la aplicación de la categoría de personal indefinido no fijo en los casos de traspaso por reversión ha sido, precisamente, la inexistencia de irregularidad previa, y lo habitual será que las expresadas vicisitudes tengan igualmente un origen reglado y lícito²⁴. Por otro lado, no son descartables comportamientos fraudulentos, como ocurriría cuando, ante la perspectiva de una reversión del servicio público externalizado, y a medida que se vaya conociendo esta doctrina del TS, se procediera a realizar contrataciones fijas de difícil justificación por la empresa que viniera desarrollando la actividad, en fechas próximas al traspaso, para que por esta vía sus empleados consigan la muy cotizada estabilidad laboral en el sector público, sin pasar por el filtro de un proceso selectivo previo. El fraude de ley es una herramienta jurídica a la que habrá que recurrir en su caso para enervar estas conductas torticeras.

²⁴ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *En caso de reversión en el sector público y aplicación del art. 44 ET el personal debe ser fijo (y ¿una nueva situación para declarar la relación indefinida no fija?)* (STS 28/1/22), en ignasibeltran.com, 17 febrero 2022.

9. Impacto de las últimas reformas legales en la pervivencia de la figura del indefinido no fijo

9.1. Alcance y efectos de la derogación parcial de la DA 15ª ET

La reforma laboral de 2021 se ha marcado como objetivo prioritario poner coto a la utilización abusiva e injustificada que desde hace tiempo se viene haciendo de la contratación temporal en nuestro sistema de relaciones laborales. A tal efecto, el RD-Ley 32/2021 despliega una amplia batería de medidas dirigidas a potenciar la estabilidad en el empleo y combatir la temporalidad: reducción de las causas de temporalidad legalmente admitidas, con supresión del contrato temporal para obra o servicio determinado y reformulación en términos más restrictivos del contrato de duración determinada por circunstancias de la producción (sin cambios relevantes en el contrato de sustitución); consideración como “fijas” de las personas contratadas con incumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 15 ET (art. 15.4 ET); rebaja de las exigencias para adquirir fijeza laboral por encadenamiento de contratos de duración determinada en el nuevo art. 15.5 ET; endurecimiento de las sanciones previstas en la LISOS por recurrir a la contratación temporal en fraude de ley; sobrecotización a la Seguridad Social en contratos temporales de duración inferior a treinta días, para atajar el exceso de rotación laboral en un mismo puesto de trabajo; potenciación de la modalidad de contrato de trabajo fijo discontinuo (art. 16 ET).

Como se ha señalado, el legislador laboral español hizo un reconocimiento implícito de la figura del contrato indefinido no fijo en la DA 15ª ET, intitulada *Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas*, que hasta su derogación parcial por el RD-Ley 32/2021 establecía lo siguiente en sus apartados 1 y 2:

1. Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando

el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

La supresión del apartado 1 de esta DA invita a reflexionar sobre si con la misma no se habría privado de fundamentación a la construcción del indefinido no fijo, al desaparecer la mención implícita a esta figura en la norma central de nuestro derecho del trabajo.

En mi opinión, nada de eso ha ocurrido, ni con la mencionada derogación, ni con el cambio terminológico operado en el flamante art. 15.4 ET, que pasa a hablar de personas “fijas” donde antes el art. 15.3 ET se refería a contratos “indefinidos”. En este caso, porque en nuestro ordenamiento laboral está firmemente asentada la equiparación de los conceptos “fijo” e “indefinido”, de modo que el cambio terminológico sería inocuo a los efectos aquí considerados. Y en cuanto a la derogación de la DA 15ª ET, considero que su alcance es mucho más limitado de lo que determinados sectores (probablemente interesados) han querido inferir y, desde luego, no se sigue de esta decisión normativa la supresión de la categoría del indefinido no fijo, que sigue contando con el expreso respaldo de la jurisprudencia comunitaria e interna y del legislador patrio.

En opinión de quien esto escribe, una interpretación sistemática y contextual de la supresión de los apartados 1 y 2 de la DA 15ª ET lleva a concluir que con esta derogación lo único que se hace es poner en concordancia su redacción con las reformas introducidas en materia de contratación temporal en el art. 15 ET, fundamentalmente para hacerse eco de la eliminación del contrato temporal para obra o servicio determinado. Más claro: no tiene ya sentido que la norma se refiera a las consecuencias de superar, en las administraciones públicas, la duración máxima de una modalidad contractual cuya formalización no es posible desde el 31 de marzo de 2022. Pero lo anterior no impide que la categoría del indefinido no fijo siga siendo un expediente útil para reaccionar ante los supuestos de concertación irregular, en el sector público, de otras modalidades

contractuales que aún persisten en nuestro ordenamiento.

9.2. Compensación económica por incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en el empleo público temporal y por cese derivado de la no superación de un proceso selectivo de estabilización: ¿canto del cisne del personal indefinido no fijo?

La Ley 20/2021 prevé dos excepciones a la regla general, contenida en el art. 10.3 EBEP, de que no se devenga indemnización o compensación en favor del empleado público cuya relación temporal se extinga.

Esas excepciones son: 1) la establecida con carácter general en la DA 17ª EBEP, para todos los casos en que se superen los plazos máximos de permanencia en puestos por nombramientos o contratos temporales; 2) la establecida en el art. 2 de la Ley 20/2021 para quienes, habiendo participado en los procesos de consolidación de empleo que regula el precepto, no consigan plaza.

Centrándonos en el personal laboral temporal, el apartado 5 de la referida DA 17ª establece que «en el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria».

En relación a los procesos de consolidación de empleo del art. 2 de la Ley 20/2021, el apartado 6 de este precepto establece que «corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la

no superación del proceso selectivo de estabilización. En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso».

La regulación de estas compensaciones económicas en la Ley 20/2021 sugiere unos mínimos comentarios relacionados con la materia objeto de este ensayo:

1. el legislador elude deliberadamente utilizar el término “indemnización” y opta por hablar de “compensación económica”, reservando el primer vocablo para referirse a las indemnizaciones previstas en la legislación laboral, queriendo así remarcar las diferencias existentes entre ambos conceptos;
2. la compensación patrimonial establecida en la DA 17^a EBEP únicamente será de aplicación al personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor (DT 2^a, Ley 20/2021);
3. el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia ha de poner en relación con la duración máxima prevista para cada modalidad contractual en la legislación laboral. En el supuesto del contrato de interinidad por vacante, ese plazo máximo serían tres años a contar desde su formalización, de acuerdo con la última doctrina del TS sobre transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por duración inusual e injustificadamente larga (STS 28 junio 2021, cit.);
4. la compensación económica establecida en la DA 17^a EBEP no impide que deba aplicarse preferentemente la indemnización por despido improcedente de 33 días de salario por año de servicios, con el tope de 24 mensualidades, en los casos de contratos de duración determinada que se transforman en indefinidos (no fijos) por haberse celebrado en fraude de ley o por rebasar la duración máxima permitida (en un mismo contrato o en situaciones de encadenamiento), cuando la persona trabajadora vea extinguido el vínculo por decisión de la Administración pretextando esta, como causa rescisoria, la llegada de su aparente término. En estos casos, la jurisprudencia viene considerando desde antiguo que el cese constituye un despido improcedente al estar

- privado de justa causa, ya que no existe término válido para que opere la extinción al haberse transformado el contrato en indefinido;
5. en cuanto al momento del devengo, la DA 17ª es meridianamente clara al referirlo a la fecha del cese efectivo, no siendo posible reclamar la compensación en un momento anterior;
 6. respecto a la cuantía de la compensación, la misma será de veinte días de las retribuciones fijas del empleo por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El legislador ha tomado como referencia la indemnización del despido objetivo prevista en el art. 53 ET, que asimismo es la que jurisprudencialmente se viene atribuyendo por analogía al personal indefinido no fijo cuando causa baja por cobertura reglamentaria de la plaza. Pero obsérvese que, en el ámbito laboral, el salario regulador de las indemnizaciones comprende todos las partidas salariales, fijas y variables, que correspondieran a la persona trabajadora, mientras que la DA 17ª EBEP solo considera las retribuciones fijas, dando lugar con este criterio a compensaciones inferiores;
 7. el cálculo de la compensación estará referido exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento, de modo que, en un caso de encadenamiento de contratos de duración determinada, solo se tendrá en cuenta el período de servicios acumulado con posterioridad a la formalización del contrato en el que se hubiera cometido la irregularidad (ausencia de causa, superación de plazos máximos), sin considerar los períodos de servicios anteriores. Con esta previsión – que, añadida al cómputo exclusivo de las retribuciones fijas, aspira a evitar que la Administración tenga que responder por cuantías muy elevadas –, la Ley 20/2021 se aparta de la regla jurisprudencial que se viene aplicando en el orden social sobre unidad esencial del vínculo a efectos indemnizatorios, dejándose sin reparación el tiempo total de prestación de servicios;
 8. la compensación económica por no superación de un proceso de estabilización de los previstos en el art. 2 de la Ley 20/2021 alcanza el mismo importe que la establecida en la DA 17ª ET. Ahora bien, esta compensación se devenga con total independencia de la existencia de fraude o no en la contratación temporal sucesiva;
 9. se someten al proceso de consolidación de empleo todas las plazas de naturaleza estructural, dotadas presupuestariamente, que hayan estado cubiertas de forma ininterrumpida por personal temporal (no necesariamente interino por vacante) durante un tiempo mínimo de tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. En este supuesto, la vía

de acceso será el concurso-oposición; si la plaza está siendo desempeñada por personal temporal un mínimo de 5 años, el proceso selectivo puede prescindir de la fase de oposición;

10. como la Ley 20/2021 no establece diferenciación alguna entre el personal temporal y el personal indefinido no fijo, ambos pueden participar indistintamente en los procesos selectivos para consolidación de empleo temporal previstos en su art. 2, bastando con que acrediten un período de ocupación ininterrumpido en el puesto de trabajo.

Considerando que la indemnización que la jurisprudencia reconoce al personal indefinido no fijo, cuando la plaza que ha venido ocupando se cubre por un tercero, asciende también a veinte días de salario por año de servicio, cabe plantearse si actualmente tiene sentido presentar una demanda persiguiendo el reconocimiento judicial de la condición de indefinido no fijo, cuando la compensación patrimonial prevista en la Ley 20/2021 puede obtenerse directamente sin necesidad de acudir a los tribunales. La intención por parte del legislador de reducir la litigiosidad en este terreno es notoria. El escenario se plantea distinto cuando la Administración no liquida dicha compensación o lo hace por un importe inferior (p.ej., abona solo la indemnización de 12 días de salario establecida en el art. 49.1.ª ET), en cuyo caso la persona interesada podrá reclamar en sede judicial la compensación de 20 días o la diferencia hasta completar lo efectivamente abonado; pero ni siquiera en estos supuestos la norma exige que se reconozca formalmente la condición de indefinido no fijo (que puede acabar así “invisibilizada”), bastando con que se reúnan las condiciones previstas para su devengo.

Ahora bien, cabe recordar de nuevo que la cuantía de la compensación económica para los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de la DA 17ª y del art. 2 de la Ley 20/2021 está referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento y, además, no considera la totalidad de los emolumentos (solo las partidas fijas), norma esta de la que pueden resultar indemnizaciones manifiestamente insuficientes, además de suponer un expreso apartamiento de la doctrina jurisprudencial consolidada en el orden social sobre unidad esencial del vínculo para los casos de sucesión de contratos temporales²⁵.

En todo caso, el régimen indemnizatorio previsto en la Ley 20/2021, sin necesidad de calificación judicial como indefinido no fijo, podrá limitar el sentido y justificación de su existencia, pero no la hace desaparecer en otros

²⁵ M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 154.

casos (falsos autónomos, cesión ilegal de mano de obra en favor de entidades públicas...).

10. Valoración final

Las recientes reformas legales en materia de contratación temporal (RD-Ley 32/2021) y para combatir la temporalidad en el sector público (RD-Ley 14/2021; Ley 20/2021) no comportan por sí mismas la desaparición de la figura del personal laboral indefinido no fijo, que sigue contando con el expreso respaldo legal del legislador (arts. 8 y 11 EBEP) y de la jurisprudencia social, si bien el automatismo indemnizatorio establecido para el personal temporal que cese tras haber superado los tiempos máximos de permanencia legalmente permitidos, o no logre consolidar plaza en los procesos de estabilización de empleo que se habiliten al efecto, puede desplegar un efecto desincentivador de demandas orientadas a obtener el reconocimiento del estatus de personal indefinido no fijo.

Uno de los fines perseguidos por la Directiva 1999/70/CE por la que se aprueba el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada es prevenir el abuso derivado de la utilización sucesiva de contratos temporales²⁶, a cuyo efecto la cláusula 5 del Acuerdo contempla diversas medidas, como son:

- a. establecer las razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos temporales;
- b. fijar la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada;
- c. limitar el número de renovaciones de los contratos temporales.

No obstante, la propia Directiva admite que los Estados puedan adoptar otras medidas “equivalentes” para prevenir y sancionar los casos de abusos en la contratación temporal, medidas que han de ser no solo proporcionadas sino también lo suficientemente eficaces y disuasorias como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo Marco²⁷.

Entre esas medidas equivalentes, una podría ser la transformación de la relación laboral en indefinida, como prevé nuestra legislación laboral en el art. 15, apartados 4 y 5, ET. El problema es que el abuso de la contratación

²⁶ Con la precisión hecha en la STJUE 11 febrero 2021, asunto C-760/18, *M.V. y otros c. Organismos Topikis Aftodioikisis (O.T.A.) «Dimos Agiou Nikolaou»*, de que la prórroga automática de un mismo contrato de duración determinada equivale a sucesión de contratos temporales a efectos de la Directiva 1999/70/CE.

²⁷ *Vid.* STJUE 25 octubre 2018, asunto C-331/2017, *Martina Sciotto c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*.

temporal en nuestro país tiene una especial incidencia en el sector público, donde es práctica habitual el encadenamiento de nombramientos y contratos temporales durante varios años, y la conversión en fijeza supondría vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública garantizados por los arts. 23.2 y 103.3 de nuestra Carta Magna. De ahí la creación por la jurisprudencia de la figura del indefinido no fijo, que garantiza cierta estabilidad a los trabajadores afectados pero no les procura fijeza, la cual solo puede obtenerse previa superación de un proceso de un proceso selectivo regido por los mencionados principios constitucionales.

A la pregunta de si la aparición a finales de los noventa del pasado siglo de la construcción sobre el indefinido no fijo ha contribuido eficazmente a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada para ocupar plazas estructurales en el sector público (administrativo y empresarial), la respuesta es, obviamente, negativa, pues tales prácticas abusivas no han hecho sino aumentar en las últimas tres décadas.

Respecto a si el contrato indefinido no fijo, y los efectos que el mismo produce tanto durante su vigencia como al extinguirse, constituyen una medida apta para sancionar y reparar al abuso en la concatenación de contratos temporales en el sector público, el TJUE no ha descartado que pueda constituir una sanción eficaz, si bien deja esta apreciación al criterio de las autoridades y los tribunales nacionales.

Téngase en cuenta que, si bien puede servir como medida disuasoria la conversión del contrato temporal en indefinido, esta sanción no viene impuesta ni por el Derecho de la UE ni por la jurisprudencia comunitaria. A este respecto, el TJUE, en la sentencia *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*²⁸, con cita de la sentencia *Martínez Andrés y Castrejana López*²⁹, refiere que la cláusula 5 del Acuerdo Marco «no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada» (apartado 87). Más bien, lo que pretende el Acuerdo Marco es que el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro cuente con otras medidas efectivas para prevenir y evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada³⁰.

²⁸ STJUE 19 marzo 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, *Domingo Sánchez Ruiz y Berta Fernández Álvarez y otros c. Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)*.

²⁹ STJUE 14 septiembre 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, *Florentina Martínez Andrés y Juan Carlos Castrejana López c. Servicio Vasco de Salud y Ayuntamiento de Vitoria*.

³⁰ Cfr. D. ZAFRA MATA, *Fraude de ley en la contratación del personal laboral. Indefinido no fijo*, en

En varias ocasiones el TJUE ha declarado que la construcción española sobre el indefinido no fijo puede ser una de esas medidas alternativas.

Tan es así que el citado asunto *León Medialdea* admite que la conversión judicial de un contrato temporal en uno indefinido no fijo es «una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos».

Con mayor claridad aún, la citada sentencia *Martínez Andrés y Castrejana López* admite extender al personal de derecho administrativo la configuración jurisprudencial del indefinido no fijo «con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento de su puesto de trabajo»; asimilación que entró en vía muerta al ser expresamente descartada por la Sala 3ª del TS³¹.

Ahora bien, el TJUE nunca se ha pronunciado en términos concluyentes sobre la idoneidad de esta ni de otra medidas como respuesta eficaz al abuso en la sucesión de contratos temporales para atender necesidades permanentes o fijas, sino que hace depositarios a los órganos judiciales nacionales de la obligación de «apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada» (apartado 90). Es cierto que el TJUE no se priva a menudo de deslizar su opinión al respecto, pero lo hace con un valor meramente orientativo y dejando siempre la última palabra a los tribunales nacionales. Así se observa en esta última sentencia, donde el TJUE responde al órgano judicial remitente de la cuestión prejudicial que «la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en “indefinidos no fijos” y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de

J.M. CAMPOS DAROCA, D. ZAFRA MATA, *Consolidación y estabilización del empleo público temporal. Ley 20/21 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, Wolters Kluwer, 2022, p. 215.

³¹ STS 26 septiembre 2018 (rec. 1305/2017) y STS 16 diciembre 2020 (rec. 2081/2019).

duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición» (apartado 106).

Así las cosas, cabe preguntarse, para concluir, si a la vista de las actuales coordinadas normativas y jurisprudenciales que impactan sobre la categoría del personal indefinido no fijo, es esta una medida que puede servir para prevenir y sancionar efectivamente el fraude en la contratación temporal.

A este respecto, cabe incidir en que el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo proporciona al trabajador cierto derecho a la estabilidad en el empleo, pudiendo mantenerse en el puesto hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o la misma se amortice. Lo que en ningún caso tiene garantizado es el acceso automático a la fijeza laboral, pues ello entraría en contraposición con los principios que rigen el acceso al empleo público en nuestra Constitución.

Es cierto que los plazos legales para la convocatoria y celebración de los procesos selectivos no suelen cumplirse, lo que en el caso de los indefinidos no fijos e interinos por vacante se traduce en una expectativa de permanencia en el empleo durante varios años. Pero, a la postre, el indefinido no fijo puede ser cesado si no participa en el proceso selectivo o si, habiéndolo hecho, la plaza es adjudicada a un tercero.

En el supuesto de que el indefinido no fijo cause baja en el puesto por no superación del proceso selectivo, la jurisprudencia social se decantó en 2017 por aplicar analógicamente la indemnización del despido objetivo prevista en el art. 53.1.b ET. Y ya hemos tenido ocasión de comprobar que, con matices, esta misma indemnización es la que ha consagrado el legislador en la Ley 20/2021 como resarcimiento para quienes ven extinguida su relación con las administraciones públicas tras varios años de prestación de servicios (más de tres).

Según la jurisprudencia comunitaria³², una indemnización tasada puede ser una medida adecuada, pero no suficiente, porque para serlo debe ir acompañada de otras dos medidas:

- que el trabajador tenga la oportunidad de reclamar de la entidad empleadora una indemnización dirigida a la reparación íntegra del daño, no tasada ni limitada, por las oportunidades de empleo perdidas;
- que, en el caso del sector público, no basta con la reparación del daño producido al concreto trabajador, sino que es preciso también establecer sanciones disuasorias para «prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada» por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, como pueden ser, a título

³² Vid. STJUE 7 marzo 2018, asunto C-494/16, *Giuseppa Santoro c. Comune di Valderice y Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

de ejemplo: que las administraciones estén obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción haya sido intencional o resultado de una falta grave; que la infracción se tenga en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos y les impida obtener complementos salariales vinculados al resultado; que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción. El órgano judicial debe comprobar si estas medidas tienen carácter efectivo y disuasorio para garantizar el cumplimiento.

Puede considerarse que esta indemnización de veinte días de salario, que tiene el tope de doce mensualidades, es insuficiente para cumplir con el objetivo de prevenir y sancionar los abusos en la concatenación de contratos temporales, especialmente cuando se trata de personal temporal que lleva vinculado a la Administración desde varios años atrás. De ahí que hayan aparecido algunas propuestas de reconocimiento de indemnizaciones por cese que resulten verdaderamente disuasorias, tales como la aplicación analógica de las cuantías establecidas en la LISOS, la indemnización por despido improcedente o, incluso, el reconocimiento de una indemnización (no tasada) por daños y perjuicios *ex* art. 1101 ss. del Código Civil³³. El problema es que estas indemnizaciones no tienen encaje en el vigente sistema legal para el caso aquí considerado (cese de personal indefinido no fijo por cobertura de la plaza), y resultaría muy problemático el recurso judicial a la analogía.

Pero podría ocurrir que estemos ante un falso dilema y que el derecho a la estabilidad del personal indefinido no fijo esté más garantizado por el sistema de lo que a simple vista parece. Es por ello que centrar el debate en la cuantía de la indemnización a devengar por el personal indefinido no fijo en el supuesto de no obtener la plaza, puede resultar un ejercicio bizantino si consideramos que esa situación raras veces se dará en la práctica. En efecto, la mayoría de las personas con relación laboral indefinida no fija que participan en los correspondientes procesos selectivos consolidan las plazas a las que optan, pues es absolutamente habitual que los procedimientos de acceso se diseñen, no para estabilizar las plazas, sino a las personas que las vienen ocupando desde tiempo atrás. El mismo Estado – en su acepción amplia, entendido como poder público – que con su incuria consiente y

³³ *Cfr.* D. ZAFRA MATA, *op. cit.*, pp. 213-222.

promueve la concatenación de contratos temporales en fraude de ley, habilita periódicamente los mecanismos necesarios para amortizar el exceso de temporalidad, organizando procesos de estabilización de empleo contruidos sobre la base de sistemas de acceso endogámicos – como el concurso – que sobrevaloran la experiencia profesional de los candidatos internos, resintiéndose de este modo los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público. El candidato predestinado acostumbra a ser quien obtiene la plaza.

Buena prueba del recurso a esta “válvula de escape”, con la que se persigue liberar presión en el muy congestionado sistema de empleo público, la encontramos en la tantas veces citada Ley 20/2021, que ha previsto la celebración, hasta el 31 de diciembre de 2024, de multitud de procesos de estabilización en las distintas administraciones públicas (incluido el sector público empresarial), buscando favorecer a aquellas personas con vinculación temporal (o indefinida no fija) que se encuentren desempeñando de forma ininterrumpida las plazas durante al menos los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020 (con mayores facilidades para quienes las estén interinando desde antes de 1º de enero de 2016).

Se podrá objetar, no obstante, que los procesos de estabilización de empleo público temporal (de larga duración) no constituyen una solución integrada de forma estructural o permanente en nuestro ordenamiento, sino que dependen de una decisión política cuya activación no tienen garantizada las personas afectadas, pudiendo así cuestionarse, una vez más, que estemos ante una medida que contribuya eficazmente a evitar y, llegado el momento, sancionar el encadenamiento abusivo de nombramientos y contratos temporales en el sector público, en los términos requeridos por la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Para concluir, cabe señalar que estamos a la espera de la respuesta del TJUE a una nueva y completísima cuestión prejudicial, formulada en esta ocasión por la Sala de lo Social del TSJ Madrid (auto 21 diciembre 2021)³⁴ en la que, a lo largo de sus 79 densas páginas, el TSJ de Madrid hace un profuso recorrido sobre la situación de la temporalidad en el sector público español e interroga, entre otros extremos, al TJUE acerca de si puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias dirigidas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada por las administraciones públicas. En particular, y por lo que

³⁴ El texto del auto del TSJ madrileño por medio del cual se formulan las cuestiones al TJUE, y un esmerado análisis del mismo, en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, [Directiva 1999/70 y nueva cuestión prejudicial: ¿la condición de indefinido no fijo \(tras 20 años\) es una respuesta adecuada al abuso en la temporalidad? \(ATSJ Social Madrid 21/12/21\)](#), en [ignasibeltran.com](#), 24 diciembre 2021.

interesa al objeto de este trabajo, el órgano proponente de la cuestión interpela al TJUE acerca de si, en caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, la consecuencia de la vulneración de la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones; si la conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria a los arts. 23.2 y 103.3 CE; y si la conversión del contrato en fijo, en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma, puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se por medio de una Ley un proceso de consolidación del empleo temporal que debe desarrollarse los próximos años, que supone realizar convocatorias públicas para la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse «el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad» y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario.

El análisis realizado por el TSJ de Madrid es impecable, y las cuestiones formuladas muy pertinentes. Ahora cabe confiar en que la máxima instancia judicial comunitaria, torciendo su habitual metodología, no se limite a ofrecer respuestas evasivas sino directas y concluyentes a lo que se le pregunta, lo que permitiría despejar muchas de las incertidumbres que todavía pesan sobre la figura del indefinido no fijo.

11. Bibliografía

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2022), *[En caso de reversión en el sector público y aplicación del art. 44 ET el personal debe ser fijo \(y ¿una nueva situación para declarar la relación indefinida no fija?\)](#)* (STS 28/1/22), en *[ignasibeltran.com](#)*, 17 febrero

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *[Directiva 1999/70 y nueva cuestión prejudicial: ¿la condición de indefinido no fijo \(tras 20 años\) es una respuesta adecuada al abuso en la temporalidad?](#)* (ATSJ\Social Madrid 21/12/21), en *[ignasibeltran.com](#)*, 24 diciembre

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *¿Fijezga o indefinido no fijo? Nueva cuestión prejudicial cuestionando la respuesta laboral a la temporalidad abusiva (Auto JS/3 Barcelona 27/6/21)*, en ignasibeltran.com, 30 julio
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *Los interinos por vacante se convierten en indefinidos no fijos si superan un plazo de tres años: comentario de urgencia a la STS\Pleno 28/6/21*, en ignasibeltran.com, 29 junio
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo
- CASAS BAAMONDE M.E. (2019), *El fraude en la contratación temporal: su duración “inusualmente larga” (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 3, pp. 1-10
- CAVAS MARTÍNEZ F. (2018), *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum
- LÓPEZ BALAGUER M., RAMOS MORAGUES F. (2022), *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch
- ROJO TORRECILLA E. (2021), *La saga “personal interino laboral”. Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP). Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 1º julio
- ROQUETA BUJ R. (2020), *Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 442, pp. 23-61
- ZAFRA MATA D. (2022), *Fraude de ley en la contratación del personal laboral. Indefinido no fijo*, en J.M. CAMPOS DAROCA, D. ZAFRA MATA, *Consolidación y estabilización del empleo público temporal. Ley 20/21 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, Wolters Kluwer

Avanzando soluciones frente a la temporalidad en el empleo en el sector de la construcción: el “contrato indefinido adscrito a obras”

Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO*

RESUMEN: El sencillo recurso a la estadística pone de manifiesto con claridad meridiana que el sector de la construcción ha sido durante décadas la principal palanca de la economía y el instrumento básico generador de ocupaciones en nuestro país, si bien el empleo involucrado ha contado con escasas dosis de calidad dada la alta rotación y temporalidad en los reclutamientos. En aras a revertir esta tendencia, la reforma de 2021 apuesta por una nueva fórmula de contratación indefinida adscrita a las obras, asociada a un nuevo modelo urbanístico fundado en la rehabilitación, regeneración y renovación, capaz de generar empleos dignos, a la par que de reducir las emisiones contaminantes desde el punto de vista medioambiental y de aumentar la cohesión social.

Palabras clave: Urbanismo social, eficiencia energética de los edificios, estabilidad en el empleo, recolocación.

SUMARIO: 1. La necesaria reconversión empresarial y productiva: de una edificación expansiva a una construcción sostenible. 1.1. Coordinadas económicas: algunas cifras de interés. 1.2. La apuesta por la rehabilitación urbanística. 1.3. La “eco-construcción” como oportunidad laboral. 1.4. Las políticas europeas de impulso a las denominadas “*smart cities*”. 1.5. La proyección en España: cambio de modelo urbanístico. 2. Los elevados índices de temporalidad en los trabajos asociados a la construcción tradicional. 3. Sucesivas respuestas desde el ordenamiento laboral. 3.1. Exigencias y restricciones a la subcontratación. 3.2. Vetos a la intervención de empresas de trabajo temporal. 3.3. El derogado “contrato fijo de obra” como exponente de la inestabilidad. 4. El nuevo “contrato indefinido adscrito a obra” en el RD-Ley 32/2021. 4.1. La impronta de la sentencia *Acciona Agua*. 4.2. Objeto contractual. Su conexión con el ámbito funcional del convenio del sector. 4.3. Finalización de obras y servicios. 4.4. Propuesta de recolocación. 4.5. Extinción por motivos inherentes a la persona trabajadora: sus difusas aristas. 4.6. Procedimiento e indemnización por finalización del contrato. 4.7. Subrogación empresarial. 4.8. Las aportaciones de la negociación colectiva. El Acuerdo de 18 de marzo de 2022. 5. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León (España).

Advancing Solutions Against Temporary Employment in the Building Industry: the ‘Indefinite-Term Contract for Construction Work’

ABSTRACT: The simple use of statistics clearly shows that the construction sector has been for several decades the main driver of the economy and the basic instrument for creating jobs in our country, although the employment involved has been of low quality, due to the high rotation and temporary nature of recruitment. In order to change this tendency, the 2021 reform is aimed at a new type of indefinite-term contracting associated with construction works, based on a new urban planning model grounded on rehabilitation, regeneration and renovation, able to generate decent jobs, while at the same time reducing polluting emissions from an environmental point of view and increasing social cohesion.

Key Words: Social urban planning, energy efficient buildings, job stability, outplacement.

1. La necesaria reconversión empresarial y productiva: de una edificación expansiva a una construcción sostenible

El elevado peso del sector de la construcción dentro de nuestra actividad económica (5,2% del PIB) y el importante volumen de empleo que representa dentro del conjunto del mercado de trabajo (6,6% en el primer trimestre de 2022)¹ no deben hacer olvidar las altas tasas de temporalidad obrantes en dicho ámbito funcional (40% a finales de 2021)². Tal realidad constituye un factor altamente perjudicial, tanto para la competitividad empresarial como para el bienestar de los trabajadores que ven empobrecidas sus condiciones de trabajo³, a la par que conlleva consecuencias devastadoras frente a las tasas de natalidad y el desarrollo del consumo en el medio o largo plazo, sin olvidar el inherente incremento gravoso del gasto público especialmente por lo que afecta a la prestación por desempleo⁴.

La necesidad de revertir tal nefasto indicador es uno de los objetivos fundamentales del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que, con el aval del diálogo social, diseña un nuevo «contrato adscrito a obra en el sector de la construcción». A tal fin, proporciona nueva redacción a la DA 3ª de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el mentado sector (LCS), que daba cobijo anteriormente a un desnaturalizado “contrato fijo de obra”, sustituido ahora por una modalidad contractual que asegura la estabilidad de los reclutamientos apuntalando las obligaciones empresariales de recolocación de las personas trabajadoras, que sólo podrán ser excepcionadas por motivos tasados, en cuyo caso la indemnización será equivalente al 70% de las cantidades salariales devengadas durante la vigencia del contrato⁵.

¹ Vid. INE, *Resultados provinciales. Ocupados. Distribución porcentual de los ocupados por sector económico y provincia*, en www.ine.es, 9 agosto 2022.

² J. CRUZ VILLALÓN, *Prólogo*, en F.J. CALVO GALLEGU (dir.), *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 25.

³ M.E. CASAS BAAMONDE, *Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate del grupo FIDE*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 3, p. 296.

⁴ J. CRUZ VILLALÓN, *La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 3, p. 210.

⁵ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El nuevo contrato “indefinido adscrito a obra” en el sector de la construcción*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, p. 143 ss.

1.1. Coordinadas económicas: algunas cifras de interés

A pesar del duro reajuste que las sucesivas crisis de 2008, 2012, 2020 y postpandemia han impuesto al sector de la construcción en España, lo cierto es que este continúa agrupando en la actualidad a una parte muy importante del tejido empresarial español y a un elevado número de personas ocupadas⁶. Así, en el año 2021, el número de afiliados a la Seguridad Social en este ámbito funcional sufrió un incremento de 1.322 personas. En concreto, el sector de la construcción en España cerró el año 2021 con casi 1,3 millones de empleados, lo que supone un incremento interanual del 4%, mientras que el número de empresas adscritas a esta actividad subió un 2,5% respecto al año anterior, hasta las 328.527 sociedades. Tomando como referencia el mes de enero de 2022, cabe señalar, siguiendo al Observatorio Industrial de la Construcción, un aumento de un 5,1% de personas afiliadas en el sector (15.129.749) y una disminución de 66.642 personas desempleadas con respecto al mes de enero del año anterior. Esta línea se mantiene en pendiente ascendente a lo largo de los cinco primeros meses del año 2022: febrero (15.214.561); marzo (15.348.911), abril (15.516.354) y mayo (15.698.230). En concreto, en mayo de 2022 el número de afiliados a la Seguridad Social en este sector se eleva un 2,9% frente al mismo mes del año precedente.

Todo ello sin olvidar que las previsiones de crecimiento de empleo para 2022 ascienden al 48%⁷, principalmente por lo que hace a los oficios de «Albañiles; Peones de la construcción de edificios; Encofradores y trabajadores de obras estructurales; Electricistas de la construcción y Pintores. Y destacan por su aumento los Montadores-instaladores de placas de energía solar; Mantenedores de edificios; Mecánicos-instaladores de refrigeración y climatización»⁸.

1.2. La apuesta por la rehabilitación urbanística

Tales parámetros numéricos deben coherenciarse con los nuevos retos de la economía circular y verde que se plantean al sector desde el contexto

⁶ F.J. CALVO GALLEGO, *Resumen ejecutivo*, en F.J. CALVO GALLEGO (dir.), *op. cit.*, p. 29.

⁷ IDEALISTA, *La construcción y el inmobiliario, entre los sectores que crearán más empleo en 2022 en todo el mundo*, en www.idealista.com/news, 15 diciembre 2021.

⁸ SEPE, *Observatorio de las Ocupaciones 2021. Informe del Mercado de Trabajo Estatal. Datos 2020*, 2021.

europeo y su traslación al marco español, que obligan a introducir un severo proceso de reconversión empresarial en el sector, capaz de abandonar el modelo de construcción expansiva altamente nociva para el medio ambiente y perturbadora desde el punto de vista de la cohesión social para adoptar un sistema edificatorio sostenible, vertebrado e integrador. Si la construcción tradicional sirvió de motor de crecimiento y de empleo en España en los primeros años del siglo XXI, el nuevo urbanismo diseñado bajo estas condiciones también está en disposición de impulsar la contratación en este sector, si bien ahora debe hacerlo con estándares de mayor calidad corrigiendo, como primera medida, las altas tasas de temporalidad, en un tránsito hacia el paradigma de las “*smart cities*”⁹.

El suelo ha de ser considerado no sólo como un sustrato de carácter económico sino también y, fundamentalmente, como uno de los más importantes recursos naturales de los que disponemos, debiendo atenderse en su regulación a toda una serie de factores diversos: entre ellos, el medio ambiente, la calidad de vida, la eficiencia energética, la movilidad, el transporte, la accesibilidad universal, la cohesión, la integración social, etc., no en vano un lugar destacado dentro de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) ocupa asegurar que «las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles»¹⁰.

Los edificios deben de adaptarse en aras a conseguir los imperativos de dignidad vital y eficiencia energética, contando con una suficiente ventilación, una correcta iluminación, un adecuado confort térmico, unas fáciles condiciones de accesibilidad, un óptimo saneamiento y una pertinente implementación de medidas de higienización respecto del tratamiento de aguas residuales¹¹. Este nuevo enfoque del urbanismo, centrado en la regeneración, rehabilitación y renovación urbanas, debe permitir incentivar la coyuntura económica e impulsar el desarrollo del empleo diseñando emplazamientos cohesionados y viviendas dignas y energéticamente más eficientes, logrando, a la postre, terminar con la autocomplacencia hacia unas deficientes condiciones laborales que han acompañado tradicionalmente al sector de la edificación de tiempos

⁹ Vid. J. VAN-HALEN RODRÍGUEZ, *Ciudades sostenibles: un reto inaplazable*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2015, n. 300, p. 24, y también D. SANTIAGO IGLESIAS, *Iniciativas para un futuro urbano sostenible: las smart cities*, en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 702.

¹⁰ M.I. RAMOS QUINTANA, *El futuro del trabajo y las mutaciones del empleo*, en *Trabajo y Derecho*, 2015, n. 11, p. 11 ss.

¹¹ M.L. GÓMEZ JIMÉNEZ, *Vivienda domótica adaptada a la emergencia sanitaria: ideas preliminares, retos y propuestas normativas para la sociedad post Covid-19*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2020, n. 337-338, p. 346.

pasados, con manifestación señera en las elevadas dosis de temporalidad¹².

1.3. La “eco-construcción” como oportunidad laboral

El agotado modelo de construcción expansiva incurrido desde el año 2008 en una profunda crisis llevó a iniciar un iter tendente a enderezar el rumbo existente, esto es, virar el empeño desde la creación de edificaciones *ex novo* con gran ocupación de terreno hacia la rehabilitación, regeneración y renovación en pos de una mayor sostenibilidad, que exige un cambio estructural profundo a fin de garantizar la transición a un nuevo modelo urbanístico global, esto es, cohesionado y, simultáneamente, transversal en materia de eficiencia, tecnología, multifuncionalidad, integración social y competitividad empresarial, generadora de ocupaciones laborales en condiciones dignas.

Se trata de crear nuevas oportunidades de empleo dentro de un sector de la “construcción ecológica”, menos manual y más avanzado desde el punto de vista técnico, incorporando materiales menos contaminantes, adelantados sistemas bioclimáticos y, cómo no, modernas herramientas, que permitan mejorar la salubridad futura de los edificios y de las actividades profesionales involucradas, a la par que de reducir las emisiones nocivas desde el punto de vista medioambiental y de aumentar la cohesión social.

Teniendo en cuenta que el parque inmobiliario español consta de 25 millones de viviendas, de las cuales un 90% de ellas construidas antes del último código técnico de la edificación, y un 60% antes de que existiera cualquier normativa de eficiencia energética, la [Estrategia de Transición Justa](#), bajo las pautas de Estrategia Europea de descarbonización y del *Pacto Verde Europeo*¹³, recoge la necesidad de transformar el sector, lo cual debe aprovecharse como una de las mayores oportunidades de empleo en la transición ecológica. Las áreas con más oportunidades en este sentido podrían ser las actuaciones sobre la envolvente térmica de los edificios, la optimización de los procesos de fabricación, la recuperación, valorización y reutilización de los materiales, la implantación de fuentes renovables en los edificios, las auditorías y evaluación de la eficiencia energética, los dispositivos de monitorización y control de las instalaciones de los edificios

¹² S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, [Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa](#), en *Temas Laborales*, 2020, n. 152, p. 13 ss.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El Pacto Verde Europeo*, 11 diciembre 2019, COM(2019)640 final.

o la edificación de nueva planta de consumo de energía casi nulo. La buena noticia es que la apuesta por el diseño de la construcción bajo estas nuevas coordenadas de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas va a resultar positiva desde dos puntos de vista: el relativo a la calidad en el empleo y el medioambiental. Atendiendo al segundo, no es ocioso recordar que a través de este nuevo modelo de urbanismo se va a redundar en la reducción de emisiones contaminantes, de gases de efecto invernadero o de producción de residuos, así como de los consumos de agua y energía, priorizando la utilización de materiales reutilizados o reciclados y de energías renovables frente a las fuentes de energía fósil¹⁴. Por lo que hace al primero, un sector fuerte dedicado a la edificación ecológica permitirá la creación de un nutrido conjunto de puestos de trabajo de mayor calidad que los asociados a la construcción tradicional, mejor retribuidos, con menores dosis de penosidad y, cómo no, diseñados bajo el principio de estabilidad¹⁵.

En el centro del nuevo urbanismo, los conjuntos edificados constituyen entramados de crecimiento económico, nudos competitivos para el transporte de personas, mercancías y capitales, polos de la innovación tecnológica y cultural, ejes de la eficiencia energética (escasez de emisiones contaminantes, de gases de efecto invernadero o de producción de residuos), así como motores para la igualdad y cohesión social, de suerte que el tránsito hacia esta meta conllevará la creación de cuantiosos puestos de trabajo estables y cualificados¹⁶, logro que, además, se mantendrá y afianzará una vez conseguida la ciudad compacta no sólo mediante las actuaciones destinadas al mantenimiento y conservación de los edificios y de las infraestructuras sino por la supresión de barreras para el acceso al mercado laboral y al desarrollo de la actividad empresarial¹⁷.

Sin duda, las ciudades deben de garantizar el bienestar de sus habitantes, integrando los criterios de sostenibilidad en todos los ámbitos y niveles, con el objetivo de asegurar el bienestar ambiental y la cohesión social, y deben asimismo tener en cuenta la relación entre los diferentes elementos que las componen (infraestructuras, servicios públicos, entorno natural, edificación

¹⁴ T. QUINTANA LÓPEZ, *Hacia un modelo de urbanismo sostenible*, en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *op. cit.*, p. 17.

¹⁵ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa*, cit., p. 13 ss.

¹⁶ H. ÁLVAREZ CUESTA, *Formas jurídicas de economía social en el nuevo urbanismo*, en *Revista jurídica de Castilla y León*, 2016, n. 39, p. 7.

¹⁷ M.V. GÓMEZ GARCÍA, *Una mirada sociológica a la movilidad sostenible: género y exclusión social*, en A. FORTES MARTÍN (dir.), *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano*, Aranzadi, 2019, p. 497 ss.

y movilidad) como claves del desarrollo empresarial y de la generación de ocupaciones dignas.

Este desiderátum – permítase la reiteración – no debe de hacer olvidar la necesidad de corregir las particularidades del trabajo en el sector de la construcción tradicional, donde la temporalidad de la contratación ha imperado de forma preocupante¹⁸. Se trata, a la postre, de desplazar la tradicional concepción desarrollista impulsora de un crecimiento urbano ilimitado fundado en una senda de despilfarro territorial¹⁹ por otra distinta que aplique el principio del desarrollo sostenible, poniendo el acento en la regeneración de la ciudad existente, con espacios públicos y dotaciones de servicios de calidad y unas condiciones ambientales que hagan de las ciudades un espacio para vivir más y mejor²⁰, en el que pueda desarrollarse el principio de libertad de empresa en condiciones que garanticen la competencia leal entre distintos operadores económicos capaz de generar nuevas oportunidades de empleo digno dentro de un sector de la construcción renovado²¹, con fuerte capacidad de arranque sobre otras ramas productivas (materiales para la edificación, otros productos básicos, instalaciones eléctricas, fontanería, carpintería, compras de maquinaria y equipos...).

1.4. Las políticas europeas de impulso a las denominadas “*smart cities*”

En Europa ha venido existiendo un amplio consenso sobre potencialidad que tienen los proyectos de regeneración urbana que se han concretado en diferentes iniciativas de la Política de Cohesión como mecanismo de desarrollo social y medioambiental capaz de generar ocupaciones de calidad. Así, desde los Proyectos Pilotos Urbanos entre los años 1990 y 1993, los programas comunitarios *URBAN*, en sus dos fases: *URBAN I* (1994-1999) y *URBAN II* (2000-2006), y las actuaciones integradas de regeneración urbana del periodo 2007-2013, dirigidos, todos ellos, tanto a rehabilitar el entorno físico (reurbanizando antiguos solares industriales, y

¹⁸ F. LÓPEZ RAMÓN, *El urbanismo sostenible en la legislación española*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2017, n. 311, p. 274.

¹⁹ J. VINUESA ANGULO, D. PORRAS ALFARO, [La dimensión territorial de la crisis de la vivienda y el despilfarro inmobiliario residencial](#), en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2017, n. 1, p. 105.

²⁰ Á. MENÉNDEZ REXACH, *Los objetivos económicos de la regulación del suelo (1956-2015)*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2017, n. 311, p. 293.

²¹ V. SÁNCHEZ, *Las implicaciones de la economía digital en el sector de la construcción*, en *Gaceta Sindical*, 2016, n. 27, p. 305.

conservando y desarrollando el patrimonio histórico y cultural), como al fomento de la iniciativa empresarial y el empleo²².

Es más, la propia Unión Europea ha insistido y alentado la necesidad de promover la generación de puestos de trabajo más productivos, acompañados de superiores derechos laborales y que garanticen una mayor calidad de vida a los trabajadores y sus familias, todo ello vinculado en gran parte al marco de los llamados empleos verdes, concretamente de aquellos vinculados con las energías renovables y el ahorro energético, ambos en directa conexión con la rehabilitación urbana²³, no en vano las *smart cities* constituyen los principales motores para la creación de empleo y para la eliminación de bolsas de pobreza y exclusión social²⁴. Buena muestra de estas premisas puede encontrarse en la Carta de Leipzig, del año 2007, sobre Ciudades Europeas Sostenibles, que recomienda llevar a la práctica dos principios basilares para poder afrontar los problemas urbanos de forma eficaz: un mayor uso de los enfoques relacionados con la política integrada de desarrollo urbano, creación y consolidación de espacios públicos de calidad, así como modernización de las redes de infraestructuras y una mejora de la eficiencia energética. Igualmente, cabe mencionar la Declaración de Marsella del año 2008, que refuerza el uso de la política de cohesión para los proyectos de desarrollo urbano integrado²⁵. Asimismo, procede aludir a la Declaración de Toledo, aprobada el 22 de junio de 2010 por los Ministros Responsables de Desarrollo Urbano de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, en la que se hace especial hincapié en que «la batalla principal de la sostenibilidad urbana se ha de jugar precisamente en la consecución de la máxima ecoeficiencia posible en los tejidos urbanos de la ciudad ya consolidada», destacando el valioso papel que habrá de corresponder, en tal sentido, a la regeneración urbana integrada como yacimiento de empleo²⁶.

Destacado ha sido también el protagonismo de la Comisión Europea en el tránsito hacia la ciudad cohesionada bajo la égida de la idea del desarrollo sostenible, preocupada, desde hace décadas, por destacar las

²² D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, *El VIII Programa Ambiental de la Unión Europea de 6 de abril de 2022*, en *Diario La Ley*, 2022, n. 10083.

²³ ILO, *Working towards Sustainable Development. Opportunities for decent work and social inclusion in a green economy*, 2012.

²⁴ J. VAN-HALEN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 24.

²⁵ D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, *El ambicioso Pacto Verde Europeo*, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2020, n. 101, p. 78 ss.

²⁶ L. CACHÓN RODRÍGUEZ, *La formación y los «nuevos yacimientos de empleo» en España*, en *Reis*, 1997, n. 77-78, p. 121.

potencialidades del medio ambiente urbano²⁷. Cabe mencionar, así – a título ejemplificativo –, la Decisión 2010/707, de 21 de octubre, que de manera específica ordena mejorar los entornos empresariales, estimular la creación de “empleo verde” y «ayudar a las empresas a que modernicen sus bases industriales»²⁸; e igualmente, sin ánimo exhaustivo, la Comunicación de la Comisión de 22 de enero de 2014, bajo el encabezamiento *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030*²⁹, donde la renovación de las ciudades adquiere gran protagonismo en la mejora de la calidad de vida y del empleo.

La Comisión presentó el 30 de enero de 2019 el Documento de Reflexión *Hacia una Europa sostenible en 2030*³⁰, que, con la finalidad de allanar la adopción de una estrategia en la materia, enmarca la iniciativa en los retos mundiales y europeos en materia de desarrollo sostenible, así como en lo realizado en el pasado, resaltando el papel precursor de la Unión en relación con dicho desarrollo. Asimismo, este documento de reflexión incorpora un apartado específico relacionado con la actividad urbanística y territorial, dedicado a *Energía, edificios y movilidad del futuro*³¹.

Bajo tales postulados, la Unión Europea ha insistido en la importancia de incrementar la eficiencia energética precisamente en el sector de la construcción, dando buena muestra de esta línea de actuación la Directiva (UE) 2018/844 relativa a la eficiencia energética de los edificios. Teniendo presente que los edificios consumen el 40% de la energía y suponen el 36% de las emisiones de CO₂ de la Unión Europea, esta Directiva trata de actuar sobre el sector aquí analizado para incrementar la eficiencia energética, persiguiendo como objetivos la creación de edificios inteligentes que ayuden a mitigar la pobreza energética y, en concreto, la planificación de un parque inmobiliario de emisiones bajas o nulas en la Unión Europea en el horizonte del año 2050, mediante la aplicación de hojas de rutas nacionales para la descarbonización de los edificios utilizando fuentes de energías renovables mencionadas en la Directiva (UE) 2018/2001: eólica, solar

²⁷ Cfr. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano*, 11 febrero 2004, COM(2004)60 final; A. FORTES MARTÍN, *El urbanismo y la ordenación espacial de la movilidad urbana sostenible*, en A. FORTES MARTÍN (dir.), *op. cit.*, p. 351.

²⁸ Vid. M.Á. GONZÁLEZ IGLESIAS, [La accesibilidad, la cohesión y la integración social](#), en [Revista Jurídica de Castilla y León](#), 2016, n. 39.

²⁹ COM(2014)15 final.

³⁰ COM(2019)22 final.

³¹ *Ibidem*, § 3.1.3. Vid. D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, *El octavo Programa Ambiental de la Unión Europea: la propuesta de decisión de 14 de octubre de 2020*, en *La Ley – Unión Europea*, 2020, n. 87.

térmica, solar fotovoltaica, geotérmica, calor ambiente, maremotriz, undimotriz y otros tipos de energía oceánica, hidráulica, biomasa, gases de efecto vertedero, gases de plantas de depuración y biogás³². En concreto, la Directiva (UE) 2018/844 pretende acelerar la renovación rentable de los edificios existentes, más específicamente, introduce sistemas de control y automatización como alternativa a las inspecciones físicas, fomenta el despliegue de la infraestructura para *e-mobility* e introduce un indicador de inteligencia para evaluar la preparación tecnológica del inmueble. Para ello, entre las modificaciones introducidas, implementa una estrategia a largo plazo para apoyar la renovación de los parques de edificios de los Estados Miembros, transformándolos en parques inmobiliarios con alta eficiencia energética y descarbonizados antes del citado año 2050³³.

Avanzando en esta línea, la Comisión ha aprobado, por un lado, la Recomendación (UE) 2019/786, de 8 de mayo, sobre renovación de edificios (residenciales o no, públicos y privados), que obliga a los Estados Miembros a adoptar una estrategia a largo plazo con la finalidad de lograr un parque inmobiliario con alta eficiencia energética y descarbonizado en 2050, realizando una transformación económicamente rentable de los edificios existentes en otros de consumo de energía casi nulo; y, por otro lado, la Recomendación (UE) 2019/1019, de 7 de junio de 2019, sobre modernización de edificios, que prevé que las inspecciones de los edificios se centren en particular en las cuestiones relativas a la eficiencia energética de los mismos, y establece medidas sobre dispositivos de autorregulación y automatización y sobre control de los edificios; así como, la implantación de infraestructuras de recarga para vehículos eléctricos, en edificios privados o adyacentes, determinando que los Estados Miembros lleven a cabo una planificación de la movilidad urbana sostenible, abordando problemas de congestión, contaminaciones atmosférica y acústica, accidentes de tráfico, accesibilidad para personas mayores o con discapacidad y uso eficiente del espacio público, entre otros.

Por su parte, la Agenda Territorial de la Unión Europea 2020, alude a que el uso integrador, sostenible y eficiente del territorio europeo y de los recursos es un elemento clave de la cohesión. Advierte que los grupos vulnerables y las minorías étnicas a menudo terminan concentrados en ciertas zonas urbanas y rurales, viéndose su integración obstaculizada. Por ello, propone el fomento y apoyo de todos los esfuerzos que lleven a hacer

³² A. GARCÍA LUPIOLA, *Normativa para el desarrollo sostenible: los paquetes legislativos “Economía circular” y “Energía limpia”*, en *Revista General de Derecho Europeo*, 2020, n. 50, p. 302 ss.

³³ M.Á. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, *La integración ambiental en la contratación pública: el certificado de eficiencia energética de los edificios*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 2018, n. 49, p. 7.

de las ciudades motores inteligentes del desarrollo sostenible e integrador, así como lugares atractivos para vivir, trabajar, visitar e investigar. Se recomienda, pues, que se aplique el enfoque integrado y multinivel para el desarrollo urbano y las políticas de regeneración.

Profundiza en ello la Comunicación de la Comisión de 14 de octubre de 2020, *Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas*³⁴, al apostar por la renovación del parque de edificios de la UE en tanto responsable del 40% del consumo energético de Europa y generador del 36% de las emisiones de efecto invernadero, razón por la cual su modernización supondría la posibilidad de reducir las emisiones de CO₂ además de ser un motor de crecimiento sostenible y de creación de empleo, poniendo el foco en tres ámbitos concretos: la descarbonización de la calefacción y la refrigeración, la lucha contra la pobreza energética y la mejora de los edificios menos eficientes y la renovación de edificios públicos. Asimismo, el VIII Programa Ambiental de la UE³⁵, entre sus objetivos prioritarios, incluye el fomento de la sostenibilidad medioambiental y la reducción de las principales presiones climáticas y medioambientales asociadas a la producción y el consumo, en particular en los ámbitos de la energía, la construcción y las infraestructuras.

Desde el punto de vista económico, el Reglamento (UE) 2021/1060, de 24 de junio de 2021, reseña cinco objetivos políticos para el FEDER, el FSE+, el Fondo de Cohesión y el FEMP (art. 5): una Europa más inteligente (transformación económica innovadora e inteligente); una Europa más verde y baja en carbono; una Europa más conectada (movilidad y conectividad regional en el ámbito de las TIC); una Europa más social (aplicación del pilar europeo de los derechos sociales); una Europa más próxima a sus ciudadanos (desarrollo sostenible e integrado de las zonas urbanas, rurales y costeras mediante iniciativas locales). Más específicamente, el Reglamento (UE) 2021/1058, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión, señala que, en el marco de un desarrollo urbano sostenible, se considera necesario apoyar un desarrollo territorial integrado para afrontar de forma más eficaz los retos económicos, medioambientales, climáticos, demográficos y sociales que afectan a las zonas urbanas, debiendo destinarse a este fin, al menos el 8% de los recursos del FEDER a escala nacional (art. 11).

Como documento aglutinador de la política *Geen Deal*, el *Pacto Verde*

³⁴ COM(2020)662 final.

³⁵ *Vid.* la Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030, 14 octubre 2020, COM(2020)652 final.

*Europeo*³⁶ prevé acciones, entre otras, en materia de uso eficiente de la energía y los recursos en la construcción y renovación de edificios. Insiste en la ineludible exigencia de avanzar hacia un uso eficiente no solo de la energía sino también de los recursos en la construcción y renovación de edificios, haciendo hincapié en que representan, en su totalidad y sin diferenciar en función de su fecha de edificación o entre los diversos usos a que puedan ir dirigidos, un 40% de la energía consumida, oscilando la tasa anual de renovación del parque inmobiliario en la Unión Europea en 2019 entre el 0,4 y el 1,2%, tasa escasa para alcanzar los objetivos europeos fijados en materia de eficiencia energética y clima. Se trata de un dato más alarmante aun si se toma en cuenta que, al mismo tiempo, unos 50 millones de consumidores tienen dificultades en el ámbito de la Unión para calentar convenientemente sus hogares. De ahí que «para responder al doble desafío de la eficiencia energética y la asequibilidad», la Unión Europea encomienda a los Estados miembros a emprender de forma conjunta «una “oleada de renovación” de edificios públicos y privados» en tanto vía más segura para reducir la factura energética y atenuar la pobreza energética, revitalizando, de paso, el sector de la construcción y brindando la oportunidad de apoyar, por lo demás, a las pymes y el empleo local. En concreto, el *Pacto Verde Europeo* se refiere expresamente, entre sus líneas estratégicas, a «garantizar que los edificios sean más eficientes desde el punto de vista energético»³⁷, de manera que se podrían crear *ad futurum* 450.000 nuevas ofertas laborales levantando edificios energéticamente más eficientes para cumplir con los requisitos de la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre, de Eficiencia Energética, modificada por la Directiva (UE) 2018/2002, y otros tantos para la readaptación de viviendas en aras a hacerlas energéticamente sostenibles³⁸. Es más, estas cifras podrán verse elevadas una vez conseguida la implementación de la ciudad compacta, dada la necesidad de mantenimiento óptimo de inmuebles e infraestructuras, tal y como señala la [Estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España](#) de 2020 diseñada en cumplimiento del art. 4 de la Directiva 2012/27/UE, entre cuyos objetivos se recogen los siguientes: «1) Rehabilitación energética de la envolvente térmica de los edificios

³⁶ Cfr. Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática.

³⁷ Cfr. COMISIÓN EUROPEA, [Un Pacto Verde Europeo. Esforzarnos por ser el primer continente climáticamente neutro](#), en [ec.europa.eu](#), 22 agosto 2022.

³⁸ A.M. OLMO GASCÓN, *Tratamiento del empleo verde en la normativa internacional y europea (especialmente en el pilar europeo de derechos sociales): la precisa reconfiguración de sus elementos jurídico-laborales*, en L. MORA CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017, p. 54.

existentes. 2) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones térmicas de los edificios existentes. 3) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de iluminación interior de los edificios existentes. 4) Construcción de nuevos edificios y rehabilitación de existentes con alta calificación energética. 5) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de frío comercial e industrial. 6) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de ascensores existentes en los edificios. 7) Mejora de la eficiencia energética en los Centros de Procesos de Datos. 8) Mejora de la eficiencia energética de electrodomésticos. 9) Mejora de la eficiencia energética a través de la domótica y sistemas inteligentes de gestión. 10) Mejora de la eficiencia energética a través de redes de calefacción y frío»³⁹.

Por último, como mecanismo de ayuda para salir del impacto sanitario, económico y social ocasionado por la pandemia del Covid-19, el Consejo Europeo aprobó el 21 de junio de 2020 el mayor instrumento de estímulo pecuniario jamás financiado, apodado bajo el rótulo *Next Generation*. Y, con el fin de contribuir a reparar los daños económicos y sociales causados por dicha epidemia, la Comisión Europea ha puesto en marcha el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia, como el instrumento central y el mejor dotado con 672.500 millones de euros. De manera directa, el objetivo del mecanismo es contribuir a la cohesión económica, social y territorial, haciendo de la UE un territorio resiliente, preparado frente a futuras crisis, más sostenible, digital y que cumpla el objetivo de neutralidad climática para 2050.

En fin, como puede fácilmente comprobarse la generación de empleo de calidad asociado a la construcción verde ocupa un lugar muy destacado en todos estos instrumentos de *hard* y *soft law*.

1.5. La proyección en España: cambio de modelo urbanístico

Pieza clave y punto de arranque en el tránsito hacia el moderno urbanismo es el propio Código Técnico de la Edificación, aprobado por RD 314/2006, de 17 de marzo, con el objetivo de contribuir de manera decisiva al desarrollo de las políticas en materia de sostenibilidad, derivadas del Protocolo de Kyoto o de la Estrategia de Gótemberg, que sintoniza con las nuevas exigencias de los procesos edificatorios y urbanizadores, fijando las

³⁹ M.Á. GONZÁLEZ BUSTOS, *Eficiencia energética en la edificación*, en R. GALÁN VIOQUE, I. GONZÁLEZ RÍOS (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Aranzadi, 2017, p. 249 ss.

exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones, en referencia tanto a la seguridad estructural y de lucha contra incendios, como a la salubridad, protección contra el ruido, el ahorro energético o la accesibilidad para personas con movilidad reducida, exigencias básicas que deben cumplirse en el proyecto, la construcción, el mantenimiento y la conservación de los edificios y sus instalaciones (art. 1.4).

Con mayor claridad aún, partiendo de lo dispuesto en la [Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local \(EESUL\)](#) de 2011⁴⁰, que asume cómo «la batalla de la sostenibilidad se ganará o se perderá, en buena medida, en las ciudades; es decir, en la manera de organizar, desde hoy, la ciudad del futuro, integrada a nivel territorial, en estrecha asociación con otras ciudades y sus áreas rurales circundantes», entendiéndose que tales circunstancias, sin duda, ayudarán a mejorar la calidad de vida y del empleo, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, apuesta de forma expresa por la denominada “*smart city*” como postulado inspirador del título III de su articulado, el cual incorpora una serie de reformas que, desde la salvaguarda medioambiental, inciden en los ámbitos centrales del entramado económico: la sostenibilidad del modelo energético, la reducción de emisiones, el transporte y la movilidad sostenible, y, especialmente relevante para el caso español, el impulso del sector de la vivienda desde la perspectiva de la rehabilitación como fuente generadora de ocupaciones⁴¹.

Herramienta basilar en esta Ley es, pues, la recuperación del sector de la construcción mediante una serie de reformas centradas en el impulso a la regeneración y la renovación urbanas, que consigan, entre otros loables objetivos, generar puestos de trabajo en el marco del concepto más amplio de sostenibilidad. Desde esta perspectiva y más en concreto, su art. 107, derogado posteriormente por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (LRRR), mencionaba la obligación de los poderes públicos de diseñar, de acuerdo con los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional, una política inspirada en las siguientes actuaciones: «fomento del uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio

⁴⁰ Aprobada por el Plenario de la Red de Redes de Desarrollo Local Sostenible en Granada el 17 de junio de 2011.

⁴¹ Según el informe de la Agencia Europea de Medio Ambiente correspondiente a 2016, España ocupaba el undécimo lugar en términos de intensidad de emisiones GEI de la economía (330 gr. CO₂ eq./euro), y el décimo lugar respecto a las emisiones per cápita (7,37 ton. CO₂ por hab.), por debajo en ambos casos de la media alcanzada en la UE-28 (336 gr. CO₂ eq./euro y 8,72 ton. CO₂ por hab., respectivamente). *Vid.* CES, [Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socio económica y laboral. España 2016](#), 2017, p. 54.

habitual en un contexto urbano seguro, salubre y adecuado, libre de ruidos y otras inmisiones contaminantes que excedan de los límites legalmente permitidos en cada momento y provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y hagan más eficaz su gestión»⁴². Estas operaciones han de contribuir activamente a la sostenibilidad ambiental, a la cohesión social y a la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos, tanto en las viviendas y en los edificios, como en los espacios urbanos. En realidad, las operaciones más relevantes de regeneración y renovación urbanas tienen, además, un carácter integrado al albergar medidas sociales, ambientales y económicas que al sumarse a las estrictamente físicas, permiten que se lleve a cabo, a través de una estrategia unitaria, la consecución de dichos objetivos.

Asentado el giro de modelo estatal de urbanismo, apostando a la luz del *Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español* de 2010, no por la construcción extendida, desenfrenada y exponencial, fruto de ambiciones especulativas, sino por procesos de reconstrucción urbana hacia la regeneración de la ciudad existente en la Ley 8/2013, seguidamente el Gobierno procede a aprobar mediante el RDL 7/2015, de 30 de octubre, el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRSRU), uno de cuyos objetivos fundamentales sigue siendo lógicamente el desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarios para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, postulado concretado en el art. 3, referido a un nuevo urbanismo marcado por el «uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente»⁴³.

En la consecución de tales loables propósitos, el sector de la construcción tiene una importancia sustancial, tal y como ha reconocido el CES de

⁴² *Vid.*, por extenso, J. HERVÁS MÁS, *Nuevo Régimen de la Regeneración Urbana*, Aranzadi, 2017.

⁴³ *Vid.* T. QUINTANA LÓPEZ, *Presentación. Hacia un urbanismo sostenible en Castilla y León. Fundamentos jurídicos para un cambio de modelo*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2016, n. 39, p. 2, o Á. MENÉNDEZ REXACH, R. MATA OLMO, *Presentación. Por la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas*, en *Ciudad y Territorio*, 2014, n. 179, p. 5.

España, que en 2016 aprobó su informe sobre *[El papel del sector de la construcción en el crecimiento económico: competitividad, cohesión y calidad de vida](#)*, cuyas recomendaciones y propuestas parten del apoyo a la recuperación de esta actividad de forma que «contribuya en el futuro de manera satisfactoria y sostenible al crecimiento económico, a la competitividad del tejido productivo, a la cohesión social y territorial y a la calidad de vida en España». Como con acierto ha puesto de relieve este organismo, es necesario adoptar las medidas necesarias para la reactivación de este sector, no sólo por la importancia cuantitativa, directa e indirecta, en la economía y el empleo de calidad (como mero botón de muestra si se rehabilitasen en España 10 millones de edificios hasta 2050 se generarían hasta 130.000 puestos de trabajo directos)⁴⁴, sino porque se podrían reducir drásticamente las emisiones nocivas⁴⁵, y se lograría incrementar la cohesión social y territorial y, al tiempo, erradicar la exclusión de ciertos sectores de la población en la línea marcada por la Nueva Agenda Urbana (*Habitat III*)⁴⁶, documento estratégico, sin carácter normativo, que fue tomada en consideración por el Consejo de Ministros, el 22 de febrero de 2019, y que persigue el logro de la sostenibilidad en las políticas de desarrollo urbano hasta 2030 y así hacer de nuestros pueblos y ciudades ámbitos de convivencia amables, acogedores, resilientes y saludables, fomentando la cohesión social. En concreto, su objetivo estratégico número 6 alude al fomento de la cohesión social y a la búsqueda de la equidad, con el que se pretende reducir el riesgo de pobreza y exclusión social en los entornos urbanos desfavorecidos.

En estas ideas insiste también el primer *Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica*, que introduce 57 medidas transversales y sectoriales en consonancia con las políticas climáticas y energéticas definidas en el *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030*, entre las cuales ocupa un lugar muy destacado la eficiencia energética en el sector residencial⁴⁷. Igualmente, cabe mencionar el *Plan de contratación pública ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las*

⁴⁴ Cfr. CCOO, *La sostenibilidad más allá de las palabras*, en [habitat.ccoo.es](#), 5 junio 2017; V. SÁNCHEZ (dir.), *Hacia un hábitat sostenible. Propuesta socioeconómica para la etapa post COVID19*, Instituto de Análisis del Hábitat, Fundación 1º de Mayo, 2020.

⁴⁵ MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO, *La Ley de Cambio Climático y Transición Energética entra en la recta final de su tramitación administrativa*, en [www.miteco.gob.es](#), 10 febrero 2020.

⁴⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible: Hábitat III, Quito, 17-20 octubre 2016.

⁴⁷ MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO, *El Gobierno aprueba el I Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica*, en [www.miteco.gob.es](#), 27 septiembre 2019.

entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025), que recoge un grupo de bienes prioritarios a los que aplicar criterios verdes, entre los cuales destacan la construcción y la gestión de edificios, además de la construcción y el mantenimiento de carreteras, suministro de electricidad, equipos de impresión y ordenadores, productos y servicios de limpieza, así como sistemas de climatización y transporte.

Bajo el paraguas de [Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030](#), la [Estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España](#) señala que el efecto de la política de rehabilitación energética en edificios del sector residencial sobre el empleo es positivo, pues se crearían entre 33 mil y 88 mil nuevos puestos de trabajo entre 2021 y 2030, lo que supondría un aumento del 0,44% sobre el empleo previsto en 2030. Tal efecto positivo estaría generado por las inversiones movilizadas debido a la sustitución de instalaciones térmicas en la primera mitad de la década y a medida que avanza el periodo, también lo hace el efecto de las inversiones en rehabilitación de la envolvente térmica⁴⁸.

Desde estas perspectivas, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, apuesta el desarrollo de edificios más eficientes sustentados bajo la utilización de materiales reciclados, herramientas con la menor huella de carbono posible y energías renovables como cauce para la creación de empleo de calidad, cifrado entre 250.000 y 350.000 personas al final de 2030 (exposición de motivos)⁴⁹.

Tampoco hay que olvidar el RD 390/2021, de 1º de junio, por el que se establece el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, con la finalidad no solo de promover la citada eficiencia en el parque edificado sino que la energía que consuman sea procedente de fuentes renovables, lo que habrá de repercutir en una reducción de las emisiones de CO₂ en este sector. La certificación energética de los edificios está llamada a desempeñar un papel relevante en la rehabilitación de las construcciones, de ahí la necesidad de establecer normativamente las condiciones técnicas y administrativas que han de cumplir⁵⁰.

Asimismo, el [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#) del Gobierno de

⁴⁸ MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, [ERESEE 2020. Actualización 2020 de la estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España](#), 2020, pp. 323 y 326.

⁴⁹ H. ÁLVAREZ CUESTA, [Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde Europeo y en el Proyecto de Ley de Cambio Climático en España](#), en [IUSLabor](#), 2020, n. 2.

⁵⁰ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, [Posibilidades de empleo en el marco de la rehabilitación de viviendas: reflexiones a la luz de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética](#), en [IUSLabor](#), 2021, n. 3.

España de 2021 insiste en la política de apoyo a la renovación de los parques nacionales de edificios residenciales y no residenciales, tanto públicos como privados, transformándolos en parques inmobiliarios con alta eficiencia energética y descarbonizados antes de 2050, facilitando la transformación económicamente rentable de los edificios existentes en edificios de consumo de energía casi nulo con una repercusión muy positiva en el empleo.

Sin perjuicio de que los edificios de nueva construcción habían de ser de consumo de energía casi nulo desde el 31 de diciembre de 2020, de conformidad con los requisitos mínimos que establece el Código Técnico de la Edificación, fecha ampliada por la normativa europea al año 2050, el potencial de ahorro energético se encuentra fundamental y prioritariamente en el parque edificado existente, ya que más del 53% de las viviendas son anteriores a la entrada en vigor de la primera normativa sobre aislamiento de 1979 y el consumo energético de las viviendas se ha incrementado en un 50%, sobre todo en calefacción y refrigeración, aumentando a un 75% si tomamos en cuenta el consumo de agua caliente sanitaria. En definitiva, en España la rehabilitación de las viviendas existentes supondría actuar sobre 23.000.000 de viviendas, ya que la mayoría del parque inmobiliario fue construido en ausencia de normativa que marcara pautas energéticas.

Procede mencionar, así, el RD-Ley 19/2021, de 5 de octubre, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, centrado en el impulso de las actuaciones de rehabilitación y mejora del parque edificatorio, tanto en ámbitos urbanos como rurales, para superar el grave deterioro del parque edificatorio, así como el RD 853/2021, de 5 de octubre, por el que se regulan los programas de ayuda en materia rehabilitación residencial y vivienda social del [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#), que articula, en sentido estricto, las inversiones a ejecutar hasta 2026 para la rehabilitación de viviendas y entornos residenciales, para la promoción de nuevas viviendas en alquiler asequible, aportando la regulación necesaria en el andamiaje jurídico, y, en definitiva, para instrumentar la movilización de esta inversión fundamental para la implementación de la Agenda Urbana española. Todo ello sin olvidar el RD 1124/2021, de 21 diciembre, por el que se aprueba la concesión directa a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla de ayudas para la ejecución de los programas de incentivos para la implantación de instalaciones de energías renovables térmicas en diferentes sectores de la economía, en el marco del [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#).

Elevando a categoría legal estas previsiones, la Ley 9/2022, de 14 de junio, de calidad de la arquitectura, reconociendo su valor económico, no sólo por

su contribución a la generación de empleo e ingresos, sino también desde el punto de vista de la resiliencia y de la economía circular, destacando su importante papel en la protección medioambiental, a la que puede contribuir decididamente integrando la edificación en el ecosistema natural del entorno en el que se encuentre, creando edificios y transformando espacios que sean acordes con aquél y utilicen menos materias primas, reduciendo el consumo energético y las emisiones de gases nocivos para el medio ambiente, y minimizando la generación de residuos y los gastos de mantenimiento. Ello sin olvidar el papel de la arquitectura para ofrecer soluciones al complejo entramado social facilitando la vida de las personas, dando respuesta a los nuevos retos, como son los vinculados a la movilidad, los cambios demográficos, la diversidad funcional, el envejecimiento de la población, la perspectiva de género y la inequidad.

En fin, como último botón en este excursus, es menester hacer alusión a la reciente Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del [*Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*](#), que en su exposición de motivos, alude al importante potencial de mejora del parque edificatorio, cuyo impulso va a permitir cumplir un doble objetivo: de un lado, a medio plazo, la neutralidad climática de aquí a 2050; de otro, a corto plazo el fomento del empleo y la actividad en este contexto de recuperación y crecimiento post pandemia. Así, explica que según datos del último Censo de Población y Viviendas del Instituto Nacional de Estadística, más de la mitad de los edificios residenciales es anterior a 1980, es decir, anterior a la entrada en vigor de la primera normativa reguladora de las condiciones térmicas de los edificios. Esta situación afecta a cerca de 5,5 millones de edificios residenciales y a unos 9,7 millones de viviendas principales. Asimismo, pone de manifiesto que si se analiza la calidad de los edificios existentes a partir de su calificación energética, se observa que más del 81% de los edificios existentes se sitúa en las letras E, F o G, en términos de emisiones, aumentando dicho porcentaje hasta el 84,5% de los edificios en el caso del consumo energético, lo que pone de manifiesto el importante potencial de la rehabilitación energética. Por el contrario, se observa que los edificios que alcanzan la mejor calificación, la letra A, apenas representan el 0,3% del total en el caso de las emisiones, y se sitúan en el 0,2% en el caso de consumo energético. A ello se suma que más de un 75% de los edificios residenciales no son accesibles y, del total de edificios residenciales que tienen 4 plantas o más, alrededor de un 40% no dispone de ascensor.

Al calor de todos estos ítems, la conclusión se presenta obvia: el proceso de regeneración y renovación urbanas va acompañado de cuantiosas oportunidades de empleo.

2. Los elevados índices de temporalidad en los trabajos asociados a la construcción tradicional

Aun cuando el empleo involucrado en el sector de la construcción siempre ha sido elevado en número, lo cierto es que ha dado buenas muestras de unas altas dosis de precariedad concurrentes: elevada temporalidad, una estructura ocupacional intensiva en mano de obra manual, un nivel de formación inferior a la media del resto de la economía, unos ritmos intensos de ejecución de las obras (destajos), un encadenamiento masivo de contrata y subcontratas ante un tejido productivo altamente atomizado, una escasa innovación, una baja intervención de mujeres, una elevada participación de asalariados maduros y de mano de obra extranjera, así como una ingente intervención de trabajadores autónomos precarios, todo ello acompañado de abundantes cotas de accidentabilidad.

Dentro de todas estas preocupantes variables que no responden al modelo de un trabajo decente, ocupa un lugar muy destacado la primera de las mencionadas, esto es, la temporalidad, no en vano atendiendo a las últimas estadísticas proporcionadas por el Observatorio del Sector de la Construcción, uno de cada 10 trabajadores cuenta con un vínculo de duración de determinada. O dicho en otras palabras, más del 90% de los trabajadores que acceden al mercado laboral a través de la construcción lo siguen haciendo mediante un vínculo a término hasta el punto de que el sector aquí analizado concentra el 14% de los reclutamientos temporales desde que se inició la recuperación a partir de 2014, aglutinando una tasa de temporalidad en torno al 40% (el doble que en conjunto de Europa y cuatro veces más que Alemania). Muy significativo es, por ejemplo, que el 41,9% de los asalariados en la construcción articulaban su relación en el segundo trimestre de 2019 mediante un contrato temporal, mientras que esta misma ratio, para el conjunto del sistema era “solo” del 26,4%.

Haciendo una foto fija del ámbito funcional aquí analizado, en el mes de diciembre de 2021, los contratos temporales por obra ascendieron a 41.153, los contratos eventuales a 11.310, los contratos de interinidad a 661, los contratos en prácticas a 253 y los contratos formativos a 43, mientras los contratos indefinidos sólo alcanzaron la cifra de 15.819. Este elemental recurso a la estadística da sobradas muestras de que los mayores índices de temporalidad se concentran en la contratación por obra o servicio determinado, dotado de una regulación *ad hoc* bajo la denominación de “contrato fijo de obra en el sector de la construcción”, modalidad actualmente derogada.

Así pues, detectado el problema y el factor desencadenante, no puede sino valorarse de forma positiva la reforma introducida por el RD-Ley 32/2021, que, fruto del diálogo social, entre otras importantes novedades, pretende revertir las altas tasas de inestabilidad corrigiendo las disfunciones que planteaba la regulación de la figura contractual mencionada. Ahora bien, antes de analizar las modificaciones introducidas por esta reforma, procede hacer un repaso siquiera breve de los pasos previamente dados desde el sistema jurídico laboral para reducir la temporalidad en el sector de la edificación.

3. Sucesivas respuestas desde el ordenamiento laboral

Aun cuando el trabajo en el sector de la construcción no forma parte del elenco de relaciones laborales especiales, lo cierto es que cuenta con un exhaustivo dispositivo jurídico específico.

Haciendo un repaso de las principales normas heterónomas que regulan el empleo en el sector de la construcción, cabe mencionar, en primer lugar, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, donde se regulan las exigencias técnicas y administrativas de la edificación y los agentes intervinientes. También, el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Por su parte, el RD 171/2004, de 30 de enero, que contiene una prolija regulación sobre coordinación de actividades empresariales desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales que se aplica con toda intensidad tanto en la fase de proyecto como de ejecución de la obra (DA 1^a), lo cual ayudará a aquilatar la distribución de obligaciones y responsabilidades entre todos los agentes presentes. A todo esto hay que añadir las previsiones legales del art. 42 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), relativo a las contratas y subcontratas, de especial incidencia aplicativa en esta actividad productiva, y, cómo no, la Ley 32/2006 y sus limitaciones al encadenamiento de contratas y subcontratas.

Tampoco cabe minusvalorar el papel de los interlocutores sociales, pues la construcción dispone hoy de una regulación convencional general y sectorial particular y diferenciada, además de muy elaborada, que contrasta con la escasez de otros sectores productivos. Constituye una unidad de negociación colectiva nacional que regula las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores reclutados por las empresas del sector a través

del Convenio Colectivo Estatal (CCSC, que va por su VI edición)⁵¹, de aplicación, a las actividades dedicadas a: a) construcción y obras públicas; b) conservación y mantenimiento de infraestructuras; c) canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales; d) embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos; e) comercio de la construcción mayoritario y exclusivista (art. 3).

Además de una estructura homogeneizadora, la regulación convencional nacional en este sector, reiterada sin fisuras en los convenios provinciales, introduce un régimen jurídico muy detallista de las condiciones de trabajo, mucho más allá de superfluas repeticiones de los textos normativos de rango superior o de meras remisiones a tales fuentes, evitando igualmente simples declaraciones programáticas o postulados cargados de buenas intenciones. Destacan cuantiosas cláusulas muy avanzadas en materias no sólo clásicas como régimen salarial, tiempo de trabajo, clasificación profesional o sistema disciplinario, sino en aspectos más novedosos en su atención por la negociación colectiva cuales son la prevención de riesgos laborales, las limitaciones a la subcontratación, la formación de los trabajadores o las previsiones sobre las posibilidades de intervención de las empresas de trabajo temporal.

3.1. Exigencias y restricciones a la subcontratación

La LSC establece un número mínimo de vínculos indefinidos para cuantas empresas se dediquen a ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en este sector de la construcción⁵². Resulta obligatorio, por tanto, para las empresas, que pretendan actuar en el sector de la construcción como contratistas o subcontratistas, disponer de un nivel mínimo de empleo fijo en relación al volumen total de la plantilla (incluyendo tanto el personal que trabaja en oficinas como el que presta servicios a pie de obra). A tal fin se marcan unas referencias porcentuales, proyectables al tiempo que ha ido transcurriendo desde la entrada en vigor de esta Ley para facilitar la adaptación de las estructuras empresariales a la nueva organización del trabajo que las exigencias legales establecen y al nuevo modelo de urbanismo⁵³. La forma de cómputo que establece el

⁵¹ En BOE, 26 septiembre 2017, n. 232.

⁵² M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El derecho de las contrataciones entre la licitud y la prevención*, en *Revista de Derecho Social*, 2006, n. 36, p. 52.

⁵³ S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción*, en J.R. MERCADER UGUINA (coord.), *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Lex Nova,

desarrollo normativo de esta Ley, el cual tuvo lugar por RD 1109/2007, que atiende a unos parámetros novedosos en el ordenamiento jurídico español, caracterizados por los dos siguientes aspectos: la flexibilidad en el cómputo, al tomar un período de referencia de doce meses con objeto de evitar exigencias desproporcionadas que resultarían de aplicar las reglas de forma diaria y mensual; la estricta proporcionalidad que se mantiene en la exigencia del porcentaje, al tomar como base los días trabajados por los trabajadores temporales e indefinidos a lo largo de esos doce meses⁵⁴. Su finalidad no es otra que terminar con la inveterada costumbre de crear empresas constructoras con una estructura material y laboral minimalista⁵⁵. El mecanismo habilitado se basa en dos cálculos relativamente sencillos y en la comparación de sus resultados. En primer lugar, se hallaría la dimensión laboral de la empresa mediante la división por trescientos sesenta y cinco de la suma de todos los días trabajados por cualquier empleado por cuenta ajena durante los últimos doce meses anteriores al momento del cálculo. Y ello, por tanto, con independencia de si siguen o no trabajando para la empresa y del tipo de contrato o de su duración superior o inferior al año, si bien no parece que puedan computarse los cedidos por empresas de trabajo temporal. A estos efectos, se tendrán en cuenta, además, tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación de cotizar⁵⁶.

Una vez obtenido este total, en segundo lugar, se calculará sobre el mismo el porcentaje que debería ser cubierto con trabajadores indefinidos, esto es, el 30% dada la fecha actual. Y finalmente, como tercer paso, se comparará este dato con el resultado de dividir, nuevamente entre trescientos sesenta y cinco, la totalidad de días trabajados por empleados con contratos indefinidos, incluidos los fijos discontinuos, durante el mismo período de tiempo de doce meses o el inferior específico para las empresas de nueva creación. En estos casos la principal duda sería cómo computar los días que durante ese período hayan trabajado aquellos empleados con contratos temporales posteriormente convertidos en indefinidos. El tenor literal de la norma parece apoyar el cómputo tan sólo de los días trabajados con esa

2007, p. 70.

⁵⁴ A. PEDRAJAS MORENO, T. SALA FRANCO, *La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*, en *Tirant Online*, 2007, n. 1.126.932, p. 8.

⁵⁵ A. MERINO SEGOVIA, *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Bomarzo, 2006, p. 56.

⁵⁶ J. GARCÍA BLASCO, M.C. AGUILAR MARTÍN, *La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007*, en *Aranzadi Social*, 2009, n. 17, p. 77 ss.

última condición, pero quizás no sea esa la solución más adecuada atendiendo a la finalidad del precepto, pues impediría que una empresa pudiera rápidamente ajustarse a las exigencias de la norma. De ahí que parezca más razonable computar todos los días trabajados por esos empleados con independencia de que en el momento de prestar los servicios lo hicieran bajo una relación temporal. Desde esta misma perspectiva, tampoco podrán computar como trabajadores indefinidos los mal denominado “contrato fijo de obra”, que permitía a un trabajador participar sucesivamente en varias construcciones durante un período máximo de tres años, o incluso más si los trabajos de su especialidad se extienden más allá del citado plazo, prolongándose éste hasta la terminación de la última obra emprendida⁵⁷, pero sí podrán tenerse en cuenta los contratados bajo la nueva modalidad de “contrato indefinido adscrito a la obra”⁵⁸.

Al tiempo, esta Ley no trata de erradicar el fenómeno de la subcontratación ni de auspiciar que todos los trabajadores pertenezcan a la empresa principal, pero sí de que existan estrictos controles que aseguren que las empresas contratistas y subcontratistas no eludan sus responsabilidades, ofrezcan garantías y cumplan adecuadamente con sus obligaciones de seguridad, estando provistas de una organización, capacidad económica, medios técnicos eficaces, maquinaria y trabajadores formados para obtener una producción competitiva, de calidad y desarrollada en condiciones tales que no pongan en riesgo la seguridad y salud de los asalariados, aspectos todos ellos a valorar muy positivamente en el nuevo urbanismo y las actividades empresariales que conlleva, admitiéndose únicamente con carácter excepcional las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel⁵⁹.

En todo caso, a la luz de la nueva versión introducida en el art. 42 ET por el RD-Ley 32/2021, «el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III», lo cual garantiza la aplicación de las condiciones

⁵⁷ C. ARAGÓN GÓMEZ, *El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2008, n. 2, p. 21 ss.

⁵⁸ H. ÁLVAREZ CUESTA, *La precariedad laboral. Análisis y propuestas de solución*, Bomarzo, 2008, p. 115.

⁵⁹ E. LANZADERA ARENCIBIA, *La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2007, n. 288, p. 45 ss.

del CCSC en los supuestos de descentralización. No obstante, «cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del art. 84», que ya no recoge la preferencia del convenio de empresa para los aspectos económicos salvo regulación *in melius* frente al sector⁶⁰.

3.2. Vetos a la intervención de empresas de trabajo temporal

Desde el punto de vista económico-productivo, resulta interesante para las organizaciones dedicadas a la construcción poder recurrir a las empresas de trabajo temporal (ETT), cuya actividad principal sigue constituyendo, pese a otras posibilidades (intermediación en el mercado de trabajo, formación o asesoramiento jurídico-laboral), en suministrar, en régimen de exclusividad y de monopolio, trabajadores de manera temporal a empresas usuarias (art. 1, Ley 14/1994, de 1º de junio, de Empresas de Trabajo Temporal (LETT))⁶¹. Otra cosa es que tal proceder contribuya a elevar las tasas de temporalidad en el sector, de ahí que sea procedente establecer alguna cautela.

Conviene recordar que, con anterioridad al régimen actual, el art. 8 del RD 216/1999, de 5 de febrero, contemplaba un listado de trabajos para los cuales resultaba taxativamente prohibida la cesión⁶². La cuestión procedía del art. 5.1 de la Directiva 91/383/CEE, que permitía tal exclusión, o, en su defecto, la provisión de un control médico especial que pudiera, incluso, extenderse una vez concluida la relación laboral. El legislador interno, tomando como referente el *Code du Travail* francés, optó por la primera hipótesis en la redacción del derogado art. 8.b LETT 1994, en virtud del cual «las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición [...] para la realización de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente», lo cual tuvo lugar, de forma tardía, a través del mencionado art. 8 del RD 216/1999.

La enumeración *numerus clausus* efectuada por este precepto reglamentario

⁶⁰ L.E. NORES TORRES, [La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre](#), en [Labos, 2022, n. extra](#), p. 73 ss.

⁶¹ Vid. F.J. CALVO GALLEGO, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2010, n. 21-22, p. 160.

⁶² J.R. MERCADER UGUINA, *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal (notas al Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1999, n. 10, p. 100.

se circunscribía a nueve actividades⁶³, siendo de interés para este estudio la primera referida a «trabajos en obras de construcción a los que se refiere el Anexo II Real Decreto 1627/1997», en el cual se contemplaba una relación no exhaustiva, a saber: «a) Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados o el entorno del puesto de trabajo. b) Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos supongan un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible. c) Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas. d) Trabajos que expongan a riesgos de ahogamiento por inmersión. e) Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos. f) Trabajos realizados en inmersión con equipos subacuáticos. g) Trabajos realizados en cajones de aire comprimido. h) Trabajos que impliquen riesgos de explosivos. i) Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados»⁶⁴.

En la actualidad, sin embargo, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ha modificado la letra *b* del art. 8 LETT, e incorporando una nueva DA 2ª a esta Ley mucho más restringida que el régimen anterior, vetando la intervención de las ETT únicamente en tres supuestos⁶⁵ (radiaciones ionizantes en zonas controladas, según el RD 783/2001, de 6 de julio, modificado por RD 1439/2010, de 5 de noviembre; agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera o segunda categoría, según el RD 665/1997, de 12 de mayo, modificado por RD 427/2021, de 15 de junio; agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el RD 664/1997, de 12 de mayo, en su última redacción de la mano de las Ordenes TES/1180/2020 y EFP/1207/2021)⁶⁶, quedando derogado el

⁶³ B. AGRA VIFORCOS, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ (dir.), *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo. II Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre Prevención de Riesgos Laborales*, Eolas, 2011, p. 329 ss.

⁶⁴ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Protección de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *La seguridad y salud en el trabajo a través de los convenios colectivos de Castilla y León*, Universidad de León, 2006, pp. 216-217.

⁶⁵ Vid. A. DORREGO DE CARLOS, *La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT*, en *Diario La Ley*, 2010, n. 7488.

⁶⁶ F.J. CALDERÓN PASTOR, *Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo*, en *Información Laboral – Jurisprudencia*, 2010, n. 8, pp. 13-14.

precepto mencionado del RD 216/1999⁶⁷.

Se abre, por tanto, la posibilidad de que los trabajadores de una ETT puedan ser contratados para realizar trabajos peligrosos e insalubres tradicionalmente vetados en el sector de la construcción. Cabe, no obstante, que los acuerdos interprofesionales o la negociación colectiva de ámbito estatal establezcan, de forma motivada, en las actividades, recogidas anteriormente en el art. 8 del RD 216/1999, que no se han incorporado a la nueva DA 2ª LETT, limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición para determinados empleos u ocupaciones de especial peligrosidad, siempre que se cumplan unos estrictos requisitos: habrán de referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas, sin que quepan, por tanto, exclusiones globales relativas a sectores enteros de la actividad; deberán justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos afectados; y tendrán que fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral⁶⁸.

Esto implica, sin lugar a dudas, un control administrativo y judicial sobre los acuerdos tomados por los sujetos negociadores para evitar posibles restricciones intencionadas que intenten eludir lo prescrito por la norma⁶⁹.

Contando con esta habilitación legal, sobre la que no se pronuncia el RD 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Trabajo Temporal, el Anexo VII CCSC recoge un listado de puestos de trabajo y/o trabajos asociados a estos puestos de trabajo limitados para la realización de contratos de puesta a disposición por motivos de seguridad y salud en este sector, incluyendo una justificación explícita de tal limitación, que puede ser absoluta o relativa, atendiendo a la siguiente clasificación en cinco epígrafes: a) construcción y obras públicas; b) conservación y mantenimiento de carreteras y líneas férreas; c) canteras, areneras y graveras; d) obras marítimas; e) comercio de construcción. De mayor interés al objeto del presente estudio son los apartados a) y e). En este último, todos los puestos de trabajo están permitidos, mientras en el

⁶⁷ C. CARRERO DOMÍNGUEZ, F.J. BLASCO DE LUNA, *La Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de diciembre*, Lex Nova, 2010, p. 309.

⁶⁸ J. LÓPEZ LÓPEZ, C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Intermediación en el mercado de trabajo y empresas de trabajo temporal en la reforma 2010: sobre la violación de derechos fundamentales*, en A. BAYLOS GRAU (dir.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*, Bomarzo, 2011, p. 129.

⁶⁹ R. MORÓN PRIETO, *Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Comentarios a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Quantor, 2010, pp. 66-67.

primero se encuentran totalmente prohibidos a la intermediación de ETT los puestos de encargado-capataz, jefe de laboratorio, artillero, cantero, marmolista, montador de aparatos de elevación, montador de andamios, pocero, soldador de estructuras metálicas, soldadores y oxicortadores y tejeros. Además, se encuentran limitados de forma relativa los siguientes: administrativo obra; auxiliar de laboratorio; auxiliar de topografía; jefe de obra; mecánico; técnico de prevención en obra; topógrafo; albañil; carpintero de aluminio, metal y PVC; carpintero de madera; cerrajero; chapista industrial; colocador de pavimentos ligeros; colocador de prefabricados; colocador de techos técnicos; conductor de camión; cristalero; electricista; encofrador; escayolista/yesista; ferrallista; fontanero; gruista; implantador de medidas de seguridad; instalador calefacción y ACS; instalador de gas; instalador de impermeabilizaciones; mampostero; mantenedor/mecánico industrial; montador de estructuras metálicas; operador de maquinaria; pintor señalista OC; pintor/empapelador; pulidor abrillantador suelos; revocador revestidor/estucista; solador alicatador; o peón. El propio CCSC aclara que estos puestos de trabajo no podrán prestarse por contrato de puesta a disposición por parte de una ETT cuando impliquen riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores en los mismos ítems que aparecían en el Real Decreto derogado a los que anteriormente se ha hecho referencia.

En estos tasados cometidos no es legítima la intervención de las ETT en el sector de la construcción, quedando limitada por esta vía la posibilidad de reclutamiento a término.

3.3. El derogado “contrato fijo de obra” como exponente de la inestabilidad

Dentro de la regulación convencional, cohesionada y avanzada, procede alertar sobre la detallada regulación del actualmente derogado “contrato fijo de obra”, arraigado desde la antigua Ordenanza de la Construcción, Vidrio y Cerámica⁷⁰, cuyo régimen jurídico se encontraba en el art. 24 CCSC, previa delegación de la DA 3ª LSC⁷¹, y que sirvió de pretexto para elevar las tasas de temporalidad en el sector, pues pese a su categórica denominación, su naturaleza jurídica no es sino la de un contrato a término⁷², que con carácter

⁷⁰ En BOE, 5 septiembre 1970, n. 213.

⁷¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa*, cit., p. 29 ss.

⁷² Vid. A. PEDRAJAS MORENO, T. SALA FRANCO, *Miscelánea Jurisprudencial: Acerca de la legalidad de los contratos de obra o servicio determinado cuando el trabajador trabaja en varias obras de la*

general se concierta «para una sola obra» hasta que «finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra»⁷³, los cuales han de estar debidamente especificados en el contrato⁷⁴. Todo ello en el bien entendido sentido de que el cese puede realizarse paulatinamente porque lógicamente no todos los oficios o tareas dentro de la misma obra finalizan en un mismo instante⁷⁵, exigiendo además un preaviso de 15 días y generando una indemnización compensatoria por falta de preaviso⁷⁶. Incluso, se admite que «el personal fijo de obra preste servicios a una misma empresa, en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término»⁷⁷. Dicho en otras palabras, a la luz del art. 24 CCSC «no se producirá sucesión de contratos por la concertación de diversos contratos fijos de obra para diferentes puestos de trabajo en el sector», al tiempo que «la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el período y durante el plazo establecido en el anterior art. 15.5 ET (en aquel momento, 24 meses en un período de 30, ahora 18 dentro de 24 pero solo para el contrato por circunstancias de la producción), no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto»⁷⁸. Estas dos submodalidades – para una sola obra o para distintas dentro de

misma empresa. Sobre la licitud de la utilización de un contrato genérico, con determinación posterior de las obras a realizar, Tirant lo Blanch, 2006; también C. ARAGÓN GÓMEZ, *La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra*, en J.R. MERCADER UGUINA (coord.), *op. cit.*, p. 189, o C. ARAGÓN GÓMEZ, *El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?*, cit., p. 21 ss.

⁷³ Cfr. STSJ Galicia 21 octubre 2005 (rec. 4488/2005), STSJ Madrid 13 marzo 2006 (rec. 5997/2005), STSJ País Vasco 14 marzo 2006 (rec. 143/2006) o STSJ Cataluña 15 octubre 2008 (rec. 5425/2008). Si el contrato se extingue antes de la finalización de dichos trabajos, se trataría de un supuesto de despido. *Vid.* STSJ Madrid 13 julio 2006 (rec. 1733/2006) y 27 diciembre 2006 (rec. 5139/2006), STSJ Comunidad Valenciana 19 diciembre 2006 (rec. 3633/2006) y STSJ Cataluña 26 septiembre 2012 (rec. 3144/2012).

⁷⁴ STSJ Madrid 29 enero 2008 (rec. 5148/2008).

⁷⁵ STSJ Madrid 28 mayo 2007 (rec. 2032/2007), STSJ País Vasco 27 abril 2010 (rec. 508/2010), STSJ Cataluña 23 mayo 2011 (rec. 887/2011), STSJ Galicia 13 julio 2011 (rec. 1851/2011) y 4 noviembre 2011 (rec. 3264/2011), STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 20 diciembre 2011 (rec. 674/2011), STSJ Galicia 12 marzo 2012 (rec. 5828/2011) o STSJ Andalucía, Málaga, 13 febrero 2014 (rec. 1745/2013).

⁷⁶ STSJ País Vasco 3 mayo 2005 (rec. 277/2005) y 15 noviembre 2005 (rec. 1641/2005).

⁷⁷ F.J. CALVO GALLEGO, M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *Ingreso al trabajo y modalidades contractuales*, en F.J. CALVO GALLEGO (dir.), *op. cit.*, p. 282 ss.

⁷⁸ C. ARAGÓN GÓMEZ, *La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra*, cit., p. 189.

la misma provincia – han ido constantemente escapando de las distintas normas legales sobre limitación máxima de la duración del contrato de obra – especialmente la primera – o sobre limitación en la sucesión de contratos temporales (art. 15.5 ET), en parte por la fijación de una indemnización por finalización del contrato bastante elevada (7% de los conceptos salariales devengados)⁷⁹.

En fin, el cese de los trabajadores en esta vía contractual actualmente derogada responde a una sencilla triple causa: a) si finalizan los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra; b) cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra haga innecesario el número de los contratos para su ejecución, debiendo reducirse este de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada; c) si se produjera la paralización temporal de una obra por causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad⁸⁰.

Aun cuando la doctrina judicial vino convalidando el régimen jurídico de este contrato⁸¹, lo cierto es que, en la práctica, la adquisición de la condición de fijo venía inviable para este sector de la actividad⁸².

4. El nuevo “contrato indefinido adscrito a obra” en el RD-Ley 32/2021

Con carácter general, la reforma de 2021 introduce tres novedades de especial interés para el sector de la construcción: en primer lugar, pone fin a la utilización del contrato por obra o servicio; en segundo término elimina la posibilidad de recurrir al contrato por obra o servicio asociado a una contrata, que ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo vertida en sentencias 29 diciembre 2020 (rec. 1137/2020) y 2 febrero 2021 (rec. 3645/2018) había restringido, admitiendo como vía válida de reclutamiento la figura del “contrato fijo discontinuo”; en tercer lugar, con carácter más específico modifica profundamente la figura del anterior “contrato fijo de

⁷⁹ Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, R. AGUILERA IZQUIERDO, *Contratación temporal en la negociación colectiva*, en AA.VV., *La contratación y el empleo en la negociación colectiva. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2011, pp. 62-63, o F.A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, *El contrato fijo de obra, el artículo 15.5 del ET y las reformas laborales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2015, n. 382, p. 109.

⁸⁰ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El nuevo contrato “indefinido adscrito a obra” en el sector de la construcción*, cit., p. 158.

⁸¹ STS 15 junio 2011 (rec. 2005/2010).

⁸² Vid. F.A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, *op. cit.*, p. 109, o S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa*, cit., p. 13 ss.

obra”⁸³.

En concreto, por lo que se refiere a esta modalidad contractual, la reforma de 2021 aporta cuatro cambios sustanciales: a) desaparece la remisión legal al convenio colectivo de sector estatal para disciplinar el régimen jurídico de esta modalidad contractual; b) cambia la denominación del contrato de trabajo, que pasa a llamarse, como ya consta, “contrato indefinido adscrito a obra”; c) se regula la extinción por motivos inherentes al trabajador; d) otras cuestiones adyacentes como la recolocación y formación⁸⁴.

Como con acierto se ha dicho, tras el RD-Ley 32/2021, «la adaptación a la temporalidad del objeto de la prestación de servicios se ha desplazado desde la duración del contrato de trabajo a la regulación de una causa específica de extinción contractual del nuevo contrato indefinido adscrito a obra [...], cambiando, así, el enfoque desde la flexibilidad de entrada a la flexibilidad de salida»⁸⁵. Se dibuja, como se tendrá ocasión de comprobar, un contrato indefinido en el que se establecen razones extintivas específicas, lo cual provoca, a la postre, que, pese a su nombre, no sea sino, de nuevo, un vínculo de duración determinada pero con amplias posibilidades de recolocación⁸⁶, lo cual garantiza su perdurabilidad.

4.1. La impronta de la sentencia *Acciona Agua*

El RD-Ley 32/2021 apuesta por un nuevo modelo de contratación en el sector de la construcción basado en el principio de estabilidad, siguiendo la senda marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuya sentencia *Acciona Agua*⁸⁷ se había manifestado muy crítico con el diseño del anterior “contrato fijo de obra”. El Tribunal de Justicia vino a señalar que el “contrato fijo de obra de la construcción” (en su regulación convencional

⁸³ Vid. V.P. LAFUENTE PASTOR, *El contrato de obra o servicio en la construcción en el nuevo escenario de la Ley 32/2006*, en J. GARCÍA BLASCO (dir.), *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del RD 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla*, Aranzadi, 2009, p. 147 ss.

⁸⁴ Vid. M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 101.

⁸⁵ A. VICENTE-PALACIO, [La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrataciones](#), en [Revista Crítica de Relaciones de Trabajo](#), 2022, n. 2, pp. 83 y 85.

⁸⁶ J.M. GOERLICH PESET, *La reforma de la contratación laboral*, en J.M. GOERLICH PESET, J.R. MERCADER UGUINA, A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 58.

⁸⁷ STJUE 24 junio 2021, asunto C-550/19, *EV c. Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, S.A.*

previa a la reforma laboral 2021) no previene el fraude en la temporalidad al permitir renovar contratos indefinidamente en sucesivas obras lo que no supone sino «una utilización abusiva», pues «el trabajador en realidad desempeña de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa que lo emplea». Este pronunciamiento judicial pone seriamente en entredicho que el extinto contrato fijo de obra se ajuste a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada⁸⁸.

Los hechos enjuiciados vienen referidos a un trabajador, reclutado bajo sucesivos contratos fijos de obra (seis en total) durante un lapso temporal de más de 25 años, que reclama su antigüedad desde el 8 de enero de 1996. A la luz de tales extremos, el Juzgado de lo Social n. 14 de Madrid plantea cuestión prejudicial sobre la regulación española del citado contrato.

En respuesta, el órgano judicial europeo establece que «la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, de conformidad con el conjunto de normas del Derecho nacional aplicables, si la limitación a tres años consecutivos, salvo que concurren determinadas condiciones, del empleo de los trabajadores de duración determinada ocupados con contratos “fijos de obra” por una misma empresa en distintos centros de trabajo dentro de la misma provincia y la concesión a estos trabajadores de una indemnización por cese – en el caso de que dicho órgano jurisdiccional constate que efectivamente se adoptan estas medidas con respecto a dichos trabajadores – constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada o “medidas legales equivalentes”, en el sentido de la referida cláusula 5, apartado 1». Reseña, además, que en cualquier caso, «tal normativa nacional no puede ser aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trata de un modo tal que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada “fijos de obra” se considere justificada por “razones objetivas”, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables»⁸⁹.

⁸⁸ M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *op. cit.*, p. 102.

⁸⁹ Sentencia *Acciona Agua*, cit., apartado 80. *Vid.* E. ROJO TORRECILLA, [UE. Límites a la](#)

En suma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sospecha del posible subterfugio inherente a la utilización del “contrato fijo de obra”, lo cual ha llevado a la reforma de 2021 a introducir una nueva redacción en la DA 3ª LSC, inspirada en parámetros distintos frente a la regulación previa. Aun cuando incorpora al tenor legal varias previsiones recogidas con anterioridad en la norma convencional, lo cierto es que da nuevo contenido al “contrato indefinido adscrito a la obra”.

4.2. Objeto contractual. Su conexión con el ámbito funcional del convenio del sector

Como ya consta, con la reforma de 2021, se sustituye la anterior denominación de “contrato fijo de obra” por la de “contrato indefinido adscrito a la obra”, cuyo objeto es ahora la realización de «tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción»⁹⁰, al que se extiende su

utilización del contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19), en www.eduardorojotorrecilla.es, 24 junio 2021.

⁹⁰ Conforme al Anexo I CCSC: «a) Las dedicadas a la Construcción y Obras Públicas, comprendiendo: – Albañilería. – Hormigón. – Pintura para decoración y empapelado. – Carpintería de armar. – Embaldosado y solado. – Empedrado y adoquinado. – Escultura, decoración y escayola. – Estucado y revocado. – Piedra y mármol, incluyéndose las fábricas y talleres de sierra y labra, tanto mecánica como manual. – Portlandistas de obra. – Pocería. – Canteras, graveras, areneras y la explotación y manufactura de tierras industriales, bien explotadas a cielo abierto, galerías o minas y vetas explotadas para uso propio por las empresas dedicadas principalmente a la construcción y obras públicas en general, aunque la producción no se absorba totalmente por las mismas. – Canteras, graveras y areneras, cuya materia se destine a construcción y obras públicas y no sean explotadas directamente por empresas constructoras. – Los trabajos que se realicen en los puertos, en tierra firme, muelles y espigones. – Fabricación de elementos auxiliares y materiales de la construcción para su exclusiva o preferente utilización y consumo, absorbiéndose en las propias obras toda o la mayor parte de dicha producción. – Regeneración de playas. – Movimiento de tierras. – Carpintería utilizada por las empresas de la construcción, bien sea en las obras o en sus talleres; sin embargo, no será de aplicación este Convenio a aquellos talleres de carpintería que aún trabajando con elementos para la construcción no pertenezcan a empresas de este ramo. – Colocación de artículos de piedra artificial, pulimentada o sin pulimentar, así como su fabricación a pie de obra para la utilización exclusiva de la misma. – Colocación de aislantes en obras, como actividad principal. – Abastecimiento y saneamiento de aguas, colocación de tuberías y elementos accesorios de las mismas; apertura y cierre de zanjas y sus reparaciones, incluyendo las que se realizan para cualquier clase de instalaciones de suministros, tales como gas, teléfono, electricidad, etc., cuando sea empleado, principalmente, personal, y ocupado la mayor parte de su jornada laboral,

marco objetivo de aplicación, siguiendo aquí la doctrina vertida en pronunciamientos judiciales previos⁹¹.

Al tiempo, se continúa entendiendo de una forma muy amplia el principio de causalidad justificativa del recurso a este vínculo, pero adoptando un punto de vista radicalmente contrario porque el nexo actualmente diseñado tiene carácter indefinido. Y no se alude, en lo que no es sino una diferencia sustancial, a la posibilidad habilitada en convenio colectivo de prestación de servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo sucesivos

de construcción y obras públicas por ser ésta la actividad principal o nuclear que se lleve a cabo en el correspondiente centro de trabajo o contrata. – La confección de cañizos y cielos rasos. – Las empresas inmobiliarias, incluidas las cooperativas de viviendas. – Las empresas dedicadas al estudio, planeamiento y construcción de obras públicas y particulares (carreteras, viaductos, túneles, autopistas, pasos elevados) o simplemente a la realización de las obras indicadas. – La promoción o ejecución de urbanizaciones. – La promoción de la edificación de inmuebles de cualquier género. – Empresas dedicadas a cimentaciones y las que realicen sondeos para la construcción principalmente. – Empresas cuya actividad principal consista en el alquiler de maquinaria y equipo para la construcción, con el personal para su manejo. – Empresas de rehabilitación, mantenimiento y demolición y derribos de obras. – Talleres de fabricación de ferralla, cuyo destino principal sea para la construcción. – Los trabajos verticales de construcción, rehabilitación, reparación y pintura. – Gestión de residuos en obra. – Las de control de calidad para la construcción y obras públicas. – Trabajos de montaje refractario y de pavimento. b) La conservación y mantenimiento de autopistas, autovías, carreteras y vías férreas, en desarrollo de lo previsto en el apartado b) del artículo 3 del presente Convenio. c) Canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales. En desarrollo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 3 de este Convenio, son aplicables sus preceptos a las relaciones de trabajo en las empresas dedicadas a la explotación de canteras, graveras y areneras, para la obtención de piedra para la construcción y tierras silíceas refractarias y demás industriales, bien explotadas a cielo abierto, galerías o minas que no se exploten como industria auxiliar de otra principal que se hallé reglamentada. Se exceptúan los trabajos de las empresas explotadoras de tierras industriales que vengan regulándose por la Reglamentación Nacional de Trabajo en las Minas de Fosfatos, Azufre, Potasa, Talco y demás explotaciones mineras no comprendidas en otra Reglamentación. d) Embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos. En desarrollo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 3 de este Convenio, son de aplicación sus preceptos al personal de embarcaciones, artefactos flotantes y explotaciones de ferrocarriles auxiliares de las obras de puertos y, en general, a todos aquellos trabajadores empleados en la construcción o reparación de los mismos, así como las ampliaciones, modificaciones y excepciones que se establezcan para este grupo siempre y cuando el trabajo del mismo se efectúe de manera exclusiva para la construcción y reparación de los puertos. e) El comercio de construcción mayoritario y exclusivista. En desarrollo de lo dispuesto en el apartado e) del artículo 3 de este Convenio, se regirán por el mismo el comercio de cualquiera de los artículos elaborados por empresas incluidas dentro del ámbito de este Convenio o destinadas al uso principal de las mismas, con arreglo a sus propias funciones y actividades, siempre que sean mayoristas y exclusivistas».

⁹¹ Entre otras, STSJ Madrid 7 junio 2019, n. 637/2019.

utilizando un único vínculo contractual, sino que cada “tarea” o “servicio” obligaría a formalizar un nuevo contrato, que podría recaer en el mismo trabajador o no.

Al igual que sucedía con anterioridad, se aclara que el régimen jurídico de esta modalidad contractual no se aplica al personal fijo (de estructura), que, según el convenio colectivo, será la modalidad «normal de contratación a realizar por empresarios y trabajadores en todos los centros de trabajo de carácter permanente» (art. 23 CCSC), en lo que, hasta ahora, no había supuesto sino un desiderátum alejado de la realidad. Por tal razón, habría que interpretar, aun cuando ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, que el nuevo “contrato indefinido adscrito a la obra” es una modalidad especial dentro de la contratación indefinida, dotada de algunas peculiaridades manifestadas en el momento de su extinción principalmente en cuanto a las causas justificativas y a la indemnización inherente.

4.3. Finalización de obras y servicios

La nueva DA 3ª LSC explica qué se entiende por finalización de las obras y servicios atendiendo a tres circunstancias que también habían sido manejadas con anterioridad y que hacen que el calificativo indefinido conferido a este contrato se convierta, en opinión de algunos autores, en «meramente decorativo»⁹², a saber: 1) la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados; 2) la disminución real del volumen de obra por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada; 3) la paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad.

Mientras las dos primeras circunstancias están claras en su delimitación y aplicación, procede detener la atención en la tercera, pues la referencia no sólo a la paralización definitiva sino temporal, obliga a cohonestar esta regulación con lo previsto en el art. 90 CCSC, que define la suspensión del contrato por fuerza mayor temporal, justificada, siempre que resulten imprevisibles, o siendo previsibles, resulten inevitables, en las situaciones siguientes: «a) Imposibilidad de recepción de acopios, materiales o suministro de los mismos. b) Corte del suministro de energía, por causas ajenas a la empresa. c) Fenómenos climatológicos que impidan la normal realización de los trabajos. d) Paralización de la obra o parte de esta, por

⁹² A. VICENTE-PALACIO, *op. cit.*, pp. 83 y 85.

orden gubernativa, resolución administrativa u otras causas similares ajenas a la voluntad del empresario, sin perjuicio de lo establecido, al respecto, para el contrato fijo de obra. e) Paralización de la actividad de los trabajadores en la obra, acordada por decisión mayoritaria de los representantes legales de aquellos o, en su caso, de los delegados de prevención, cuando dicha paralización se mantenga con posterioridad y en contra del preceptivo pronunciamiento en el plazo de veinticuatro horas de la autoridad laboral».

A la luz de este precepto convencional surgen dos interpretaciones posibles: por un lado, todas estas circunstancias suspensivas se aplican al nuevo “contrato indefinido adscrito a la obra”, porque la excepción que se realiza en el apartado d) va referida al anterior “contrato fijo de obra”, actualmente derogado; por otro lado, se podría entender que todas las causas de suspensión son aplicables al nuevo “contrato indefinido adscrito a la obra”, quedando excluida, sin embargo, la regulada en el apartado d) porque la excepción referida al “contrato fijo de obra” debe entenderse realizada al nuevo “contrato indefinido adscrito a la obra”. Aplicando un criterio sistemático, esta segunda tesis debe calificarse como correcta, no en vano la nueva DA 3ª LSC considera causa de extinción y no de suspensión «la paralización [...] temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad».

Por otra parte, en aras a aquilatar cuándo se trata de una paralización de entidad suficiente, procede tener en cuenta lo previsto en el art. 70 CCSC, cuando establece que «el 70 por 100 de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad debido a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos, inclemencias del tiempo, falta de suministros o cualquier otra causa no imputable a la empresa, se recuperarán a razón de una hora diaria en los días laborables siguientes, previa comunicación a los trabajadores afectados y, en su caso, a sus representantes legales en el centro de trabajo. En el supuesto de que la referida interrupción alcance un período de tiempo superior a veinticuatro horas efectivas de trabajo, se estará a lo dispuesto en materia de suspensión del contrato por causa de fuerza mayor» en los términos anteriormente aludidos.

Por tanto, una paralización superior a veinticuatro horas efectivas de trabajo, si se trata de un “contrato indefinido adscrito a la obra”, puede motivar no la suspensión sino la extinción del vínculo cuando derive de una «causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad».

En fin, pocos cambios se introducen en la nueva regulación por lo que afecta a las causas de finalización de la obra. Más novedades acaecen, sin embargo, en relación con la exigencia de comunicación del fin de dicha obra, pues antes se contemplaba para el caso de que se produjera la

paralización temporal por causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad y nada se decía, en cambio, para los otros dos supuestos: finalización de los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra y cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra hiciera innecesario el número de los contratados para su ejecución. Sin embargo, se incluye ahora la obligación generalizada de comunicar la finalización de la obra a «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», aunque, como fácilmente puede comprobarse, esta atribución a los sindicatos representativos del sector tiene carácter subsidiario⁹³.

4.4. Propuesta de recolocación

Concurrentes las causas por las que finaliza la obra o servicio, surge la obligación empresarial de efectuar una propuesta de recolocación.

Como requisitos formales, la propuesta de recolocación será formalizada por escrito mediante una cláusula que se anexará al contrato de trabajo. Esta cláusula, que deberá precisar las condiciones esenciales, ubicación de la obra y fecha de incorporación a la misma, así como las acciones formativas exigibles para ocupar el nuevo puesto, será sometida a aceptación por parte de la persona trabajadora con quince días de antelación a la finalización de su trabajo en la obra en la que se encuentre prestando servicios. En el régimen precedente, la obligación de ofrecer al trabajador un nuevo empleo solo se preveía respecto del supuesto de paralización temporal y en el caso de que las causas de dicha paralización hubieran desaparecido⁹⁴.

La DA 3ª LSC, en su versión actual, aclara, además, que «si fuera preciso, se debe llevar a cabo un proceso de formación. Este proceso, 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». El art. 115 CCSC define a la Fundación Laboral de la Construcción como «el organismo paritario del sector, constituido por los firmantes del CCSC, con la finalidad de garantizar la prestación de servicios a los trabajadores y empresas comprendidas en el ámbito de este Convenio,

⁹³ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La simplificación de la contratación temporal en la Reforma laboral de 2021*, en almacenederecho.org, 9 enero 2022.

⁹⁴ M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *op. cit.*, p. 107.

teniendo como ámbito de actuación la totalidad del territorio español, y cuyos estatutos forman parte integrante del mismo». Teniendo en cuenta que la financiación de esta entidad procede «fundamentalmente de aportaciones de las Administraciones Públicas, más una aportación complementaria a cargo de las empresas, establecida esta sobre la misma base de cálculo de las cuotas de la Seguridad Social» (art. 115.2 CCSC), la reforma de 2021 marca un destino finalista de la parte del presupuesto de un organismo que se nutre con cotizaciones empresariales⁹⁵.

Sea como fuere, el indicado proceso de formación podrá desarrollarse con antelación a la finalización de la obra.

En cuanto al resto de aspectos referidos a requisitos de acceso, duración, modalidades formativas, etc., la DA 3ª LSC remite a la negociación colectiva sectorial, lo cual se ha concretado por el Acuerdo de 18 de marzo de 2022, al que posteriormente se hará referencia.

4.5. Extinción por motivos inherentes a la persona trabajadora: sus difusas aristas

Una vez efectuada la propuesta de recolocación, el “contrato indefinido adscrito a obra” podrá extinguirse «por motivos inherentes a la persona trabajadora» cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias.

a) La persona trabajadora afectada rechaza la recolocación. Teniendo en cuenta que en este caso la persona trabajadora deberá notificar por escrito a la empresa la aceptación o rechazo de la propuesta en el plazo de siete días desde que tenga conocimiento de la comunicación empresarial, su voluntad va a quedar salvaguardada. No impide llegar a esta conclusión que el silencio se recoja en sentido negativo, pues «transcurrido dicho plazo sin contestación se entenderá que la persona trabajadora rechaza la propuesta de recolocación».

b) Aun cuando amparada en el mismo rótulo, muy discutible es que la extinción derive de la voluntad de la persona trabajadora cuando «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». Más bien se trata de motivos muy alejados de una

⁹⁵ Según el presupuesto de la Fundación para 2022, de un total de ingresos de 78.110.030,13, 37.500.000.00 procede de cuotas, estando previsto destinar 35.289.721,98 a la formación (*vid.* FUNDACIÓN LABORAL DE LA CONSTRUCCIÓN, [Plan de actuación. Presupuestos y memoria aplicativa 2022](#), 2021).

decisión individualizada del trabajador, acercándose a alguna de las causas justificativas de los despidos por causas empresariales, tal y como puede ser una falta de adaptación a las modificaciones introducidas en el puesto de trabajo (art. 52.*b* ET) o una causa organizativa o productiva (arts. 52.*c* y 51 ET). La DA 3ª LSC atribuye a «la negociación colectiva de ámbito estatal del sector correspondiente» la concreción de «los criterios de prioridad o permanencia que deben operar en caso de concurrir estos motivos en varias personas trabajadoras de forma simultánea en relación con la misma obra», cuestiones que concreta, como después se verá, el Acuerdo de 18 de marzo de 2022. Contrasta esta habilitación restringida al convenio colectivo de ámbito estatal frente a la más general que la reforma de 2021 realiza al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo de empresa para el llamamiento de los trabajadores fijos-discontinuos, pero lo cierto es que se mantiene en línea con la estructura convencional tradicional de este sector donde, como ya consta, el convenio colectivo nacional aglutina la regulación de las modalidades contractuales aplicables.

c) Todavía más alejado del parámetro «causas inherentes a la persona trabajadora», aunque también se incluye bajo este parámetro como causa de extinción, se encuentra «la inexistencia en la provincia en la que esté contratada la persona trabajadora de obras de la empresa acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional, una vez analizada su cualificación o posible recualificación», tratándose nuevamente de un motivo organizativo o productivo capaz de justificar un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts. 52.*c* y 51 ET). La referencia a la provincia ya aparecía como marco geográfico en la regulación convencional anterior del contrato fijo de obra, que, como ya consta, permitía la prestación de servicios en varias obras de forma sucesiva con un límite de 3 años.

En cualquier caso, en los dos últimos apartados mencionados – b) y c) – la empresa deberá notificar la extinción del contrato a la persona trabajadora afectada con una antelación de quince días a su efectividad. Y en todos los supuestos – apartados a), b) y c) – es preceptivo informar a la representación legal de los trabajadores con una antelación de siete días a su efectividad.

4.6. Procedimiento e indemnización por finalización del contrato

La nueva DA 3ª LSC establece que la extinción del contrato indefinido «por motivos inherentes a la persona trabajadora», cuyo régimen jurídico será aplicable con independencia del número de personas afectadas, «deberá ser

puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de siete días a su efectividad». Se atribuye, por tanto, una mera competencia de información a los representantes de los trabajadores sin que llegue a articularse ni siquiera como consulta ni tampoco como negociación.

La aludida referencia a que el procedimiento extintivo sea único «con independencia del número de personas afectadas» pretende excluir la aplicación de las reglas procedimentales establecidas en los arts. 51 y 52 ET, lo cual enlaza, a su vez, con la configuración de las causas extintivas como inherentes a la persona trabajadora. Esta última noción se traslada desde la normativa europea en materia de despido colectivo (Directiva 98/59/CE), que impone el cómputo de los despidos por uno o varios motivos no inherentes a la persona trabajadora para determinar si concurren los umbrales exigidos en un despido de este tipo. Por ende, al clasificar la extinción del contrato indefinido adscrito a obra en el marco de los motivos inherentes a la persona trabajadora se pretende excluir tales hipótesis del marco de los despidos de carácter económico, sustituyendo los específicos procedimientos establecidos para ellos (colectivo o individual/plural) por el que se establece en la DA 3ª LSC⁹⁶.

En todo caso, la disolución del vínculo «dará lugar a una indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción». Se acoge, por tanto, el parámetro tradicional que el CCSC había establecido como cuantía indemnizatoria inherente a la extinción de los contratos de obra, eventual o, incluso – para este sector – interinidad (art. 25.1 CCSC), lo que en la práctica se traduce en un montante superior al previsto legalmente para la terminación de los contratos temporales (12 días de salario por año de servicio), pero inferior al establecido para los despidos por causas empresariales (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades).

La nueva DA 3ª LSC sigue, además, el mismo modelo de indemnización previsto anteriormente en el CCSC, esto es, «sustentado sobre un solo parámetro, a diferencia del resto de contratos de naturaleza temporal [...] donde el montante se ancla sobre dos items: número de años de servicio y salario último devengado»⁹⁷. Ahora bien, se recoge ahora en una norma de

⁹⁶ J.M. GOERLICH PESET, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ D. LANTARÓN BARQUÍN, *Contrato fijo de obra: fijación y revelado de una especial figura contractual en la era digital*, en *Labos*, 2021, n. 2, p. 56.

rango de ley, asegurando el respeto convencional futuro que sólo podría actuar *in melius*.

En fin, el RD-Ley 32/2021 modifica el art. 267.1 del RDL 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS) para incluir, junto con el despido, un nuevo supuesto de situación legal de desempleo relativo a la extinción del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora, sin necesidad de que haya alegado causa alguna para el rechazo de la oferta de colocación. Tal previsión encaja con dificultad con la regla general establecida en el art. 262.1 TRLGSS cuando define el objeto de la prestación de desempleo que se circunscribe a «quienes [...] pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo»⁹⁸.

4.7. Subrogación empresarial

A la luz de la nueva regulación del contrato indefinido adscrito a la obra, cabe preguntarse por cual será el destino de la subrogación prevista en el art. 27 CCSC para el ámbito de las contratatas de obra pública en relación con servicios de interés general relativos al mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado, cuya finalidad es la continuidad de la relación laboral en el caso de sucesión de contratistas, garantizando el puesto de trabajo del trabajador adscrito a dicha obra pública en caso de cambio de contratista antes de la finalización objetiva de la obra⁹⁹.

La garantía de la estabilidad en el empleo ante la novación en quien asume la posición de empresario es una principio basilar del *Ius Laborum*, cuya materialización exige, a tenor de la regulación estatutaria, la concurrencia de un doble elemento: subjetivo, en cuanto que el cambio en la titularidad puede abarcar a «una empresa», «un centro de trabajo» o «una unidad productiva autónoma»; y objetivo, en la medida en que la transmisión ha de afectar «a una entidad económica que mantenga su identidad atendiendo al conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorias». Teniendo en cuenta el principio de complementariedad, aun cuando no se cumplan las exigencias del art. 44 ET (transmisión empresarial entendida como un conjunto organizado), la

⁹⁸ C. ARAGÓN GÓMEZ, *Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos*, en *Labos*, 2022, n. extra, p. 43 ss.

⁹⁹ A. VICENTE-PALACIO, *op. cit.*, p. 87.

subrogación puede derivar, como mejora en el tenor legal, de lo previsto en el convenio colectivo aplicable, tal y como sucede con el art. 27 CCSC, de manera que si se opera un cambio subjetivo del titular de la contrata a la que está adscrito el trabajador indefinido adscrito a la obra, todavía no terminada, el nuevo adjudicatario queda subrogado en la posición del anterior empleador de tal forma que será este nuevo empleador quien quedará obligado a llevar a cabo la oferta de recolocación al trabajador subrogado cuando la obra finalice objetivamente, pues es este último el empleador del trabajador en el momento en el que la obra se concluye.

El presente art. 27 CCSC otorga prioridad o preferencia aplicativa frente al posible convenio de empresa que, estableciendo condiciones inferiores, pudiese venir rigiendo las relaciones laborales en la nueva empresa adjudicataria (art. 12), en lo que se refiere a la obligación de subrogación empresarial en las circunstancias específicas mencionadas. Así pues, en todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión o cesión de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trata, «los trabajadores de la empresa saliente adscritos a dicha contrata pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad que vaya a realizar la actividad objeto de la contrata, respetando esta los derechos y obligaciones que disfruten en el último contrato en la empresa sustituida».

Según el art. 27 CCSC, únicamente «será requisito necesario para tal subrogación que los trabajadores lleven prestando sus servicios en la contrata que cambia de titular, al menos cuatro meses antes de la fecha de finalización efectiva de la misma, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado período de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata. El personal o trabajadores que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser subrogados».

También se producirá la mencionada subrogación del personal en cualquiera de los siguientes supuestos: a) trabajadores, con derecho a reserva de puesto de trabajo, que en el momento de la finalización efectiva de la contrata tengan una antigüedad mínima de cuatro meses en la misma y se encuentren en situación de suspensión de su contrato de trabajo por alguna de las causas establecidas en el art. 45 ET; b) trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado anterior, con independencia de su antigüedad y mientras dure su contrato; c) trabajadores de nuevo ingreso que por exigencia del cliente se hayan incorporado a la contrata como consecuencia de una ampliación que perdure en la siguiente contrata, aunque no lleven

los cuatro meses de antigüedad; d) trabajadores que sustituyan a otros que se jubilen, de forma parcial o total, dentro de los últimos cuatro meses anteriores a la finalización efectiva de la contrata (art. 27.3 CCSC).

Es más, no desaparece el carácter vinculante de la subrogación prevista en este artículo en el caso de que el organismo público que adjudica la contrata suspendiese la actividad objeto de la misma por un período no superior a doce meses (art. 27.9 CCSC).

A tenor del CCSC, como punto de mayor fricción en su regulación, los derechos y obligaciones sobre los que opera la subrogación quedarán limitados exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por el trabajador con la empresa saliente de la contrata, sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicios, a menos que ya tuviera reconocido el trabajador tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa.

Quedaban, pues, desprotegidos los encadenamientos de contratos derivados de la frecuente utilización del mal denominado “contrato fijo de obra”, al igual que podría quedar fuera de cómputo el tiempo anterior a la última recolocación en el “contrato indefinido adscrito a la obra”. Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la ya citada sentencia *Acciona Agua* tuvo ocasión precisamente de valorar la adecuación o no del art. 27 CCSC tanto al Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada (Directiva 1999/70/CE) como a la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre mantenimiento de derechos de los trabajadores en los supuestos de traspasos empresariales, concluyendo a favor de su adecuación (o mejor, su falta de oposición) «siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocar al trabajador en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma que, aun cuando trate de una subrogación de personal como consecuencia de la readjudicación de un contrato público, si la empresa entrante se ha hecho cargo de una parte esencial del personal que la empresa saliente tenía destinado a la ejecución de dicho contrato público, aunque sea como consecuencia de la aplicación de una cláusula convencional, resulta aplicable la Directiva 2001/23/CE, no en vano el nuevo empresario adquiere el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable, de manera que le compete al juez nacional determinar los derechos que corresponden al personal subrogado

en el sentido de valorar si pudo darse una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, y si, por consiguiente, debería haber adquirido la condición de indefinido antes de su subrogación a tenor de la Directiva 1999/79/CE.

Desde esta perspectiva, aplicando el principio de interpretación conforme, cabe entender que el cálculo de la fecha de inicio de la prestación de servicios debe de referirse al inicio de la vinculación, contando toda la antigüedad, con independencia de los procesos de recolocación en función de las distintas obras. No obstante, sería conveniente una rápida regulación convencional aclaratoria, pues la aplicación de la regla convencional que limita los derechos de los trabajadores exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito con la empresa saliente de la contrata, sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicios del trabajador subrogado, a menos que ya tuviera reconocidos tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante, en realidad coloca a la persona trabajadora en una posición menos favorable ante la subrogación¹⁰⁰.

4.8. Las aportaciones de la negociación colectiva. El Acuerdo de 18 de marzo de 2022

Cierto es que el CCSC articula y estructura la negociación colectiva de ámbitos geográficos inferiores (provinciales o, en su caso, de Comunidad Autónoma), lo que produce una gran homogeneización de las condiciones de trabajo pues todas las empresas y trabajadores van a tener que cumplir y exigir unas condiciones iguales en la prestación de servicios, máxime cuando el propio VI CCSC se ocupa de reservar de forma exclusiva a la negociación de ámbito estatal materias tan importantes como: inaplicación de condiciones de trabajo; condiciones generales de prestación de trabajo; contratación; subcontratación; subrogación; clasificación profesional, grupos y áreas funcionales; productividad y/o tablas de rendimientos; conceptos, estructura y cuantía de las percepciones económicas e

¹⁰⁰ Á.L. DE VAL TENA, *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-550/2019)*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2021, n. 1, p. 150.

incrementos, tanto las salariales como las no salariales, salvo las percepciones no cuantificadas numérica o porcentualmente en el presente Convenio; modificaciones de las condiciones de trabajo; régimen de indemnizaciones; jornada anual y descansos; vacaciones anuales, licencias y permisos; movilidad geográfica y funcional; suspensión y extinción de la relación laboral; jubilación; condiciones básicas del régimen disciplinario; cuota a la Fundación Laboral de la Construcción; órganos de representación de los trabajadores en la empresa; disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo; información y formación en seguridad y salud; acreditación de la formación y Tarjeta Profesional, así como órgano paritario para la prevención en la construcción (art. 12.1).

No menos verdad resulta que este objetivo, tendente a dar prioridad al convenio colectivo sectorial estatal, se completa con dos reglas adicionales: de un lado, «las partes firmantes establecen que en el ámbito de una Comunidad Autónoma no podrán negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en el presente convenio de ámbito estatal» (art. 12.3); de otro, «en lo que respecta a la negociación colectiva de ámbito provincial o, en su caso, autonómico, son materias específicas de esta concertación colectiva las siguientes: el contenido obligacional de los convenios; la concreción cuantitativa de las percepciones económicas no cuantificadas numérica o porcentualmente en el presente convenio; la distribución de la jornada anual de trabajo efectivo y su regulación en cuanto a horarios y calendarios; periodo de prueba; desarrollo del régimen disciplinario; concreción de todas aquellas medidas de flexibilidad en la empresa, tanto funcional como geográfica, no establecidas expresamente en el presente convenio; aplicar en su respectivo ámbito los contenidos de los acuerdos de ámbito sectorial nacional que se puedan producir durante la vigencia del presente convenio; cualesquiera otras materias no reguladas por los convenios de ámbito superior».

A la luz de tal estructura convencional tan cohesionada, no puede extrañar que la nueva redacción de la DA 3ª LSC haga cuatro importantes llamadas explícitas a la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción, que han sido atendidas por el Acuerdo de 18 de marzo de 2022, suscrito, de una parte, entre la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) en representación de las empresas del sector, y de otra por las organizaciones sindicales CCOO del Hábitat y UGT-FICA en representación de los trabajadores¹⁰¹, introduciendo un art. 24-*bis* en el texto del CCSC. Así:

1. la DA 3ª LSC remite en su apartado 1 al ámbito funcional del CCSC para

¹⁰¹ En *BOE*, 17 mayo 2022, n. 117.

- marcar el ámbito de aplicación del régimen jurídico del contrato indefinido adscrito a obra;
2. el apartado 2.3 LSC, en relación con el proceso de formación inherente a la propuesta de recolocación, remite a la negociación colectiva sectorial nacional la determinación de «los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional». Esta remisión al convenio colectivo necesitaba ser colmada cuanto antes, dadas las incertidumbres planteadas sobre todo en cuanto se refiere a la referencia a que «el indicado proceso de formación podrá desarrollarse con antelación a la finalización de la obra», pues no queda claro en el tenor legal si el período de formación siempre va a ser retribuido o sólo lo va a ser cuando tiene lugar con carácter previo a la terminación de la obra, pasando en caso contrario a la situación de desempleo. A tal efecto, el Acuerdo de 18 de marzo de 2022 establece que «dicha formación se impartirá dentro de la jornada ordinaria de las personas trabajadoras siempre que las circunstancias organizativas de la empresa lo permitan. Cuando las circunstancias organizativas de la empresa no lo permitan se efectuará fuera de la jornada ordinaria pero el tiempo empleado en las horas efectivas de formación del curso tendrá la consideración de tiempo de trabajo ordinario siendo retribuido a valor de hora ordinaria de la tabla del convenio aplicable o compensado en tiempo de descanso equivalente, no teniendo en ningún caso la consideración de horas extraordinarias». Es más, el nuevo art. 24-*bis* CCSC añade que, «en el caso de que la recolocación lo requiera, el proceso de formación tendrá una duración de un máximo de 20 horas, según lo previsto en los apartados 1 y 2 del Anexo XII del presente Convenio Colectivo, y dicho proceso se adecuará al puesto, nivel, función y grupo profesional que corresponda a la persona trabajadora, constituyendo requisito básico de acceso a dicha formación que ésta resulte necesaria en función, tanto de la propuesta formulada como del hecho de que no concurren cualquiera de los motivos de extinción establecidos en el apartado 5 de la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006»;
 3. la DA 3ª LSC, en su apartado 5.*b*, relativo a la extinción del contrato por causas inherentes a la persona trabajadora derivada de la falta de cualificación tras el proceso de formación, prevé que «la negociación colectiva precisará los criterios de prioridad o permanencia que deben operar en caso de concurrir estos motivos en varias personas trabajadoras de forma simultánea en relación con la misma obra». En concreto, el Acuerdo de 18 de marzo de 2022 determina que «los criterios de prioridad o permanencia que deben operar en caso de existir

un exceso de personas con la cualificación necesaria para desarrollar las mismas funciones dentro del mismo área funcional, nivel, función, grupo profesional y características de este (criterios generales, formación y tareas) según lo contenido en el Anexo X y XI del presente convenio colectivo, seguirán el siguiente orden: A) Persona trabajadora con más tiempo de servicio y experiencia en la empresa para el mismo puesto a ocupar en la nueva obra. B) Persona trabajadora con más tiempo de antigüedad en la empresa»;

4. en el apartado 6 de la DA 3ª LSC, referido, como ya consta, a la cuantía de la indemnización derivada de la extinción del contrato, permite su incremento en el citado Convenio Colectivo sectorial nacional, invitación que, por el momento, ha sido declinada, reiterando los términos legales.

En contraste, la DA 3ª LSC solo hace mención en dos ocasiones al Convenio Colectivo de aplicación para dos asuntos menores de carácter formal:

1. en relación con la comunicación de la finalización de la obra, que deberá remitirse a las comisiones paritarias de los convenios de ámbito correspondiente con cinco días de antelación a su efectividad (apartado 3);
2. para calcular la indemnización del 7% por finalización del contrato atendiendo a «los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio de aplicación» (apartado 6).

Por lo demás, el citado Acuerdo de 18 de marzo de 2022 establece *motu proprio* dos aclaraciones sobre el régimen legal:

1. una, de carácter transitorio, referida a que la regulación del contrato indefinido adscrito a obra no será de aplicación para todas aquellas personas trabajadoras con contratos indefinidos suscritos con la empresa con anterioridad al 31 de diciembre de 2021, aclarando que «en estos supuestos la finalización de la relación laboral se regirá por las condiciones generales previstas en el Estatuto de los Trabajadores»;
2. otra, que concreta las consecuencias de una irregularidad que se considera no sustancial, al permitir sustitución del incumplimiento del preaviso a la persona trabajadora de la extinción del contrato por un «un importe equivalente a los días de preaviso omitidos calculado sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación, todo ello sin perjuicio de la notificación escrita del cese, de manera que el citado importe deberá incluirse en el recibo de salario con la liquidación correspondiente al cese».

5. Bibliografía

AGRA VIFORCOS B. (2011), *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ (dir.), *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo. II Jornadas Universitarias Castellano y Leonesas sobre Prevención de Riesgos Laborales*, Eolas

ÁLVAREZ CUESTA H. (2020), [Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde Europeo y en el Proyecto de Ley de Cambio Climático en España](#), en *IUSLabor*, n. 2, pp. 74-100

ÁLVAREZ CUESTA H. (2016), [Formas jurídicas de economía social en el nuevo urbanismo](#), en *Revista jurídica de Castilla y León*, n. 39, pp. 1-44

ÁLVAREZ CUESTA H. (2008), *La precariedad laboral. Análisis y propuestas de solución*, Bomarzo

ARAGÓN GÓMEZ C. (2022), [Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos](#), en *Labos*, n. extra., pp. 43-57

ARAGÓN GÓMEZ C. (2008), *El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2, pp. 21-48

ARAGÓN GÓMEZ C. (2007), *La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra*, en J.R. MERCADER UGUINA (coord.), *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Lex Nova

CACHÓN RODRÍGUEZ L. (1997), [La formación y los «nuevos yacimientos de empleo» en España](#), en *Reis*, n. 77-78, pp. 117-136

CALDERÓN PASTOR F.J. (2010), *Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo*, en *Información Laboral – Jurisprudencia*, n. 8, pp. 2-20

CALVO GALLEGOS F.J. (2021), *Resumen ejecutivo*, en F.J. CALVO GALLEGOS (dir.), *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social

CALVO GALLEGOS F.J., ASQUERINO LAMPARERO M.J. (2021), *Ingreso al trabajo y modalidades contractuales*, en F.J. CALVO GALLEGOS (dir.), *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social

CALVO GALLEGOS F.J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2010, n. 21-22, pp. 159-196

CARRERO DOMÍNGUEZ C., BLASCO DE LUNA F.J. (2010), *La Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal*, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA (dirs.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de diciembre*, Lex Nova

- CASAS BAAMONDE M.E. (2016), *Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate del grupo FIDE*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 3, pp. 295-300
- CCOO HÁBITAT (2017), *La sostenibilidad más allá de las palabras*, en habitat.ccoo.es, 5 junio
- CES (2017), *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socio económica y laboral. España 2016*
- CES (2016), *El papel del sector de la construcción en el crecimiento económico: competitividad, cohesión y calidad de vida*, Informe CES, n. 2
- COMISIÓN EUROPEA (2022), *Un Pacto Verde Europeo. Esforzarnos por ser el primer continente climáticamente neutro*, en ec.europa.eu, 22 agosto
- CRUZ VILLALÓN J. (2021), *Prólogo*, en F.J. CALVO GALLEGO (dir.), *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social
- CRUZ VILLALÓN J. (2016), *La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 3, pp. 209-223
- DE VAL TENA Á.L. (2021), *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-550/2019)*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 1, pp. 143-155
- DORREGO DE CARLOS A. (2010), *La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT*, en *Diario La Ley*, n. 7488, pp. 28-30
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ D. (2022), *El VIII Programa Ambiental de la Unión Europea de 6 de abril de 2022*, en *Diario La Ley*, n. 10083
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ D. (2020), *El ambicioso Pacto Verde Europeo*, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 101, pp. 78-109
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ D. (2020), *El octavo Programa Ambiental de la Unión Europea: la propuesta de decisión de 14 de octubre de 2020*, en *La Ley – Unión Europea*, n. 87
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F. (2006), *El derecho de las contrataciones entre la licitud y la prevención*, en *Revista de Derecho Social*, n. 36, pp. 25-58
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI M.Á. (2018), *La integración ambiental en la contratación pública: el certificado de eficiencia energética de los edificios*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 49
- FORTES MARTÍN A. (2019), *El urbanismo y la ordenación espacial de la movilidad urbana sostenible*, en A. FORTES MARTÍN (dir.), *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano*, Aranzadi

- FUNDACIÓN LABORAL DE LA CONSTRUCCIÓN (2021), [*Plan de actuación. Presupuestos y memoria aplicativa 2022*](#)
- GARCÍA BLASCO J., AGUILAR MARTÍN M.C. (2009), *La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007*, en *Aranzadi Social*, n. 17, pp. 77-104
- GARCÍA LUPIOLA A. (2020), *Normativa para el desarrollo sostenible: los paquetes legislativos “Economía circular” y “Energía limpia”*, en *Revista General de Derecho Europeo*, n. 50, pp. 289-307
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), [*Plan de Recuperación. Transformación y Resiliencia*](#)
- GOERLICH PESET J.M. (2022), *La reforma de la contratación laboral*, en J.M. GOERLICH PESET, J.R. MERCADER UGUINA, A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch
- GÓMEZ GARCÍA M.V. (2019), *Una mirada sociológica a la movilidad sostenible: género y exclusión social*, en A. FORTES MARTÍN (dir.), *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano*, Aranzadi
- GÓMEZ JIMÉNEZ M.L. (2020), *Vivienda domótica adaptada a la emergencia sanitaria: ideas preliminares, retos y propuestas normativas para la sociedad post Covid-19*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 337-338, pp. 305-350
- GONZÁLEZ BUSTOS M.Á. (2017), *Eficiencia energética en la edificación*, en R. GALÁN VIOQUE, I. GONZÁLEZ RÍOS (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Aranzadi
- GONZÁLEZ IGLESIAS M.Á. (2016), [*La accesibilidad, la cohesión y la integración social*](#), en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 39, pp. 1-75
- GONZÁLEZ ORTEGA S. (2007), *Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción*, en J.R. MERCADER UGUINA (coord.), *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Lex Nova
- HERVÁS MÁS J. (2017), *Nuevo Régimen de la Regeneración Urbana*, Aranzadi
- IDEALISTA (2021), [*La construcción y el inmobiliario, entre los sectores que crearán más empleo en 2022 en todo el mundo*](#), en www.idealista.com/news, 15 diciembre
- ILO (2012), [*Working towards Sustainable Development. Opportunities for decent work and social inclusion in a green economy*](#)
- INE (2022), [*Resultados provinciales. Ocupados. Distribución porcentual de los ocupados por sector económico y provincia*](#), en www.ine.es, 9 agosto
- INSTITUTO PARA LA TRANSICIÓN JUSTA (2020), [*Estrategia de Transición Justa*](#)

LAFUENTE PASTOR V.P. (2009), *El contrato de obra o servicio en la construcción en el nuevo escenario de la Ley 32/2006*, en J. GARCÍA BLASCO (dir.), *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del RD 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla*, Aranzadi

LANTARÓN BARQUÍN D. (2021), [Contrato fijo de obra: fijación y revelado de una especial figura contractual en la era digital](#), en [Labos](#), n. 2, pp. 43-57

LANZADERA ARENCIBIA E. (2007), *La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 288, pp. 45-68

LÓPEZ BALAGUER M., RAMOS MORAGUES F. (2022), *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch

LÓPEZ LÓPEZ J., CHACARTEGUI JÁVEGA C. (2011), *Intermediación en el mercado de trabajo y empresas de trabajo temporal en la reforma 2010: sobre la violación de derechos fundamentales*, en A. BAYLOS GRAU (dir.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*, Bomarzo

LÓPEZ RAMÓN F. (2017), *El urbanismo sostenible en la legislación española*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 311, pp. 269-276

MENÉNDEZ REXACH Á. (2017), *Los objetivos económicos de la regulación del suelo (1956-2015)*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 311, pp. 277-295

MENÉNDEZ REXACH Á., MATA OLMO R. (2014), [Presentación. Por la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas](#), en [Ciudad y Territorio](#), n. 179, pp. 5-9

MERCADER UGUINA J.R. (1999), *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal (notas al Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero)*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 10

MERINO SEGOVIA A. (2006), *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Bomarzo

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO, MINISTERIO DE FOMENTO (2011), [Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local \(EESUL\)](#)

MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA (2020), [Estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España](#), en [www.mitma.gob.es](#), 20 marzo

MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA (2020), [ERESEE 2020. Actualización 2020 de la estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España](#), 2020

MINISTERIO DE VIVIENDA (2010), [Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español](#)

MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2020), [Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030](#)

- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2020), *La Ley de Cambio Climático y Transición Energética entra en la recta final de su tramitación administrativa*, en www.miteco.gob.es, 10 febrero
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2019), *El Gobierno aprueba el I Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica*, en www.miteco.gob.es, 27 septiembre
- MORÓN PRIETO R. (2010), *Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Comentarios a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Quantor
- NOGUEIRA GUASTAVINO M. (2022), *La simplificación de la contratación temporal en la Reforma laboral de 2021*, en almacendederecho.org, 9 enero
- NORES TORRES L.E. (2022), *La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, en *Labos, n. extra.*, pp. 73-82
- OLMO GASCÓN A.M. (2017), *Tratamiento del empleo verde en la normativa internacional y europea (especialmente en el pilar europeo de derechos sociales): la precisa reconfiguración de sus elementos jurídico-laborales*, en L. MORA CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo
- PEDRAJAS MORENO A., SALA FRANCO T. (2007), *La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*, en *Tirant Online*, n. 1.126.932
- PEDRAJAS MORENO A., SALA FRANCO T. (2006), *Miscelánea Jurisprudencial: Acerca de la legalidad de los contratos de obra o servicio determinado cuando el trabajador trabaja en varias obras de la misma empresa. Sobre la licitud de la utilización de un contrato genérico, con determinación posterior de las obras a realizar*, Tirant lo Blanch
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., AGUILERA IZQUIERDO R. (2011), *Contratación temporal en la negociación colectiva*, en AA.VV., *La contratación y el empleo en la negociación colectiva. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- QUINTANA LÓPEZ T. (2016), *Presentación. Hacia un urbanismo sostenible en Castilla y León. Fundamentos jurídicos para un cambio de modelo*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 39, pp. 1-3
- QUINTANA LÓPEZ T. (2015), *Hacia un modelo de urbanismo sostenible*, en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Tirant lo Blanch
- RAMOS QUINTANA M.I. (2015), *El futuro del trabajo y las mutaciones del empleo*, en *Trabajo y Derecho*, n. 11, pp. 11-16
- RODRIGO SANBARTOLOMÉ F.A. (2015), *El contrato fijo de obra, el artículo 15.5 del ET y las reformas laborales*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 382, pp. 89-130

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2022), *El nuevo contrato “indefinido adscrito a obra” en el sector de la construcción*, en J.L. MONEREO PÉREZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2021), *Posibilidades de empleo en el marco de la rehabilitación de viviendas: reflexiones a la luz de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética*, en *IUSLabor*, n. 3, pp. 60-97

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2020), *Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa*, en *Temas Laborales*, n. 152, pp. 13-52

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2006), *Protección de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *La seguridad y salud en el trabajo a través de los convenios colectivos de Castilla y León*, Universidad de León

ROJO TORRECILLA E. (2021), *UE. Límites a la utilización del contrato “fijo de obra” en el sector de la construcción en España. Notas a la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021 (asunto C-550/19)*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 24 junio

SÁNCHEZ V. (dir.) (2020), *Hacia un hábitat sostenible. Propuesta socioeconómica para la etapa post COVID19*, Instituto de Análisis del Hábitat, Fundación 1º de Mayo

SÁNCHEZ V. (2016), *Las implicaciones de la economía digital en el sector de la construcción*, en *Gaceta Sindical*, n. 27, pp. 301-315

SANTIAGO IGLESIAS D. (2015), *Iniciativas para un futuro urbano sostenible: las smart cities*, en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Tirant lo Blanch

SEPE (2021), *Observatorio de las Ocupaciones 2021. Informe del Mercado de Trabajo Estatal. Datos 2020*

VAN-HALEN RODRÍGUEZ J. (2015), *Ciudades sostenibles: un reto inaplazable*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 300, pp. 17-38

VICENTE-PALACIO A. (2022), *La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrata*, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, n. 2, pp. 79-99

VINUESA ANGULO J., PORRAS ALFARO D. (2017), *La dimensión territorial de la crisis de la vivienda y el despilfarro inmobiliario residencial*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n. 1, pp. 101-126

El trabajo ocasional como forma atípica de trabajo. Contextualización, tratamiento en España y propuesta de mejora

Francisco Javier ARRIETA IDIAKEZ*

RESUMEN: El objeto de este estudio es analizar el tratamiento dado al trabajo ocasional en el Derecho español y realizar una propuesta para mejorar la protección de los trabajadores ocasionales. La justificación e interés del estudio radican en el auge que el trabajo ocasional puede tener como nueva forma atípica de empleo, debido a su utilización dentro de la economía de las plataformas digitales. Igualmente, debe destacarse el cambio de paradigma que este hecho ha supuesto para la protección de los trabajadores ocasionales en la OIT y la Unión Europea. Por todo ello, en primer lugar, se analiza el contexto y caracterización actual del trabajo ocasional. A continuación, se aborda el trabajo ocasional desde la perspectiva de la normativa de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TJUE, se observa la regulación y la jurisprudencia existente sobre la materia en España y, tras concluir que esta no se ajusta a la tendencia existente en la Unión Europea, se realiza una propuesta de mejora.

Palabras clave: Trabajo ocasional, trabajo en plataformas digitales, Directiva (UE) 2019/1152, España.

SUMARIO: 1. Contexto y caracterización actual del trabajo ocasional como forma atípica de trabajo. 2. El trabajo ocasional en la normativa de la Unión Europea y la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3. El trabajo ocasional en la legislación y jurisprudencia española. 4. A modo de conclusión y propuesta. 5. Bibliografía.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Deustuko Unibertsitatea (España).

Casual Work as an Atypical Form of Work. Contextualization, Treatment in Spain and Proposal for Improvement

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyse the treatment given to casual work in Spanish law and make a proposal to improve the protection of casual workers. The justification and interest of the study lie in the boom that casual work can have as a new atypical form of employment, due to its use within the digital platform economy. Likewise, the paradigm shift that this fact has meant for the protection of casual workers in the ILO and the European Union should be highlighted. For all these reasons, firstly, the current context and characterization of casual work is analysed. Next, the casual work is approached from the perspective of the European Union regulations and the jurisprudence of the CJEU, the regulation and the existing jurisprudence on the matter in Spain are observed and, after concluding that this does not adjust to the trend in the European Union, a proposal for improvement is made.

Key Words: Casual work, work on digital platforms, Directive (EU) 2019/1152, Spain.

1. Contexto y caracterización actual del trabajo ocasional como forma atípica de trabajo

La OIT, con motivo de su centenario, mostró su preocupación por la aparición de nuevas formas atípicas de trabajo, principalmente, como consecuencia de la gran transformación que está experimentando el mundo del trabajo durante los últimos decenios. En concreto, afirma que

Los cambios que se están produciendo en el trabajo y la producción han provocado una mayor presencia de diversas formas de “empleos atípicos”, que en ciertos casos carecen parcial o totalmente de la protección que suelen tener los trabajadores de empleos convencionales¹.

Y, en consecuencia, se plantea la siguiente cuestión:

¿Cuáles son las posibles respuestas normativas para solucionar los problemas asociados con ciertas modalidades de empleo atípico y velar por que todos los trabajadores tengan los mismos derechos y prestaciones?².

Partiendo de dicho contexto, entre las nuevas formas atípicas de trabajo cobra especial importancia el denominado trabajo ocasional, que consiste en la contratación de trabajadores por plazos muy cortos o de forma esporádica o intermitente, usualmente por un número específico de horas, días o semanas, a cambio de un salario establecido por las condiciones del acuerdo de trabajo diario o periódico³.

La importancia y auge del trabajo ocasional se debe a la generalización de las tecnologías digitales en el mundo del trabajo y, más concretamente, del trabajo realizado a través de plataformas digitales⁴.

En efecto, el nuevo fenómeno tecnológico disruptivo contribuye sobremanera a la atipicidad mencionada⁵, en la medida en que ha supuesto acelerar la extensión de la denominada *gig economy*.

En ese sentido, la *gig economy* conlleva en el ámbito laboral la existencia de

¹ OIT, *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 2017, p. 35.

² *Ibidem*.

³ OIT, *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas. Principales conclusiones y recomendaciones de política*, 2016, p. 3.

⁴ Sobre la extensión del trabajo a través de plataformas digitales *vid.* M. GÓMEZ GARCÍA, L. HOSPIDO, *El reto de la medición del trabajo en plataformas digitales*, en *Boletín Económico*, 2022, n. 1, pp. 1-19.

⁵ *Vid.* al respecto M.Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.A. GRAU RUIZ, *Seguridad Social y economía digitalizada*, en F.J. HIERRO (dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, Aranzadi, 2021, p. 918.

trabajos de corta duración para tareas muy concretas, que implican una breve relación entre el que desempeña el trabajo y el que lo recibe⁶, y, en consecuencia, posibilita que una misma persona realice varios trabajos esporádicos al mismo tiempo, en diversos proyectos para diferentes clientes⁷.

De este modo, la conjunción de la economía de plataformas digitales y de la *gig economy* ha posibilitado el desarrollo de dos formas específicas de trabajar dentro del trabajo ocasional, a saber, el desarrollo de microtareas y el trabajo a pedido o a demanda. Además, ambas formas de trabajar se integran entre las características principales del trabajo en plataformas digitales⁸.

En lo que se refiere al desarrollo de microtareas, como su propio nombre indica, se trata de desarrollar tareas de enorme brevedad, efímeras, de manera continua o discontinua. Respecto a las mismas no existe sometimiento a jornada ni a horarios determinados, sino que, por el contrario, los servicios se prestan esporádica u ocasionalmente y no responden a condicionamientos empresariales sino a los intereses propios del prestador de los servicios⁹. Lo mismo podría decirse del teletrabajo off-line, que se realiza al margen del ámbito de organización y dirección de un empresario, por resultar difícilmente controlables las actividades desarrolladas bajo esa modalidad de prestación de servicios para distintos clientes¹⁰.

Por su parte, el trabajo a pedido o a demanda, y como modalidad del mismo el contrato de cero horas, supone que el trabajador no tiene garantizado ningún horario de trabajo, porque trabaja cuando existe demanda de trabajo, y es retribuido solamente por el trabajo realizado. Además, en su variante más dura, el trabajador tiene que estar disponible¹¹.

En ambos casos, como la forma en la que estos prestadores de servicios se relacionan con el mercado, con sus clientes y con la Administración no es la estándar y tradicional, se generan riesgos evidentes de desprotección¹².

⁶ G. CEDROLA SPREMOLLA, *Trabajo, organización del trabajo, representación de los trabajadores y regulación laboral en el mundo de la gig economy*, en *esta Revista*, 2020, n. 1, pp. 7-8.

⁷ OIT, *Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo*, 2017, p. 24.

⁸ W.P. DE GROEN, Z. KILHOFFER, K. LENAERTS, I. MANDI, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Eurofound, 2018, p. 9.

⁹ J.R. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 24.

¹⁰ En ese sentido, *vid.* W. SANGUINETI RAYMOND, *El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía*, en *Revista de Derecho Social*, 2022, n. 97, p. 16.

¹¹ A. ADAMS, J. PRASSL, *Zero-Hours Work in the United Kingdom*, OIT, 2018, pp. 1-2.

¹² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. HERNÁNDEZ-BEJARANO (dirs.), *Economía colaborativa y*

Así, se recoge en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado el 27 de octubre de 2020¹³, y, más concretamente, en la recomendación 19-bis, que lleva por rúbrica *Seguridad Social y Economía Digitalizada*, al señalar que estas nuevas formas de empleo atípico afectan de forma directa a la organización del trabajo y a la ordenación de las relaciones laborales, y que se proyectan también sobre el Sistema de Seguridad Social. Obviamente, al versar la recomendación sobre la Seguridad Social, se centra la atención en este ámbito. Así, se considera que estas nuevas formas atípicas de trabajo constituyen un importante desafío para la Seguridad Social, por lo que se llama la atención sobre una serie de aspectos.

En primer lugar, se alerta que afectan directamente al encuadramiento de los trabajadores dentro de la Seguridad Social en varios sentidos, entre los que cabe destacar, a los efectos de este estudio, el hecho de que cuando el trabajo ocasional se reduce a lo esporádico o marginal, que es a lo que se refiere expresamente el Informe, los trabajadores quedan al margen del Sistema de Seguridad Social (*infra*, § 3).

En segundo lugar, se considera que las características de las actividades desarrolladas a través de plataformas digitales pueden generar tensiones en la aplicación tradicional del esquema protector basado en el empleo estable y a tiempo completo. En concreto, se refiere a que la intermitencia o incluso el carácter esporádico de esta modalidad de trabajo atípico puede plantear un problema serio de “infra-cotización” y, como consecuencia de ello, de insuficiencia protectora. Es más, al respecto se diferencian dos vertientes. En el plano individual, se señala que dicho anómalo funcionamiento del sistema podría traducirse en prestaciones incapaces de garantizar suficiencia y adecuación. Por su parte, en el plano colectivo, se significa que tal insuficiencia amenaza con socavar las bases de la legitimidad del Sistema de reparto, con sus efectos inmediatos en la solidaridad en que se basa ese mismo Sistema.

En tercer lugar, y para hacer frente a los dos aspectos anteriormente indicados, se marca el reto que se pretende conseguir: redefinir la centralidad del trabajo – asalariado o autónomo – garantizando unas condiciones, laborales o de actividad, dignas y suficientes, que eviten la precariedad¹⁴.

trabajo en plataforma: realidades y desafíos, Bomarzo, 2017, p. 215. Igualmente, sobre las “inseguridades” que generan las formas atípicas de trabajo, en general, *vid.* P.A. TOPET, H. VILLASMIL, J. GARCÍA JIMÉNEZ, *El futuro del trabajo y las formas atípicas del empleo*, en *esta Revista*, 2019, n. especial de conmemoración del Centenario de la OIT, pp. 46-47.

¹³ En BOCG, 10 noviembre 2020, Serie D, n. 175.

¹⁴ Ahora bien, como ha advertido la doctrina, debe matizarse que la precariedad no es consecuencia insoslayable de la atipicidad, de forma y manera que todo trabajo atípico no

En sintonía con la recién comentada Recomendación del Pacto de Toledo, en la medida en que se considera que, como consecuencia de la rápida transformación digital, están surgiendo nuevas formas de trabajo y nuevas formas de organización empresarial, entre las que se encuentra el trabajo en plataformas digitales, que requieren soluciones nuevas y flexibles que los marcos jurídicos actuales no siempre son capaces de regular, pues las reglamentaciones laborales y los Sistemas de Seguridad Social que se han desarrollado en consonancia con el empleo clásico no parecen ser capaces de responder a las necesidades de los trabajadores que tienen contratos atípicos pero que necesitan de todas formas de protección social, cabe citar el Dictamen CESE sobre «El empleo atípico y las cooperativas de plataformas en la transformación digital de la industria», de 8 de diciembre de 2021¹⁵.

No obstante, este Dictamen aboga por superar la clásica clasificación, en función de sus correspondientes regímenes profesionales, entre trabajadores asalariados y trabajadores autónomos o por cuenta propia, y aboga por las cooperativas de trabajadores, al entender que estas pueden ser una herramienta interesante para que las relaciones laborales establecidas a través de las plataformas digitales sean más estables. Sobre todo, se deja entrever una preocupación por los problemas que pueden tener los trabajadores autónomos ante la aparición, gracias a las nuevas tecnologías, de algunas formas de la nueva economía, como la economía de plataformas, al señalar que las mismas podrían encontrar en la estructura

pueda calificarse por sí como precario. Cosa distinta es que la atipicidad pueda utilizarse torticeramente para eludir reglas jurídicas y sea usada como subterfugio para una reducción de derechos y limitación de obligaciones, con repercusiones también en el ámbito de la protección social. Por ello, la atipicidad, en el contexto de los asalariados o autónomos, influirá en el Sistema de Seguridad Social sólo sea porque su diseño y viabilidad financiera están concebidos a partir de un modelo de trabajo a tiempo completo, indefinido y continuo (M.Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.A. GRAU RUIZ, *op. cit.*, p. 919). Igualmente, se ha afirmado que «el concepto de precariedad implica inestabilidad, falta de protección, inseguridad y vulnerabilidad social o económica» (G. RODGERS, *El debate sobre el trabajo precario en Europa Occidental*, en AA.VV., *El trabajo precario en la regulación del mercado laboral. Crecimiento del empleo atípico en Europa Occidental*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, pp. 18 y 19).

¹⁵ El mismo Comité Económico y Social, posteriormente, en su Dictamen sobre «El diálogo social como instrumento beneficioso para la salud y la seguridad en el trabajo», de 20 de enero de 2022, recuerda que, aunque el contrato indefinido sigue siendo la norma de referencia, asistimos a un aumento de las formas de empleo denominadas “flexibles” o “atípicas”, con mención especial al trabajo según demanda y el trabajo en plataformas, aunque, como se ha visto, ambas pueden coincidir, en las que debido a su escasa influencia en las modalidades de su trabajo, estos trabajadores se enfrentan con mayor frecuencia a malas condiciones de trabajo.

cooperativa la manera de lograr que muchos trabajadores por cuenta propia también sean propietarios de estas plataformas y evitar así algunos abusos derivados de la atomización de las tareas. Al efecto, se recuerda que las cooperativas, como organizaciones autónomas de personas unidas de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades sociales, económicas y culturales comunes por medio de una organización democrática y participativa, ofrecen una solución interesante a los problemas de gobernanza y control democrático de las plataformas digitales.

De este modo, la opción por las cooperativas de plataforma o cooperativas digitales se erige en una alternativa para superar los retos que plantea el trabajo ocasional como nueva forma atípica de trabajo¹⁶, pero el objeto de este estudio se centra en averiguar la posibilidad de encajar el trabajo ocasional, con garantías de protección, dentro del trabajo asalariado y del trabajo autónomo.

En ese sentido, cabe recordar que el Dictamen CESE sobre «Trabajo digno en la economía de plataformas», de 18 de septiembre de 2020, señala, entre las buenas prácticas para regular el trabajo de las plataformas, que al regular el mercado laboral debe garantizarse que, conforme a los regímenes y prácticas nacionales, todos los trabajadores tengan acceso a un conjunto de derechos y protecciones, independientemente del estatuto de empleo o del tipo de contrato. Es decir, no se diferencia entre trabajador asalariado y trabajador autónomo, al poder desempeñar ambos el trabajo de plataformas. Cuestión distinta es que se reconozca que, con frecuencia, existe una zona gris entre ambas modalidades de trabajo, lo que no obsta para que se establezca que debe limitarse al máximo dicha situación, mediante la mayor normalización y clarificación posibles de las definiciones de ambas modalidades y la reducción del grado de incertidumbre para trabajadores y empleadores.

Igualmente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre condiciones de trabajo justas, derechos y protección social para los trabajadores de plataformas: nuevas formas de empleo vinculadas al desarrollo digital (2019/2186(INI)), considera, de entrada, trabajadores de plataformas tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los que

¹⁶ Al respecto, se recomienda la consulta de F.J. ARRIETA IDIAKEZ, *Las cooperativas digitales*, en R. ALFONSO SÁNCHEZ, M.M. ANDREU MARTÍ (dirs.), *Digitalización de la actividad societaria de Cooperativas y Sociedades Laborales*, Aranzadi, 2021; A. VILLALBA SÁNCHEZ, *Las cooperativas de trabajo asociado en la economía de plataformas*, en *CIRIEC-España – Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 2021, n. 38, pp. 93-125; F.J. TORRES PÉREZ, *Plataformas cooperativas: cuestiones básicas de su régimen profesional*, en X.M. CARRIL VÁZQUEZ, R. GARCÍA SUÁREZ, M.A. LÓPEZ SUÁREZ (dirs.), *Economía colaborativa y Derecho: aspectos civiles, mercantiles y laborales*, Aranzadi, 2019.

realmente ejercen una actividad por cuenta propia (*cf.* considerando A). De ahí que se afirme que los trabajadores de plataformas deben clasificarse como trabajadores por cuenta ajena o como verdaderos trabajadores por cuenta propia en función de su situación real, y tener los derechos y las condiciones correspondientes (*cf.* considerando S). Se aboga, en último término, por respetar la heterogeneidad de los trabajadores de plataformas, respetando el estatuto de los trabajadores que verdaderamente ejercen una actividad por cuenta propia (*cf.* § 4). Sin embargo, no se esconde la preocupación por que la clasificación errónea de los trabajadores de plataformas como trabajadores por cuenta propia contribuya a la precariedad y las malas condiciones de trabajo (*cf.* considerando H). Por ello, se destaca la necesidad de luchar mejor contra el fenómeno de los falsos autónomos, de modo que se proteja, como asalariados, a los trabajadores de plataformas que cumplan las condiciones características de una relación laboral sobre la base del desempeño real del trabajo y o de la descripción de la relación por las partes (*cf.* § 10). En todo caso, se defiende que la cobertura formal y efectiva de los sistemas de protección social debe aplicarse a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores por cuenta propia, por lo que se pide a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar dicha protección social (*cf.* § 16).

Al fin y a la postre todo ello concuerda con lo establecido en el Pilar Europeo de Derechos Sociales y, más concretamente, en su quinto principio, conforme al cual «con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y el acceso a la protección social», así como en su duodécimo principio, según el cual «con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada». Ahora bien, no es menos cierto que en el quinto principio se establece que deberán evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos, entre los que se encuentran los contratos relativos al trabajo ocasional. Más adelante retomaremos esta cuestión, para concretar lo que significa la utilización abusiva de contratos atípicos (*infra*, § 2).

En el mismo sentido, la Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, recomienda a los Estados miembros que ofrezcan el acceso a una protección social adecuada a todos los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia (*cf.* § 1.1), si bien se reconoce que pueden aplicarse normas distintas para ambos colectivos (*cf.*

§ 5). De hecho, si bien se recomienda que se garantice una protección social adecuada en lo que respecta a las ramas mencionadas en su § 3.2, a saber, desempleo, enfermedad y asistencia sanitaria, maternidad y paternidad, invalidez, vejez y supervivencia, y accidente de trabajo y enfermedad profesional, solamente se reconoce la cobertura con carácter obligatorio para los trabajadores asalariados, mientras que para los trabajadores por cuenta propia cabe la posibilidad de que la cobertura se produzca con carácter voluntario (*cf.* § 8).

Por consiguiente, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas de trabajo, de 9 de diciembre de 2021¹⁷, entre sus objetivos específicos menciona el relativo a garantizar que las personas que trabajan a través de plataformas digitales tengan, o puedan obtener, el régimen profesional que les corresponda a la luz de su relación real con la plataforma y acceder así a los derechos laborales y de protección social que les resulten de aplicación (*cf.* art. 1). Con otras palabras, se acepta la posibilidad de que los trabajadores de plataforma sean asalariados o por cuenta propia. Pero para evitar la calificación errónea se establece un marco de referencia, que incluye procedimientos concretos para garantizar la correcta determinación del régimen profesional aplicable, de conformidad con el principio de primacía de los hechos o realidad imperante (*cf.* art. 3)¹⁸, así como una presunción refutable de trabajo asalariado (incluida la inversión de la carga de la prueba) en el supuesto de trabajadores que prestan sus servicios para plataformas que controlan ciertos elementos de la prestación (*cf.* arts. 4 y 5)¹⁹. A efectos de esta presunción se debe estar a las definiciones nacionales

¹⁷ COM(2021)762 final.

¹⁸ Concretamente, se establece que los Estados miembros dispondrán de procedimientos adecuados para verificar y garantizar la correcta determinación del régimen profesional de las personas que realicen trabajos en plataformas, con el fin de determinar la existencia de una relación laboral tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigente, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y garantizando que tales trabajadores disfrutaran de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión a los trabajadores. La determinación de la existencia de una relación laboral se basará principalmente en los hechos relativos a la realización real del trabajo, teniendo en cuenta el uso de algoritmos en la organización del trabajo en plataforma, independientemente de cómo se califique la relación en cualquier pacto contractual que puede haber sido acordado entre las partes. Cuando la existencia de una relación laboral se establezca sobre la base de hechos, la parte que asuma las obligaciones del empleador deberá identificarse claramente de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales.

¹⁹ Conforme al art. 4, la relación contractual entre una plataforma de trabajo digital que controla la realización de trabajo y una persona que trabaja a través de dicha plataforma se presumirá legalmente como una relación laboral. A tal efecto, los Estados miembros

que determinan la existencia de trabajo asalariado.

En todo caso, aunque la economía de las plataformas digitales constituya en la actualidad la forma más extendida para la práctica del trabajo ocasional, así como el fenómeno que lo convierte en nueva forma atípica de trabajo, no cabe olvidar que el trabajo ocasional ha existido siempre y

establecerán un marco de medidas, de conformidad con sus sistemas legal y judiciales. La presunción legal se aplicará en todos los procedimientos administrativos y judiciales pertinentes. Las autoridades competentes que verifiquen el cumplimiento de la legislación pertinente o la hagan cumplir podrán basarse en dicha presunción. Se entenderá que el control de la realización del trabajo arriba mencionado conlleva al menos dos de las siguientes características: a) determinar o fijar efectivamente límites máximos para la cuantía de la remuneración; b) exigir a la persona que realiza el trabajo de plataforma que respete normas vinculantes específicas con respecto a la apariencia, la conducta hacia el destinatario del servicio o la ejecución del trabajo; c) supervisar la ejecución del trabajo o verificar la calidad de los resultados del trabajo, incluso por medios electrónicos; d) restringir efectivamente la libertad, incluso mediante sanciones, de organizar el propio trabajo, en particular la posibilidad de elegir las horas de trabajo o los periodos de ausencia, aceptar o rechazar tareas o utilizar subcontratistas o sustitutos; e) restringir efectivamente la posibilidad de crear una base de clientes o realizar trabajos para terceros. Los Estados miembros adoptarán medidas de apoyo para garantizar la aplicación efectiva de la presunción legal arriba mencionada, teniendo en cuenta el impacto en las empresas emergentes o *startups*, evitando afectar a los auténticos trabajadores por cuenta propia y apoyando el crecimiento sostenible de las plataformas de trabajo digitales. En particular, los Estados miembros deberán: a) garantizar que la información sobre la aplicación de la presunción legal se ponga a disposición del público de manera clara, completa y de fácil acceso; b) desarrollar una guía para las plataformas de trabajo digitales, las personas que trabajan a través de las plataformas y los interlocutores sociales para comprender e implementar la presunción legal, incluidos los procedimientos para refutarla; c) desarrollar una guía para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley apunten y busquen proactivamente plataformas de trabajo digitales que no cumplan con los requisitos; d) reforzar los controles e inspecciones de campo realizados por las inspecciones de trabajo o los órganos responsables de la aplicación de la legislación laboral, garantizando al mismo tiempo que dichos controles e inspecciones sean proporcionados y no discriminatorios. Por su parte, el art. 5, bajo la rúbrica *Posibilidad de refutar la presunción legal*, dispone lo siguiente: los Estados miembros garantizarán la posibilidad de que cualquiera de las partes refute la presunción legal en los procedimientos judiciales o administrativos o en ambos. Cuando la plataforma de trabajo digital alegue que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral según la definición de la ley, los convenios colectivos o la práctica vigente en el Estado miembro en cuestión, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la carga de la prueba recaerá en la plataforma de trabajo digital. Dicho procedimiento no tendrá efecto suspensivo en lo que se refiere a la aplicación de la presunción legal. Cuando la persona que trabaja a través de la plataforma alegue que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral según la definición de la ley, los convenios colectivos o la práctica vigente en el Estado miembro en cuestión, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la plataforma de trabajo digital estará obligada a ayudar a la correcta resolución de los procedimientos, en particular, proporcionando toda la información relevante en su poder.

que, por ende, continuará existiendo también al margen de la economía de las plataformas²⁰. Sin embargo, como ha podido apreciarse del análisis realizado hasta ahora, existe, a raíz de la expansión de la economía de las plataformas digitales, un cambio de paradigma en cuanto al tratamiento a conceder al trabajo ocasional, al considerar ahora que los trabajadores que lo lleven a cabo son merecedores de una protección adecuada. Al fin y a la postre, ello está en sintonía con la Recomendación OIT R202 de 2012, sobre los pisos de protección social, que aboga por extender los niveles más elevados de Seguridad Social al mayor número de personas posibles. Sin duda, este cambio de paradigma es importante, pero requerirá de un período transitorio, ya que la OIT, hasta la fecha, salvo en contadas ocasiones y, en ese caso, siempre a través de recomendaciones²¹, ha concedido a los Estados miembros la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de muchos de sus convenios y recomendaciones el trabajo ocasional. Además, históricamente no se han identificado las distintas formas de trabajo que pueden integrar el concepto más amplio de trabajo ocasional, e incluso se han entremezclado algunas de esas formas de trabajo, que constituirían la especie, con respecto al trabajo ocasional, que sería el género²².

²⁰ A. OJEDA AVILÉS, *Gig economy y trabajo con plataformas digitales: el ámbito laboral*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2022, n. 251, p. 96.

²¹ La Recomendación OIT R131 de 1967, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, establece que todo Estado miembro debería, por etapas si fuera necesario y en las condiciones apropiadas, extender la aplicación de la legislación que establezca prestaciones de invalidez y vejez, entre otros, a las personas cuyo empleo sea de carácter ocasional (*cf.* § 2.a). Y hace lo propio respecto a las prestaciones de sobrevivencia (*cf.* § 3.a). En los mismos términos se pronuncia la Recomendación OIT R134 de 1969, sobre asistencia sanitaria médica y prestaciones monetarias de enfermedad (*cf.* §§ 2.a y 11.a). La Recomendación R145 de 1973, sobre el trabajo portuario, establece que las disposiciones apropiadas de la propia Recomendación deberían aplicarse, en la medida de lo posible, a los trabajadores portuarios ocasionales o estacionales, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales (*cf.* § 36).

²² El Convenio OIT C024 de 1927, sobre el seguro de enfermedad (industria), establece que cada Estado miembro podrá establecer en su legislación nacional respecto a la obligatoriedad del seguro de enfermedad las excepciones que estime necesarias, entre otros, respecto a los empleos temporales cuya duración no alcance el límite que fije la legislación nacional, los empleos ocasionales y los empleos accesorios (*cf.* art. 2.2.a). En los mismos términos se pronuncia el Convenio OIT C025 de 1927, sobre el seguro de enfermedad (agricultura) (*cf.* art. 2.2.a). El Convenio OIT C035 de 1933, sobre el seguro de vejez (industria, etc.), establece que cada Estado miembro podrá establecer en su legislación nacional respecto a la obligatoriedad del seguro de vejez las excepciones que estime necesarias, entre otros, respecto a los trabajadores que por estar ocupados en empleos de corta duración no puedan cumplir las condiciones exigidas para la concesión de las prestaciones y a las personas que sólo realicen trabajos asalariados a título ocasional

Por todo ello, en coherencia con el objeto de este estudio, es preciso analizar el tratamiento dado al trabajo ocasional en España, teniendo en cuenta, asimismo, lo establecido por la normativa de la Unión Europea y lo interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con el objetivo de concluir si ante el eventual incremento del mismo, principalmente, por la extensión de la economía de plataformas digitales, se ofrece a los trabajadores una protección adecuada o, si por el contrario, tal y como señala la OIT, en los términos planteados *supra*, estos carecen parcial o totalmente de la protección que suelen tener los trabajadores de empleos convencionales. Igualmente, en el supuesto de que se produzca esta segunda situación, deberán proponerse las posibles soluciones para garantizar una protección adecuada a los trabajadores que prestan servicios a través de trabajos ocasionales.

Dado que la legislación española está condicionada por la normativa de la

o accesorio (*cf.* art. 2.2.f). En los mismos términos se pronuncian el Convenio OIT C036 de 1933, sobre el seguro de vejez (agricultura) (*cf.* art. 2.2.f), el Convenio OIT C037 de 1933, sobre el seguro de invalidez (industria, etc.) (*cf.* art. 2.2.f), el Convenio OIT C038 de 1933, sobre el seguro de invalidez (agricultura) (*cf.* art. 2.2.f), el Convenio OIT C039 de 1933, sobre el seguro de muerte (industria, etc.) (*cf.* art. 2.2.f) y el Convenio OIT C040 de 1933, sobre el seguro de muerte (agricultura) (*cf.* art. 2.2.f). El Convenio OIT C044 de 1934, sobre el desempleo, establece que todo Estado miembro podrá establecer en su legislación nacional, respecto a su ámbito de aplicación, las excepciones que juzgue necesarias, entre otros, respecto a las personas que sólo estén ocupadas, a título ocasional o subsidiario, en empleos comprendidos en el propio Convenio (*cf.* art. 2.2.h). El Convenio OIT C128 de 1967, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia, establece que cuando la legislación nacional proteja a los asalariados el Estado miembro podrá, en la medida en que sea necesario, excluir de la aplicación del Convenio, entre otros, a las personas cuyo empleo sea de carácter ocasional (*cf.* art. 37.a). En los mismos términos se pronuncia el Convenio OIT C130 de 1969, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad (*cf.* art. 5.a). El Convenio OIT C158 de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, establece que todo Estado miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del propio Convenio, entre otros, a los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración (*cf.* art. 2.2.e). El Convenio OIT C189 de 2011, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, establece que a los fines del propio Convenio una persona que realice trabajo doméstico únicamente de forma ocasional o esporádica, sin que este trabajo sea una ocupación profesional, no se considera trabajador doméstico (*cf.* art. 1.e). La Recomendación OIT R067 de 1944, sobre la seguridad de los medios de vida, establece que los trabajadores independientes cuyas ganancias sean habitualmente tan bajas que puedan considerarse meramente entradas de origen accesorio u ocasional deberán quedar excluidos, provisionalmente, de los seguros de invalidez, vejez y muerte (*cf.* Anexo, § 21.2). La Recomendación OIT R166 de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, establece que todo Estado miembro podrá excluir de la totalidad o de alguna de las disposiciones de la propia Recomendación, entre otros, a los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración (*cf.* § 2.e).

Unión Europea y por la interpretación que el TJUE realiza sobre la misma, en primer lugar, se analizarán estas, para profundizar, a continuación, en la legislación española. De esa manera, podrá concluirse también si la legislación española se ajusta a las primeras.

2. El trabajo ocasional en la normativa de la Unión Europea y la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Actualmente no existe en la normativa de la Unión Europea una definición o concreción de trabajo ocasional. Sin embargo, la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, establece una serie de pautas que permiten acercarse a la conceptualización del trabajo ocasional.

Así, de entrada, esta Directiva hace suyo lo establecido por el quinto principio del Pilar Europeo, que, como se ha señalado anteriormente (*supra*, § 1), indica que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos.

Precisamente, ante la falta de claridad para determinar cuándo se considera abusiva la utilización de contratos atípicos y qué se entiende por contratos atípicos, la Directiva (UE) 2019/1152 viene a arrojar algo de luz, aunque sea solamente a los efectos de la propia Directiva. En este sentido, cabe recordar que el trabajo ocasional se incluye como objeto de esos contratos atípicos.

En primer lugar, se considera que siempre que se cumplan los criterios que utiliza el TJUE para determinar el estatus de un trabajador puede aplicarse la Directiva²³. Así, entre los sujetos que pueden cumplir tales criterios se enumeran, entre otros, específicamente, a los trabajadores a demanda y a los trabajadores de las plataformas en línea (*gr.* considerando 8). Esta diferenciación entre ambos tipos de trabajadores demuestra que el concepto de trabajadores a demanda es más amplio que el de trabajadores de las plataformas, si bien es cierto, como se ha indicado (*supra*, § 1), que estos segundos, con frecuencia, prestan sus servicios a demanda.

En todo caso, lo que sucede es que la interpretación sobre lo que debe considerarse trabajador asalariado que realiza el TJUE ha evolucionado

²³ Sobre la relevancia de la doctrina sentada por el TJUE para la delimitación del concepto de persona trabajadora por cuenta ajena véase G.L. BARRIOS BAUDOR, *El concepto de persona trabajadora por cuenta ajena: 40 años de configuración legal y jurisprudencial*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 444, pp. 47-49.

hasta el punto de ser válido para todo el Derecho de la Unión Europea²⁴. Precisamente, será esta interpretación la que, como se verá a continuación, permite considerar trabajadores asalariados a quienes lleven a cabo trabajos ocasionales. Cuestión distinta es que las normas de Derecho derivado, como ocurre con la Directiva (UE) 2019/1152, pueden llegar a modular a sus propios efectos el alcance de dicho concepto de trabajador. Esta última cuestión se abordará más adelante.

En lo que aquí interesa, al interpretar el concepto de trabajador asalariado, inicialmente en el exclusivo ámbito de la libre circulación de los trabajadores, el TJUE entendía que para ser considerado trabajador asalariado se debía ejercer una actividad real y efectiva, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. Se concretaba además que una actividad real y efectiva se caracteriza por el hecho de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución²⁵. Posteriormente, se extendió esta conceptualización al ámbito de la política social propiamente dicha, a partir de la sentencia *Allonby*²⁶.

El problema residía entonces en saber cómo debían conjugarse el criterio cuantitativo, que centra su atención en el tiempo de trabajo y la retribución, y el criterio cualitativo, que se centra en la forma o el modo en que se presta la actividad.

En principio, se entendió que la circunstancia de que una persona sólo trabaje un número muy escaso de horas en el marco de una relación laboral puede ser indicio de que las actividades ejercidas son meramente marginales y accesorias. No obstante, se dejaba en manos del órgano jurisdiccional nacional tener en cuenta el carácter irregular y la duración limitada de las prestaciones efectivamente realizadas en el marco de un contrato de trabajo ocasional²⁷.

²⁴ En este sentido, véase la interpretación que sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Concepto de trabajador en al Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2020, n. 232, p. 63 ss.

²⁵ Véanse STJUE 3 julio 1986, asunto 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, apartados 16 y 17; STJUE 12 mayo 1998, asunto C-85/96, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, apartado 32; STJUE 8 junio 1999, asunto C-337/97, *C.P.M. Meensen c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, apartado 13.

²⁶ STJUE 13 enero 2004, asunto C-256/01, *Debra Allonby c. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional y Secretary of State for Education and Employment*, apartado 64.

²⁷ STJUE 26 febrero 1992, asunto C-357/89, *V.J.M. Raulin c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, apartado 14.

Pero, posteriormente, se ha reconocido que con independencia del nivel limitado de la retribución obtenida de una actividad profesional y del número de horas dedicadas a esta, no cabe excluir que, tras una apreciación global de la relación laboral examinada, las autoridades nacionales puedan considerarla real y efectiva, permitiendo así atribuir a su titular la condición de trabajador asalariado²⁸.

En concreto, la apreciación global de la relación laboral conduce a la necesidad de considerar el criterio cualitativo basado en la dependencia o relación de subordinación²⁹. De hecho, se entiende que una relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación entre el trabajador y su empleador, si bien la existencia de tal nexo debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes³⁰.

Ese conjunto de hechos y circunstancias se concreta en la apreciación de una serie de indicios que permiten identificar el concepto de dependencia o subordinación con la idea de dependencia personal u organizacional³¹. De este modo, los tribunales nacionales debieran considerar los siguientes indicios que se extraen de la jurisprudencia del TJUE³²:

- a. que la persona esté bajo la dirección y supervisión de la otra parte contractual³³;
- b. que la persona por cuenta de la que se realiza el trabajo determine los

²⁸ STJUE 4 febrero 2010, asunto C-14/09, *Hava Genc c. Land Berlin*, apartado 26. Por su parte, la STJUE 9 julio 2015, asunto C-229/14, *Ender Balkaya c. Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH*, recuerda que el concepto de trabajador asalariado en el Derecho de la Unión Europea no queda desvirtuado por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, no realice una tarea completa y, por tanto, sólo trabaje durante un número reducido de horas por semana y consecuentemente no perciba más que una retribución limitada (apartado 50 y las STJUE allí citadas).

²⁹ Al respecto véase Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, p. 68 ss.

³⁰ Véanse STJUE 10 septiembre 2015, asunto C-47/14, *Holterman Ferbo Exploitatie BV y otros c. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllersheim*, apartado 46; STJUE 20 noviembre 2018, asunto C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța y otros c. Direcția Generală de Asistență Socială și Protecția Copilului Constanța*, apartado 42; STJUE 11 abril 2019, asunto C-603/17, *Peter Bosworth y Colin Hurley c. Arcadia Petroleum Limited y otros*, apartado 26.

³¹ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, p. 68. En el mismo sentido, Ojeda Avilés considera, con ocasión del nuevo modelo de subordinación que se está produciendo con el trabajo a través de plataformas digitales, que el criterio más claro de calificación de la dependencia es el de la subordinación orgánica a una empresa o, quizá con más propiedad, el del control orgánico de la persona empleadora (A. OJEDA AVILÉS, *Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 464, pp. 40-44).

³² *Idem*.

³³ Sentencia *Lawrie-Blum*, cit., apartado 18.

- servicios que debe prestar la persona y su horario o tiempo de trabajo³⁴;
- c. que la persona que presta servicios debe cumplir las instrucciones y observar normas que dicte la otra parte contratante³⁵;
 - d. que la otra parte contratante tiene facultades de gestión, supervisión y evaluación de la prestación de trabajo y, cuando proceda, puede sancionar a la persona trabajadora³⁶;
 - e. que la persona que presta los servicios deba permanecer disponible para trabajar si el empresario lo solicita³⁷;
 - f. que la persona está, durante la duración de esa relación, incorporada a (e integrada en) la empresa en cuestión, y, por lo tanto, forma una unidad económica con ella, sin asumir o participar en los riesgos comerciales de esta³⁸.

Por el contrario, cuando no se cumple ese criterio cualitativo, basado en la dependencia o relación de subordinación, estaremos ante trabajadores que realmente son por cuenta propia³⁹. En esa línea, cabe destacar los siguientes indicios de no dependencia o relación de subordinación⁴⁰:

- a. la libertad de la persona de elegir sus propias horas de trabajo⁴¹;
- b. la participación en los riesgos comerciales o del negocio⁴²;
- c. la libertad de una persona para contratar a sus propios asistentes⁴³, seleccionar sus propios colaboradores⁴⁴ o recurrir a subcontratistas o a sustitutos para prestar el servicio comprometido⁴⁵;
- d. que la persona trabajadora tiene más margen de maniobra en cuanto a la

³⁴ Sentencias *Lawrie-Blum*, cit., apartado 18, y *Allonby*, cit., apartado 72.

³⁵ Sentencia *Lawrie-Blum*, cit., apartado 18.

³⁶ STJUE 10 septiembre 2014, asunto C-270/13, *Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli*, apartado 30.

³⁷ Sentencia *Raulin*, cit., apartado 14.

³⁸ STJUE 16 septiembre 1999, asunto C-22/98, *Procedimiento penal entablado contra Jean Claude Bécu, Annie Verweire, Smeg NV y Adia Interim NV*, apartado 26.

³⁹ En ese sentido, el ATJUE 22 abril 2020, asunto C-692/19, *B c. Yodel Delivery Network Ltd*, recalca la necesidad de que la independencia alegada del trabajador no sea ficticia y de que no pueda afirmarse que exista una relación de subordinación entre el trabajador y su presunto empleador. Dicho con otras palabras, la falta de subordinación probada conforme a los indicios correspondientes conlleva la imposibilidad de que la independencia alegada sea ficticia.

⁴⁰ En referencia a los mismos véase también Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, p. 70.

⁴¹ STJUE 14 diciembre 1989, asunto C-3/87, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Aegate Ltd*, apartado 36, y sentencia *Allonby*, cit., apartado 72; auto *Yodel Delivery Network*, cit.

⁴² Sentencia *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, cit., apartado 36.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Sentencia *Haralambidis*, cit., apartado 33.

⁴⁵ Auto *Yodel Delivery Network*, cit.

- elección del tipo de trabajo y las tareas que debe ejecutar y de la forma en que debe realizar ese trabajo o esas tareas⁴⁶. Y derecho o facultad absoluta de no aceptar las tareas que le fueran asignadas y de fijar el número de tareas que está dispuesto a realizar⁴⁷;
- e. que la persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de su contrato⁴⁸;
 - f. que la persona disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de la sociedad como sobre el ejercicio de sus propias facultades⁴⁹;
 - g. que la persona trabajadora pueda simultanear trabajos para dos empresas; esto es, que no haya un trabajo exclusivo para una sola⁵⁰.

De lo analizado hasta ahora, cabe concluir que no existe un criterio para determinar qué actividades son meramente marginales y accesorias y, por tanto, impiden la calificación de trabajador asalariado de quien las ejercite y la protección que trae causa de la misma. Al respecto, se ha advertido por parte de la doctrina científica que la diferente valoración jurisprudencial no es ajena al efecto de las modalidades de empleo atípicas⁵¹. No en vano, si los tribunales nacionales consideran la actividad como real y efectiva, en los términos arriba señalados, la actividad dejará de ser meramente marginal o accesorio. Por tanto, en ese caso, el trabajo ocasional quedará dentro del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo y, por derivación, de la Seguridad Social⁵².

Pero incluso cuando los tribunales nacionales concluyan que, conforme a los indicios aplicados por el TJUE, se está ante un trabajador que realmente es por cuenta propia, habrá que estar a las características definitorias fijadas por la legislación de cada Estado miembro que, en su caso, hacen posible la aplicación de una serie de garantías en materia de condiciones de trabajo, así como la protección social de estos trabajadores. Ello se debe al hecho de que el concepto de trabajador autónomo o por cuenta propia no es co-

⁴⁶ Sentencias *Haralambidis*, cit., apartado 33, y *Allonby*, cit., apartado 72.

⁴⁷ Auto *Yodel Delivery Network*, cit.

⁴⁸ Sentencia *Bosworth y Hurley*, cit., apartado 35.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ Auto *Yodel Delivery Network*, cit.

⁵¹ M.E. CASAS BAHAMONDE, *Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 9, p. 871.

⁵² En ese sentido, Sánchez Urán-Azaña ha señalado, respecto al trabajo en plataformas, que se aplicarán las previsiones de la Directiva 2019/1152 cuando se logre alcanzar el concepto de trabajador en los términos previstos en las normas nacionales, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Concepto de trabajador y economía digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 14, p. 18 del extracto).

extenso en ambos ordenamientos, interno y comunitario⁵³. Ahora bien, siempre hay que considerar que a efectos del Derecho de la Unión, la calificación como trabajador autónomo con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de trabajador asalariado si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral⁵⁴. Efectivamente, ello nos sitúa ante la figura del falso autónomo, es decir, ante prestadores de servicios que se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores asalariados⁵⁵.

Concretamente, la Directiva (UE) 2019/1152, tras señalar que los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en su ámbito de aplicación por no cumplir con los criterios o indicios de laboralidad, se refiere a los falsos autónomos para incluirlos dentro de su ámbito de aplicación. Ahora bien, al referirse al fenómeno de los falsos autónomos deja claro que la definición de trabajador por cuenta propia debe ser conforme lo define la legislación nacional. Es el abuso de la condición de trabajador por cuenta propia lo que lleva a considerar que estemos ante una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. Con todo, la declaración de falso autónomo la deberán realizar los tribunales nacionales, pero no es menos cierto que de las interpretaciones del TJUE se deduce el marco de actuación dentro del cual deben actuar dichos tribunales. De ese modo, por una parte, el TJUE da la definición de falso autónomo, definición que la Directiva (UE) 2019/1152 asume, al indicar que «el falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales» (considerando 8). Por otra parte, los tribunales nacionales deben concluir que se cumplen las condiciones propias de una relación laboral cuando comprueben que se está ante una relación laboral real y efectiva en los términos arriba señalados.

Resumiendo lo analizado hasta ahora, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, quienes lleven a cabo un trabajo ocasional, en principio, podrán ser considerados tanto trabajadores asalariados como trabajadores por cuenta propia.

Sin embargo, como se ha anticipado, puede suceder que determinadas normas de Derecho derivado modulen a sus propios efectos el alcance del

⁵³ J. CABEZA PEREIRO, *El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en *Documentación Laboral*, 2018, n. 113, p. 55.

⁵⁴ STJUE 4 diciembre 2014, asunto C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Staat der Nederlanden*, apartado 35.

⁵⁵ *Ibidem*, apartados 31 y 42.

concepto de trabajador asalariado, para dejar fuera de su ámbito de aplicación lo que conforme a las interpretaciones del TJUE podrían ser consideradas auténticas relaciones laborales o para condicionar la aceptación de algunas relaciones laborales.

Es lo que, en segundo lugar, debe destacarse de la Directiva (UE) 2019/1152, como importante matización a la primera afirmación que esta realiza, y se acaba de comentar, según la cual la interpretación que el TJUE hace de los criterios para determinar el estatus de un trabajador asalariado deben tenerse en cuenta en la aplicación de la Directiva.

Además, esa importante matización tiene consecuencias para el trabajo ocasional, en tanto que este podrá quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva o podrá entrar dentro de dicho ámbito pero siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones.

En verdad, la Directiva no se refiere expresamente al trabajo ocasional pero sí a sus posibles manifestaciones, como son los trabajos efímeros y los trabajos a demanda y similares⁵⁶.

Respecto a los trabajos efímeros, la Directiva concede a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar sus disposiciones a las relaciones laborales con un número de horas de trabajo predeterminadas y reales que supongan una media igual o inferior a tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas. A tales efectos se matiza que el cálculo de dichas horas debe incluir todo el tiempo realmente trabajado para el empleador, incluidas las horas extraordinarias o el trabajo adicional al garantizado o previsto en el contrato de trabajo. Por ello, a partir del momento en que un trabajador supere este umbral, se le aplicarán las disposiciones de la Directiva, independientemente de las horas que trabaje posteriormente o de las horas de trabajo establecidas en el contrato de trabajo. Igualmente, el tiempo trabajado para todos los empleadores que formen parte de la misma empresa, el mismo grupo o la misma entidad, o pertenezcan a ellos, contará a efectos de la media de tres horas (*cf.* considerando 11 y art. 1.3).

Todo ello se traduce en que los trabajadores que no alcancen el umbral señalado, aun pudiéndose calificar conforme a los criterios fijados por el TJUE como trabajadores asalariados, no tendrán el derecho a recibir de sus empleadores la información a la que se refiere la Directiva, entre la que cabe

⁵⁶ La falta de referencia y de tratamiento específico del trabajo ocasional pueden considerarse uno de los espacios sin regular que, como ha advertido la doctrina científica, necesitarán, a corto plazo, nuevas y contundentes respuestas, principalmente, por su extensión a través del trabajo realizado por medio de las plataformas digitales (J.R. MERCADER UGUINA, *Los “tiempos” de la Directiva (UE) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos*, en *Documentación Laboral*, 2021, n. 122, pp. 20-22).

destacar la relativa a la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, así como la que haga referencia a cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, a cualquier acuerdo sobre cambios de turno (*cf.* art. 4.2.1). Ciertamente, como consecuencia de la falta de dicha información cabe la posibilidad de que se celebren contratos efímeros en fraude de ley, de forma y manera que se pacten o acuerden unas condiciones laborales a la baja que nada tengan que ver con la realidad. En último término, ello no dejaría de ser una nueva vía para la precarización de las condiciones de trabajo, en tanto en cuanto supondría un riesgo para el aumento del trabajo informal, entendiendo por tal, conforme a lo establecido por la Recomendación OIT R204, desarrollar actividades económicas sin protección alguna. Esta falta de protección derivaría, por una parte, del trabajo que pudiera realizarse al margen de lo acordado o pactado inicialmente, al tratarse de un trabajo no declarado⁵⁷, y, por otra parte, de la posibilidad de que el trabajo efímero en cuestión no se considere actividad real y efectiva, por ser calificado como meramente marginal, lo que supondría, asimismo, la pérdida de la condición de trabajador asalariado de la persona que realice dicho trabajo efímero.

Por su parte, los trabajos a demanda se incluyen entre aquellos que no tienen un tiempo de trabajo garantizado y se consideran, por ello, especialmente vulnerables. Independientemente del número de horas que trabajen realmente, se les aplican las disposiciones de la Directiva (*cf.* considerando 12). En consecuencia, estos trabajadores deberán recibir de sus empleadores la información relativa a los elementos esenciales de su relación laboral (*cf.* art. 4.1). A pesar de que se ha criticado que una de las principales carencias de la Directiva radica en la falta de definición del contrato a demanda⁵⁸, la Directiva, en sus considerandos, sí establece una serie de pautas básicas para poder caracterizarlo en cada uno de los Estados miembros. Así, se parte de la imprevisibilidad que supone para el trabajador, pues los contratos de trabajo a demanda o similares, entre los que se incluyen los contratos de cero horas, dotan al empleador de flexibilidad para llamar al trabajador para que trabaje como y cuando sea necesario (*cf.* considerando 35).

Con el objetivo de evitar abusos se establecen una serie de garantías, en general, para quienes no tienen un tiempo de trabajo garantizado, y, en

⁵⁷ Véase al respecto J. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Trabajo informal y protección social: análisis del marco jurídico internacional*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2017, n. 3, pp. 64-66.

⁵⁸ J.M. MIRANDA BOTO, *Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 149, p. 93.

especial, para los trabajadores a demanda. El no cumplimiento de dichas garantías, es decir, su interpretación a sensu contrario, permite concretar el significado de la utilización abusiva de contratos atípicos (*supra*, § 1), entre los que se encuentran los contratos relativos al trabajo ocasional.

Entre las garantías generales para los trabajadores que no tienen un tiempo de trabajo garantizado, por ser el patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible⁵⁹, y, por tanto, también para los trabajadores a demanda, en primer lugar, se establece como información a conceder necesariamente por el empresario (*cf.* considerando 21 y art. 4.2.m):

- a. el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas;
- b. las horas y días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje⁶⁰;
- c. el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación de la tarea asignada acordada previamente con el trabajador⁶¹.

En segundo lugar, bajo la rúbrica de *Previsibilidad mínima del trabajo* (*cf.* art. 10), se fija para los Estados miembros la obligación de garantizar que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a. el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados;
- b. el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales.

En el caso de no cumplirse una o ninguna de esas condiciones se reconoce al trabajador afectado el derecho a rechazar una tarea asignada, sin que ello pueda tener consecuencias desfavorables.

En lo que se refiere a las garantías específicas previstas para los trabajadores a demanda, y complementarias, por tanto, a las generales que se acaban de

⁵⁹ Conforme al art. 2.c debe entenderse por patrón de trabajo «la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador».

⁶⁰ Conforme al art. 2.b debe entenderse por horas y días de referencia: «los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador».

⁶¹ El art. 10.3 de la Directiva prevé que los Estados miembros deberán adoptar medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador.

mencionar, si bien se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de autorizar el uso de contratos a demanda o similares, se establece para los mismos la obligación de adoptar una o varias de las siguientes medidas para evitar prácticas abusivas (*cf.* art. 11)⁶²:

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

Sin duda, acotar en el tiempo la imprevisibilidad en la prestación de servicios que resulta inherente a los contratos a demanda y similares, así como determinar de antemano una cantidad mínima de horas pagadas durante dicho tiempo, pueden erigirse en medidas interesantes de control y previsión frente a las situaciones abusivas que podrían derivarse de estas formas de trabajo ocasional. También pueden constituir medidas que eviten el trabajo informal. En cualquier caso, todo ello debería articularse adecuadamente con las garantías generales arriba descritas, pues la necesidad de regular el tiempo de trabajo se vincula con la salud, la seguridad y la dignidad del trabajador, así como con la conciliación de la vida laboral y la vida personal y familiar⁶³. En ese sentido, se considera que el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso son indicadores de trabajo decente, de su existencia o de la carencia del mismo, por lo que resulta contrario al principio de trabajo decente la concreción de horarios atípicos, en la medida en que estos inciden directamente sobre la imposibilidad de desarrollar una vida social regular y dificultan la conciliación laboral, personal y familiar⁶⁴. Por todo ello, los contratos a demanda y similares

⁶² Al respecto se ha señalado que «la primera, por sí sola, resultaría insuficiente y plantearía mayores problemas de control del cumplimiento del límite, por lo que resultaría más eficaz la segunda de las propuestas» (A.R. ARGÜELLES BLANCO, *Previsibilidad y transparencia de los tiempos de trabajo en la Directiva 2019/1152*, en *NET21*, 2022, n. 10, p. 5).

⁶³ T. USHAKOVA, *Desafíos de la regulación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios en la relación laboral individual y nuevos retos para el contrato de trabajo (España, Portugal, México, Francia)*, Peter Lang, 2017, p. 149.

⁶⁴ J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Trabajo decente y tiempo de trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, Á.L. DE VAL TENA (dirs.), *El trabajo decente*, Comares, 2018, pp. 142 y 143. Este autor incardina la cuestión del tiempo de trabajo dentro del tercer objetivo, el relativo a la protección social, no sólo a nivel de Seguridad Social, sino también en cuanto a las condiciones de trabajo dignas, de la agenda para el trabajo decente planteada por la OIT en su Declaración sobre justicia social para una globalización equitativa (2008).

también deben ajustarse, en los términos de la Directiva (UE) 2019/1152, a la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, pues como ha manifestado el TJUE, las diferentes disposiciones que contiene la misma en materia de duración máxima de trabajo y de tiempo mínimo de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y salud⁶⁵. Ciertamente, en la medida en que todo lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1152 posee carácter mínimo mejorable por la legislación de los Estados miembros (*cf.* art. 20), no obsta a que se prohíban los contratos a demanda y similares, por la vía jurisprudencial interpretativa de la legislación sobre la jornada laboral vigente en cada Estado miembro⁶⁶. No obstante, la no regulación o la prohibición de los contratos a demanda y similares conlleva el riesgo de que las prestaciones de servicios llevadas a cabo bajo esta forma de trabajo ocasional se conviertan también en una forma de trabajo informal.

Hasta aquí el análisis de las dos manifestaciones de trabajo ocasional que recoge la Directiva (UE) 2019/1152. Con todo, de cara a su desarrollo y aplicación en los Estados miembros, no puede pasar por alto la idea de que el trabajo ocasional, según la OIT, participa de una doble naturaleza, en tanto en cuanto se trata de un trabajo temporal y a tiempo parcial⁶⁷.

La caracterización como contrato temporal supone desde la órbita del Derecho de la Unión Europea, y, más concretamente, en sintonía con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración

⁶⁵ STJUE 26 junio 2001, asunto C-173/99, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, apartados 43 y 47; STJUE 5 octubre 2004, asuntos acumulados C-397/01-C-403/01, *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) y Matthias Döbele (C-403/01) c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, apartado 100; STJUE 12 octubre 2004, asunto C-313/02, *Nicole Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, apartado 47; STJUE 1º diciembre 2005, asunto C-14/04, *Abdelkader Dellas y otros c. Premier ministre y Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, apartado 49.

⁶⁶ T. SALA FRANCO, *La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en el ordenamiento laboral español*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2022, n. 251, pp. 46-47.

⁶⁷ OIT, *¿Qué es el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a pedido?*, en www.ilo.org, 22 abril 2017. En lo que se refiere al trabajo a tiempo parcial, la OIT diferencia entre el trabajo a tiempo parcial sustancial (21-34 horas a la semana), el trabajo a tiempo parcial de corta duración (20 horas o menos) y el trabajo a tiempo parcial marginal (menos de 15 horas a la semana).

determinada, la necesaria toma en consideración del principio de causalidad⁶⁸ y la adopción de mecanismos para evitar abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada⁶⁹.

Por su parte, la caracterización como contrato a tiempo parcial conduce a considerar el alcance de la Directiva 97/81/CE, del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. En efecto, la filosofía inspiradora de esta Directiva y alguna de sus cláusulas pueden aprovecharse para la protección social adecuada del trabajo ocasional.

En ese sentido, no hay que olvidar que las partes firmantes del Acuerdo marco que da lugar a la Directiva sobre el trabajo a tiempo parcial pretendían «contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores» (*cf.* considerando 11 de la Directiva y preámbulo del Anexo que recoge el Acuerdo). Para ello, las partes tomaron nota de la Declaración sobre el Empleo del Consejo Europeo de Dublín de diciembre de 1996, en la que el Consejo, entre otras cosas, subrayó la necesidad de hacer que los sistemas de protección social favorezcan más la creación de empleo, «desarrollando regímenes de protección social capaces de adaptarse a los nuevos modelos de trabajo y que faciliten una protección adecuada a las personas que efectúan esos nuevos tipos de trabajo», y consideraron que debía ponerse en práctica dicha declaración (*cf.* preámbulo del Anexo que recoge el Acuerdo).

Partiendo de dicha voluntad, en la cláusula 1.*b* se establece que el objetivo del Acuerdo es «facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores». Y en el contexto de dicha cláusula, la cláusula 5, bajo la rúbrica *Posibilidades de trabajo a tiempo parcial*, establece, en su letra *a*, que «los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos».

Por otro lado, de lo preceptuado en la cláusula 2.2 puede deducirse que la exclusión de las disposiciones del Acuerdo para con los trabajadores a tiempo parcial que trabajan de manera ocasional, debe ser la excepción y no la regla general. No en vano, la exclusión de tales trabajadores debe

⁶⁸ *Cfr.* Considerando 7 y Cláusula 3 del Acuerdo Marco.

⁶⁹ *Cfr.* Cláusula 5 del Acuerdo Marco.

fundamentarse en «razones objetivas». Además, se exige el reexamen periódico de tales exclusiones, a fin de establecer si siguen siendo válidas las razones objetivas que las sustentan.

Pues bien, lo contemplado en dichas cláusulas coincide con lo señalado por el Convenio OIT C175 de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial, y la Recomendación OIT R182 de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial.

Así, el Convenio OIT C175 no establece una necesaria reducción mínima, ni tampoco un tope máximo, para considerar a tiempo parcial el trabajo, bastando cualquiera por escasa o excesiva que sea⁷⁰. Sin embargo, en lo que respecta a la protección social, el art. 8.a, en consonancia con el art. 6, permite que todo estado Miembro excluya a los trabajadores a tiempo parcial cuyos ingresos y duración del tiempo de trabajo sean inferiores a límites mínimos determinados del alcance de cualquiera de los regímenes de Seguridad Social establecidos por ley que estén ligados al ejercicio de una actividad profesional, salvo cuando se trate de prestaciones que traigan causa de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Ahora bien, en su letra b, el convenio matiza que los límites mínimos referidos deben ser lo suficientemente bajos con el fin de que no quede excluido un porcentaje indebidamente elevado de trabajadores a tiempo parcial. Y al margen de dicha eventual limitación respecto a la protección social, resulta de interés para considerar a tiempo parcial algunas de las nuevas formas atípicas de trabajo, lo preceptuado en el art. 9 del Convenio, cuando se señala que «deberán adoptarse medidas para facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial, productivo y libremente elegido». En concreto, llama la atención la referencia a la libertad de elección para con el trabajo a tiempo parcial, o lo que viene denominándose, igualmente, trabajo a tiempo parcial voluntario. Y entre esas medidas se menciona expresamente «la revisión de las disposiciones de la legislación que puedan impedir o desalentar el recurso al trabajo a tiempo parcial o la aceptación de este tipo de trabajo». De todo ello puede deducirse que lo que conduce a la precariedad es el contrato de trabajo a tiempo parcial no voluntario, es decir, el desempeñado al margen de la voluntad de quien lo ejerce⁷¹. Ergo, y a sensu contrario, el trabajo a tiempo parcial voluntario podría concebirse como algo positivo y estrechamente vinculado a la creación de empleo decente, en términos de estabilidad y alto nivel de seguridad para los trabajadores, sobre todo, en lo

⁷⁰ S. BARCELÓN COBEDO, *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 26. En concreto, el art. 1 del Convenio OIT C175 establece que «la expresión trabajo a tiempo parcial designa a todo trabajador cuya actividad laboral tiene una duración inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable».

⁷¹ *Vid.* la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre condiciones laborales y empleo precario.

que se refiere a la protección social⁷².

Por su parte, la Recomendación OIT R182 entiende, en primer lugar, que el Sistema de Seguridad Social debería tender a «rebajar progresivamente, cuando sea apropiado, los requisitos relativos a los límites mínimos de ingresos o de duración del tiempo de trabajo que determinan el acceso» al Sistema (art. 6.a), así como a «reducir el riesgo de que los trabajadores a tiempo parcial sean perjudicados por regímenes de Seguridad Social que: (i) condicionan el derecho a las prestaciones a un período determinado de cotización, de seguro o de servicio durante un plazo de referencia determinado, o (ii) fijan el monto de las prestaciones basándose a la vez en el promedio de los ingresos anteriores y en la duración de los períodos de cotización, de seguro o de servicio» (art. 6.d).

En segundo lugar, «en caso de que los trabajadores a tiempo parcial tuviesen más de un empleo, el total de sus horas de trabajo, cotizaciones o ingresos se debería tomar en cuenta al determinar si satisfacen los requisitos de los límites mínimos prescritos en los regímenes de Seguridad Social establecidos por ley que están ligados al ejercicio de una actividad profesional» (art. 9). Esta disposición no es baladí, si se interpreta en el sentido de que el hecho de «tener más de un empleo» puede ir más allá de las situaciones de pluriempleo y/o pluriactividad en las que puede encontrarse un trabajador, tal y como se reconoce en el Sistema de Seguridad Social español, para referirse también a aquella posibilidad de tomar en consideración todas aquellas actividades desarrolladas, independientemente entre sí, es decir, con principio y fin entre las mismas, por una misma persona como resultado de trabajar de acuerdo a lo establecido en distintos regímenes profesionales (*v.gr.* becario, asalariado, autónomo, socio cooperativo) durante un determinado período de tiempo (*v.gr.* un mes o un trimestre). Claro está, a tales efectos, surge la cuestión de si todo trabajo queda amparado por un determinado régimen profesional o si, por el contrario, existen trabajos que, aisladamente considerados, quedan al margen de todo régimen profesional, por ejemplo, por su carácter efímero o en atención a la escasa cuantía de la retribución percibida. Sin

⁷² De hecho, en España, se llegó a afirmar, tempranamente, que «la modalidad a tiempo parcial responde en gran medida a las nuevas formas de organización del trabajo, más descentralizado y flexibles, en las que se combina, haciéndolo compatible, el tiempo productivo con el tiempo dedicado a la formación y a otras actividades de la vida personal del trabajador, de forma que la secuencia temporal “educación, trabajo, ocio y retiro” se flexibiliza adaptándose a las necesidades individuales del trabajador y de la empresa» (MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Trabajo estable a tiempo parcial*, 1999, p. 65). En último término, y desde la perspectiva actual de la OIT, podría afirmarse que esa manera de entender el contrato a tiempo parcial lo convierte en muy atractivo para afrontar las diversas transiciones existentes a lo largo de la vida laboral.

duda alguna, se trata de una cuestión de máximo interés para las nuevas formas atípicas de trabajo en general, y para el trabajo ocasional, en especial. Y, en tercer lugar, como colofón y verdadera cláusula de cierre de lo antedicho, «debería procederse a la adaptación de las disposiciones de los regímenes de Seguridad Social establecidos por ley y ligados al ejercicio de una actividad profesional que desalienten el recurso al trabajo a tiempo parcial o la aceptación de trabajos de esa índole» (art. 16).

De este modo, puede concluirse que tanto en la Directiva 97/81/CE, como en el Convenio OIT C175 y la Recomendación OIT R182 existe un desiderátum de ampliar el campo de aplicación del contrato a tiempo parcial a nuevas formas atípicas de trabajo, y, por ende, al trabajo ocasional, que, partiendo de la voluntariedad del trabajador, y acordes a la flexibilidad del tiempo de trabajo, beneficien tanto a empresarios como a trabajadores. Concretamente, será dicha ampliación del campo de aplicación lo que traerá consigo la extensión de la protección social al trabajo ocasional. De ahí la necesidad de amparar, a los efectos de protección social, bajo el régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial también al trabajo ocasional. La cuestión será determinar la fórmula que lo haga posible dentro de cada Estado miembro.

3. El trabajo ocasional en la legislación y jurisprudencia española

El trabajo ocasional en la legislación y jurisprudencia española se ha caracterizado históricamente por su marginación jurídica⁷³.

De este modo, son constatables varios límites existentes para que el trabajo ocasional pueda gozar de protección adecuada, precisamente por confundirlo con el trabajo marginal.

Como primer límite a destacar, existe la posibilidad de excluir del campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social correspondiente a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida, tal y como se preceptúa en el art. 7.5 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)⁷⁴.

En principio, podría pensarse que la regulación en dicho precepto de un procedimiento iniciado colectivamente, que debe concluir con una declaración del Gobierno, dificulta la toma en consideración de este límite,

⁷³ A. OJEDA AVILÉS, *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, 2010, p. 362.

⁷⁴ En *BOE*, 31 octubre 2015, n. 261.

más si cabe teniendo en cuenta que tan solo se ha acudido a dicho procedimiento en una ocasión, concretamente por medio del Decreto 1382/1972, de 6 de mayo, por el que se excluye del Régimen General de la Seguridad Social al personal que presta sus servicios, con carácter marginal, en la Empresa «Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España»⁷⁵. Pero nada más lejos de la realidad, porque tanto la legislación como la jurisprudencia demuestran que es factible recurrir al carácter marginal del trabajo realizado para excluir del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a determinados trabajadores, aunque sea en distintos términos y con distinto alcance.

Así, como ejemplos de la legislación que permite la exclusión del trabajo considerado marginal pueden citarse el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar⁷⁶, cuando posibilita que un trabajador, además de prestar servicios domésticos en el hogar familiar de su empleador, pueda también prestarle a este otra serie de servicios ajenos al hogar familiar con «carácter marginal o esporádico con respecto al servicio puramente doméstico». Tal es así que el desempeño de cualquier otra actividad que no sea marginal o esporádica, en el sentido apuntado, conllevaría el reconocimiento de una única relación laboral común, excluyendo la existencia de la relación laboral de carácter especial (*cf.* art. 2.3). Surge entonces la cuestión de qué debe entenderse por «marginal o esporádico», al configurarse estos términos sin concreción de contenido jurídico alguno. Por el contrario, dicha concreción sí se lleva a cabo en otras normas. Exactamente, tal concreción se produce en el específico ámbito de la regulación de determinadas contingencias de la Seguridad Social, en lo que se refiere a la compatibilidad entre las prestaciones que deriven de la materialización de dichas contingencias y el desempeño de trabajos esporádicos, marginales, u ocasionales. Veamos algunos ejemplos que resultan ilustrativos.

Respecto a los trabajadores agrarios, el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social⁷⁷, establece que el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con el trabajo del pensionista que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, pero, en cambio, es compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional,

⁷⁵ En *BOE*, 7 junio 1972, n. 136.

⁷⁶ En *BOE*, 17 noviembre 2011, n. 277.

⁷⁷ En *BOE*, 19 febrero 1973, n. 43.

debiéndose entender por tales aquellas que como mucho se lleven a cabo durante seis días laborables consecutivos, y sin que se intervenga en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre. Ahora bien, lo que resulta realmente sustancial es que se reconoce cierta protección social a quienes realizan tales labores agrarias de carácter esporádico y ocasional, pues, en primer lugar, deben encuadrarse como trabajadores por cuenta ajena o trabajadores por cuenta propia, y, en segundo lugar, gozan de protección frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (*cfr.* art. 52.2).

Por su parte, en el Régimen General, el percibo de la pensión de jubilación es doblemente compatible, bien con el trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena, si bien el percibo de la pensión debe minorarse en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable (*cfr.* art. 213.1 TRLGSS), bien con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI, en cómputo anual. Precisamente, es este trabajo por cuenta propia el que aun sin mención expresa presenta un carácter marginal, tanto por la limitación en la cuantía, como por el hecho de situarse al margen de la Seguridad Social, pues además de que por dicho trabajo no se cotiza tampoco se generan nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social (*cfr.* art. 213.4 TRLGSS). Además, la dificultad para controlar los rendimientos de los pensionistas por la realización de trabajado por cuenta propia facilita el trabajo informal, y, por tanto, el fraude⁷⁸.

Centrando la atención en la jurisprudencia, la exclusión del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las actividades de carácter meramente marginal tiene una amplia tradición⁷⁹, que ha llegado hasta la actualidad. De este modo, y sin perjuicio de la numerosa jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que va en esa línea⁸⁰, debe destacarse la STS 3 marzo 2010 (rec. 1948/2009), cuando señala que «no será una verdadera ocupación la de quien perciba un salario mensual en proporciones llamativamente escasas, obtenido por un trabajo que ha de calificarse de marginal, por más que, desde el plano jurídico-laboral responda, ciertamente, al concepto de salario y sea la prestación correspondiente a un

⁷⁸ F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, Lex Nova, 2016, p. 318.

⁷⁹ Así, el Tribunal Central de Trabajo consideró reiteradamente que los trabajos esporádicos no pueden dar lugar a la existencia de una relación laboral. Por todas, STCT 20 enero 1982 (ar. 489); STCT 19 mayo 1983 (ar. 4464); STCT 18 junio 1986 (ar. 4574).

⁸⁰ Por todas, STJ Cantabria 23 noviembre 2000 (rec. 142/1999); STJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 28 mayo 2003 (rec. 93/2003); STJ País Vasco 9 marzo 2010 (rec. 2974/2009).

verdadero contrato de trabajo» (FD 5º). Otro tanto sucede al permitir la jurisprudencia no solo la compatibilidad entre la prestación o el subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial sino que también con aquel trabajo que se considera marginal, independientemente de que este último se realice por cuenta ajena⁸¹ o por cuenta propia⁸², cuando los rendimientos generados son del todo insignificantes.

Ciertamente, el problema se ciñe a las exclusiones que pueden producirse por la jurisprudencia, pues en tales casos será el propio trabajador quien, moviéndose en verdaderas zonas grises, tendrá que defender su naturaleza de trabajador asalariado, y ello, en un momento de creciente precariedad del empleo, con nuevas formas atípicas de trabajo, como el trabajo ocasional, es tanto como alejarse de la realidad social, que en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no puede nunca ser olvidada y que por otra parte encuentra su apoyo en la regla de oro para la interpretación de las normas previstas en el art. 3 del Código Civil⁸³.

Un segundo límite u obstáculo lo constituye la “habitualidad” como requisito para el reconocimiento de que una actividad económica o profesional se realiza por cuenta propia (*cf.* art. 1, Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo⁸⁴). A la espera de que se materialice el estudio del concepto de “habitualidad” a efectos de la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, al que se refiere la DA 4ª de la Ley 6/2017, de 14 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo⁸⁵, y que establece que, «en particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen la cuantía del SMI, en cómputo anual», hay que concluir, con la jurisprudencia, que la habitualidad debe

⁸¹ El TS se refiere a la excepción para con la incompatibilidad mencionada que supone el trabajo a tiempo parcial, marginal o no, a partir de la STS 4 noviembre 1997 (rec. 212/1997), reiterada, posteriormente, entre otras, en la STS 1º febrero 2015 (rec. 5864/2003) y la STS 29 enero 2003 (rec. 1614/2002).

⁸² Debe destacarse la STS 5 abril 2017 (rec. 1066/2016), que junto a las previas STS 27 abril 2015 (rec. 1881/2014), STS 12 mayo 2015 (rec. 2683/2014) y STS 14 mayo 2015 (rec. 1588/2014) citadas por la misma, viene a matizar la absoluta incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y la realización de una actividad económica por cuenta propia, cuando los rendimientos generados son del todo insignificantes. Así, dispone que «lo relevante no ha de ser la naturaleza de la actividad económica de que se trate, sino su carácter absolutamente residual, marginal y de ínfima relevancia económica, hasta el punto que no pueda ni tan siquiera catalogarse como verdadero trabajo» (FD 3º).

⁸³ En ese sentido, véase F. VÁZQUEZ MATEO, *Trabajo marginal y Seguridad Social*, en *Actualidad Laboral*, 1989, n. 3, p. 528.

⁸⁴ En BOE, 12 julio 2007, n. 166.

⁸⁵ En BOE, 25 octubre 2017, n. 257.

identificarse con la suficiencia de los ingresos obtenidos por la realización del trabajo, al considerarse que los módulos retributivos deben igualar o superar el umbral de rentas equivalente al SMI⁸⁶. En consecuencia, el desarrollo de toda actividad que no alcance tales umbrales pasa a ser marginal y, por tanto, ajena a todo régimen profesional y carente de protección.

Un tercer límite lo constituye la imposibilidad de cumplir con el período de carencia exigido por la normativa de Seguridad Social a los supuestos de contratación a tiempo parcial *ex* art. 247 TRLGSS, siempre que, siguiendo la tendencia jurisprudencial anteriormente mencionada, se ponga el foco en el criterio cuantitativo de la retribución, pues ello conlleva el riesgo de considerar la actividad desarrollada como marginal y, por tanto, excluida del ámbito de protección de la Seguridad Social. Quedaría así desvirtuado lo dispuesto en la letra *a* del mencionado precepto, cuando señala que «se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos».

Finalmente, un cuarto límite puede producirse por el mismo motivo que se acaba de mencionar, respecto a lo regulado por el art. 249-*bis* TRLGSS, relativo al cómputo de los períodos de cotización en contratos cuya duración efectiva es igual o inferior a cinco días. Así, pese a que dicho precepto busque desincentivar este tipo de contratos temporales, al establecer que cada día de trabajo se considerará en tales supuestos como 1,4 días de cotización, el mismo no será operativo si conforme al criterio retributivo la actividad se califica finalmente como marginal.

4. A modo de conclusión y propuesta

En España, en el tratamiento dado al trabajo ocasional, sigue prevaleciendo el criterio cuantitativo, principalmente, por la tendencia histórica de la jurisprudencia de atender a la cuantía de la retribución y no considerar una verdadera ocupación, a efectos protectores, aquella que se caracteriza por proporcionar a quien la realice un salario mensual escaso, sin que se concrete dicha escasez. Por ello, se tiende a confundir, sin más, lo ocasional con lo marginal.

En el concreto supuesto de los trabajadores agrarios, en lo que respecta a la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo de los pensionista, siempre que este sea esporádico y ocasional, también rige

⁸⁶ *Vid.* STS 20 marzo 2007 (rec. 5006/2005).

el criterio cuantitativo, aunque el Decreto 3772/1972 centre la atención para ello en el tiempo del trabajo. Curiosamente, existe entonces un reconocimiento de la protección por contingencias profesionales para con ese trabajo esporádico y ocasional. Sin embargo, esa protección, aun limitada a dichas contingencias, no se produce para con el trabajo autónomo marginal que se reconoce como compatible con la pensión de jubilación, aunque, nuevamente, dicha compatibilidad dependa de la prevalencia del criterio cuantitativo de la retribución, en tanto en cuanto el trabajo autónomo se considerará marginal cuando proporcione unos ingresos anuales no superiores al SMI en cómputo anual. Es el criterio que rige también para permitir la compatibilidad entre la prestación o el subsidio de desempleo con el trabajo marginal, por cuenta ajena o por cuenta propia, aunque en esta ocasión no se concrete el grado de marginalidad, pues solamente se hace referencia a que los rendimientos generados deben ser del todo insignificantes.

En lo que respecta al trabajo autónomo, el hecho de que este deba realizarse de forma habitual supone vincularlo necesariamente con un criterio cuantitativo. Concretamente, la jurisprudencia identifica la habitualidad con la posibilidad de obtener unos ingresos que como mínimo iguallen el SMI. Por ello, toda actividad que no alcance dicho umbral se considerará marginal y, por consiguiente, carente de protección.

Además, el carácter marginal atribuido por todo lo antedicho a determinadas actividades impide la operatividad, por una parte, del art. 247 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), que sirve para proteger a aquellos contratos a tiempo parcial de jornadas reducidas, al posibilitar acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, y maternidad y paternidad, y, por otra parte, del art. 249-*bis* TRLGSS, que tiene por finalidad desincentivar los contratos temporales cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días, al aumentarse la cotización a realizar en tales supuestos. Todo ello evidencia una falta de adaptación del Derecho español respecto a lo determinado por la jurisprudencia del TJUE en materia de trabajos ocasionales. En efecto, conforme a dicha jurisprudencia, por encima del criterio cuantitativo, que centra su atención en el tiempo de trabajo y la retribución, como sucede en España, los tribunales nacionales debieran hacer prevalecer el criterio cualitativo, basado en la dependencia o relación de subordinación del trabajador respecto a su empresario. De ese modo, en caso de concluir, a la luz de los correspondientes indicios, muchos de los cuales han sido determinados por el propio TJUE, que existe dicha dependencia, cabrá hablar de una actividad que, aun siendo ocasional, sea

real y efectiva, y no meramente marginal, y podrá atribuirse a todos los efectos la naturaleza de trabajador asalariado a quien la realice.

Desde la perspectiva del trabajo autónomo, pese a que puedan apreciarse los indicios que para su existencia determina la jurisprudencia del TJUE, en contraposición a los indicios de laboralidad, el hecho de que la definición de trabajo autónomo en España incluya la habitualidad como característica inherente al mismo, impide que quien lleva a cabo trabajos ocasionales sea calificado como trabajador autónomo y, por consiguiente, goce de la protección que a este colectivo corresponde.

En un contexto en el que, consecuencia del auge del fenómeno de la economía de las plataformas, el trabajo ocasional tiende a extenderse como nueva forma de trabajo atípico, y teniendo en cuenta la protección pretendida, desde la Unión Europea y desde la OIT, para los trabajadores, tanto asalariados como autónomos, que llevan a cabo tales trabajos ocasionales, cobra sentido, por una parte, respeto al trabajo asalariado, superar el criterio cuantitativo arriba señalado que lleva a la consideración del trabajo ocasional como marginal, y, por otra parte, eliminar la habitualidad como característica del trabajo autónomo, en la medida en que dicha característica supone considerar que el trabajo ocasional debe ser necesariamente marginal.

En cualquier caso, la regulación del trabajo ocasional como forma atípica de trabajo requiere como punto de partida la concreción de sus formas de manifestarse. En ese sentido, la Directiva (UE) 2019/1152, pese a las críticas realizadas, supone un importante avance. Así, permite identificar como trabajo ocasional a los trabajos efímeros y a los trabajos a demanda y similares.

En lo que se refiere a los trabajos efímeros, en adelante, la Directiva deberá aplicarse a todo el tiempo de trabajo realmente trabajado para el empleador que suponga una media superior a tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas.

Por su parte, los trabajos a demanda y similares, de entrada, gozan del tratamiento y de las garantías reguladas para los trabajos que no tienen un tiempo de trabajo garantizado, entre los que se incluyen. Asimismo, para los mismos se fijan una serie de pautas básicas, que permitirán caracterizarlos en cada uno de los Estados miembros, y se regulan una serie de garantías específicas.

La repercusión de la Directiva (UE) 2019/1152 en España se traduce, al mismo tiempo, en necesidad y oportunidad, para una adecuada regulación del trabajo ocasional.

En efecto, como necesidad, España, al igual que cualquier otro Estado miembro, debe trasponer dicha Directiva a su ordenamiento jurídico para

el 1º de agosto de 2022. Ello conlleva la necesidad de modificar lo preceptuado en el art. 8.5 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁸⁷, precisamente para reconocer el trabajo efímero, como modalidad de trabajo ocasional, por lo menos, por encima del umbral arriba señalado respecto al que necesariamente debe aplicarse la Directiva, aunque nada obsta para que España también pueda decidir aplicarla por debajo de tal umbral. Hay que tener en cuenta que el actual art. 8.5 TRLET establece la obligación del empresario de informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos fijados por el RD 1659/1998, de 24 de julio⁸⁸, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito, solamente cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas. Cabe recordar que este precepto se inspira en la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, que quedará definitivamente derogada a partir del 1º de agosto de 2022 (*cf.* art. 24, Directiva (UE) 2019/1152). En concreto, la Directiva 91/533/CEE facultaba a los Estados miembros a no aplicar su contenido a los trabajadores que tuvieran un contrato de trabajo o mantuvieran una relación laboral cuya duración total no rebasara un mes, y/o la duración de cuyo trabajo semanal no rebasase 8 horas (*cf.* art. 1.2.a). Además, esa misma facultad se extendía para con los trabajadores que tuvieran un contrato de trabajo o mantuvieran una relación laboral de carácter ocasional y/o especial – sin que se definiera el alcance de estos términos –, a condición, en los casos en que existieran razones objetivas que justificaran la no aplicación (*cf.* art. 1.2.b). Precisamente, el hecho de que, como se ha visto, en España lo ocasional se haya equiparado históricamente a lo marginal ha sido suficiente razón objetiva como para no extender el contenido de la Directiva a las relaciones laborales de carácter ocasional. Pero a partir de la Directiva (UE) 2019/1152, por lo menos, respecto a los trabajos efímeros referidos será necesario aplicar el contenido de la misma.

Como oportunidad, España podría contemplar la regulación del trabajo ocasional por cuenta ajena, de forma y manera que se tuviera en cuenta también el trabajo a demanda. En ese caso, necesariamente, se tendrían que tener en cuenta, como mínimo, las garantías que regula la Directiva (UE)

⁸⁷ En *BOE*, 24 octubre 2015, n. 255.

⁸⁸ En *BOE*, 12 agosto 1998, n. 192.

2019/1152, con carácter general para quienes no tienen un tiempo de trabajo garantizado y con carácter específico para los trabajadores a demanda y similares.

Profundizando en dicha hipotética regulación, se considera necesario caracterizar al trabajo ocasional como temporal y a tiempo parcial, siguiendo así la clasificación realizada por la OIT y, teniendo en cuenta, principalmente, en cuanto al alcance del contrato a tiempo parcial, la filosofía inspiradora y las tendencias marcadas por la Directiva 97/81/CE, que van en la línea de ampliar el campo de aplicación del contrato a tiempo parcial a nuevas formas atípicas de trabajo, que partiendo de la voluntariedad del trabajador, y acordes a la flexibilidad del tiempo de trabajo, beneficien tanto a empresarios como a trabajadores. Concretamente, será dicha ampliación del campo de aplicación lo que traerá consigo la extensión de la protección social a esas nuevas formas atípicas de trabajo. De ahí la necesidad de amparar, a los efectos de protección social, bajo el régimen del contrato de trabajo a tiempo parcial, también a los trabajos ocasionales.

Por ello, sería conveniente, con el objetivo de dotar de protección adecuada a los trabajadores ocasionales, casualizar un contrato a tiempo parcial específico. Además, los trabajadores ocasionales tendrían la obligación de realizar una declaración afirmando que están desarrollando un trabajo ocasional, caracterizado por su parcialidad en cómputo mensual, trimestral, semestral o anual, respecto a la jornada máxima legalmente establecida, y una vez realizada dicha declaración, estos trabajadores quedarían registrados en un registro creado al efecto en la autoridad laboral, para su control. En lo relativo a la Seguridad Social, lo más característico de esta novedosa regulación consistiría en que a efectos de cotización se tendrían en cuenta todos los ingresos percibidos como trabajador ocasional, es decir, operaría un sistema de cotización de base variable en función de los ingresos obtenidos en cada mensualidad. Ahora bien, serían aplicables una serie de coeficientes reductores, en función de la cuantía de los ingresos, para moderar, de alguna manera, el esfuerzo contributivo de los trabajadores ocasionales. Así, a menor cuantía de ingresos, mayor sería el coeficiente reductor a aplicar y a la inversa.

5. Bibliografía

ADAMS A., PRASSL J. (2018), *Zero-Hours Work in the United Kingdom*, OIT

ARGÜELLES BLANCO A.R. (2022), [*Previsibilidad y transparencia de los tiempos de trabajo en la Directiva 2019/1152*](#), en *NET21*, n. 10, pp. 1-9

- ARRIETA IDIAKEZ F.J. (2021), *Las cooperativas digitales*, en R. ALFONSO SÁNCHEZ, M.M. ANDREU MARTÍ (dirs.), *Digitalización de la actividad societaria de Cooperativas y Sociedades Laborales*, Aranzadi
- BARCELÓN COBEDO S. (2013), *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch
- BARRIOS BAUDOR G.L. (2020), *El concepto de persona trabajadora por cuenta ajena: 40 años de configuración legal y jurisprudencial*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 444, pp. 23-58
- CABEZA PEREIRO J. (2018), [El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea](#), en [Documentación Laboral](#), n. 113, pp. 45-58
- CASAS BAHAMONDE M.E. (2017), *Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 9, pp. 867-882
- CEDROLA SPREMOLLA G. (2020), [Trabajo, organización del trabajo, representación de los trabajadores y regulación laboral en el mundo de la gig economy](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 1, pp. 5-49
- DE GROEN W.P., KILHOFFER Z., LENAERTS K., MANDL I. (2018), [Employment and working conditions of selected types of platform work](#), Eurofound
- FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2016), *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, Lex Nova
- GÓMEZ GARCÍA M., HOSPIDO L. (2022), [El reto de la medición del trabajo en plataformas digitales](#), en [Boletín Económico](#), n. 1, pp. 1-19
- GORELLI HERNÁNDEZ J. (2018), *Trabajo decente y tiempo de trabajo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, Á.L. DE VAL TENA (dirs.), *El trabajo decente*, Comares
- LÓPEZ RODRÍGUEZ J. (2017), [Trabajo informal y protección social: análisis del marco jurídico internacional](#), en [Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social](#), n. 3, pp. 61-79
- MERCADER UGUINA J.R. (2021), [Los “tiempos” de la Directiva \(UE\) 2019/1152: transparencia y lucha contra la precariedad laboral como objetivos](#), en [Documentación Laboral](#), n. 122, pp. 9-22
- MERCADER UGUINA J.R. (2017), *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (1999), *Trabajo estable a tiempo parcial*
- MIRANDA BOTO J.M. (2019), [Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva \(UE\) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español](#), en [Temas Laborales](#), n. 149, pp. 71-100

- OIT (2017), [Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo](#)
- OIT (2017), [Síntesis de los diálogos nacionales sobre el futuro del trabajo](#)
- OIT (2017), [¿Qué es el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a pedido?](#), en [www.ilo.org](#), 22 abril
- OIT (2016), [El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas. Principales conclusiones y recomendaciones de política](#)
- OJEDA AVILÉS A. (2022), *Gig economy y trabajo con plataformas digitales: el ámbito laboral*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 251, pp. 81-114
- OJEDA AVILÉS A. (2021), *Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 464, pp. 23-47
- OJEDA AVILÉS A. (2010), *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley
- RODGERS G. (1992), *El debate sobre el trabajo precario en Europa Occidental*, en AA.VV., [El trabajo precario en la regulación del mercado laboral. Crecimiento del empleo atípico en Europa Occidental](#), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2017), *El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. HERNÁNDEZ-BEJARANO (dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo
- SALA FRANCO T. (2022), *La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su transposición en el ordenamiento laboral español*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 251, pp. 29-48
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA M.Y., GRAU RUIZ M.A. (2021), *Seguridad Social y economía digitalizada*, en F.J. HIERRO (dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, Aranzadi
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y. (2021), *Concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2020, n. 232, pp. 35-82
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y. (2021), [Concepto de trabajador y economía digital. Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE](#), en [Revista Derecho Social y Empresa](#), n. 14, pp. 19-54
- SANGUINETTI RAYMOND W. (2022), *El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía*, en *Revista de Derecho Social*, n. 97, pp. 15-39
- TOPET P.A., VILLASMIL H., GARCÍA JIMÉNEZ J. (2019), [El futuro del trabajo y las formas atípicas del empleo](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. especial de conmemoración del Centenario de la OIT, pp. 31-51

TORRES PÉREZ F.J. (2019), *Plataformas cooperativas: cuestiones básicas de su régimen profesional*, en X.M. CARRIL VÁZQUEZ, R. GARCÍA SUÁREZ, M.A. LÓPEZ SUÁREZ (dirs.), *Economía colaborativa y Derecho: aspectos civiles, mercantiles y laborales*, Aranzadi

USHAKOVA T. (2017), *Desafíos de la regulación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios en la relación laboral individual y nuevos retos para el contrato de trabajo (España, Portugal, México, Francia)*, Peter Lang

VÁZQUEZ MATEO F. (1989), *Trabajo marginal y Seguridad Social*, en *Actualidad Laboral*, n. 3, pp. 519-528

VILLALBA SÁNCHEZ A. (2021), [Las cooperativas de trabajo asociado en la economía de plataformas](#), en [CIRIEC-España – Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa](#), n. 38, pp. 93-125

Trabajo en remoto, intersecciones tipológicas y zonas de informalidad. Una visión comparada y de política del derecho*

Francisco ALEMÁN PÁEZ**
Erica Florina CARMONA BAYONA***

RESUMEN: El presente artículo analiza la fenomenología material y jurídica del trabajo en remoto en clave comparada. Los ordenamientos dan carta de naturaleza a sus tipologías parciales; sin embargo, es frecuente que dicha ordenación no equilibre adecuadamente los intereses en juego y los bienes jurídicos necesitados de protección. El tratamiento brindado al efecto en Colombia y España permite apreciar esas piezas normativas y las claves de política del derecho intervinientes en su tratamiento regulatorio. La primera parte del artículo examina los aspectos contextuales y los vectores influyentes en dicha ordenación. Y en la segunda se desbrozan cuatro figuras: el trabajo a domicilio, el teletrabajo, el trabajo en casa y el trabajo en remoto. Las cuatro categorías son analizadas en clave comparada, apostillando en cada caso las correspondientes apreciaciones críticas, con aportaciones *de lege ferenda* y de política legislativa.

Palabras clave: Trabajo a domicilio, trabajo presencial, teletrabajo, trabajo en casa, trabajo en remoto.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. El trabajo en remoto y su interfaz aplicativo. 2. Los modelos de trabajo deslocalizado: la dialéctica centralidad (*ex* Ley 10/2021) *vs* especialización (normas colombianas). 3. Las circunvalaciones del trabajo deslocalizado: desde el trabajo a domicilio al teletrabajo. 4. El tratamiento del trabajo en remoto en las leyes colombianas. Régimen jurídico y categorías institucionales. 4.1. Marco jurídico y fustes regulatorios. 4.2. El trabajo a domicilio. 4.3. El teletrabajo. 4.4. El trabajo en casa. 4.5. El trabajo en remoto. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* El presente estudio se enmarca en las actividades del Grupo de investigación DESC-Labor sobre desconexión digital, Universitat de València (España).

** Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Córdoba (España).

*** Investigadora del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT), Universidad de Alcalá (España); socia directora de la firma Carmona Bayona SAS y miembro de su grupo de investigación DESAFiO (Colombia).

Remote Work, Typological Intersections and Informality Zones. A Perspective of Comparative Law and Legal Policy

ABSTRACT: This article analyses the material and legal phenomenology of remote work in a comparative perspective. The legal systems give charter to their partial typologies; however, it is frequent that said regulation does not adequately cover the interests at stake and the legal assets in need of protection. The treatment provided for this purpose in Colombia and Spain allows us to appreciate these normative pieces and the key legal policies involved in their regulatory treatment. The first part of the article examines the contextual aspects and the influential vectors in said ordering. And in the second, four figures are broken down: home work, telework, work from home and remote work. The four categories are analysed in a comparative perspective, adding in each case the corresponding critical appraisals, with contributions *de lege ferenda* and legislative policy.

Key Words: Home work, face-to-face work, telework, work from home, remote work.

*A veces, se encuentra el destino por los caminos cursados para evitarlo
No puede darse el océano a una rana que vive en el estanque
Mala brisa ulula si martiria la decencia*

1. Consideraciones previas. El trabajo en remoto y su interfaz aplicativo

1. El trabajo en remoto y sus categorizaciones constituyen formas vanguardistas de realización de servicios que recaban los dispositivos tecnológicos como cauces de interconectividad, bien sea desde una vertiente informacional, co-gestional o comunicativa. Los sistemas jurídicos deconstruyen estas formas de laboralidad con distintas apuestas cuyos contenidos difieren según los países, la tradición jurídica y las fuerzas modeladoras del derecho mayormente influyentes en su normación. La complejidad técnica y tipológica del trabajo en remoto tiende a recabar abordajes selectivos, pero la duda es si las regulaciones solventan adecuadamente el equilibrio de fuerzas que convergen en ellas. Las respuestas a este dilema atañen al conjunto de operadores jurídicos y, sobre todo, la investigación académica. La doctrina laboralista ha dedicado una amplia y sesuda literatura a estos temas. Los análisis principiaron hace dos décadas, pero el “aceleracionismo”¹ y la eclosión pandémica reactivaron su interés temático.

España y Colombia impulsaron, en momentos distintos, regímenes especiales del trabajo deslocalizado. La entrada en vigor de nuevas leyes siempre constituye un acicate obligado de análisis, y el trabajo en remoto no iba a ser una excepción, al contrario, pocos asuntos han recibido tanta atención teórica y reflexiva. En muy poco tiempo, la doctrina ha abordado los complejos vericuetos y las problemáticas más alambicadas de tales fórmulas prestacionales. Sin embargo, el teletrabajo proyecta una imagen encriptada de difícil acceso y más compleja decodificación. En verdad, su

¹ Para profundizar en dicho paradigma, desde un enfoque filosófico y sociológico, *vid.* respectivamente A. AVANESSIAN, M. REIS (comps.), *Acercamiento. Estrategias para una transición hacia el postcapitalismo*, Caja Negra, 2017, y H. ROSA, *Acercamiento social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada*, en *Persona y Sociedad*, 2011, n. 1, así como su ensayo *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*, Katz, 2016. Dentro del primer título, *vid.*, más particularmente, el estudio introductorio de los compiladores (pp. 9-30) así como la crítica al dominio totalitario de la aceleración social de B. NOYS, *Baila y muere: obsolescencia y aceleración*, pp. 181-200; del tercer título, por su parte, *vid.* el cap. II, § 7, *La aceleración y la crítica a las condiciones de la comunicación*, pp. 91-97.

fenomenología dificulta extraordinariamente la transducción formal de sus objetos categoriales. Hablamos de realidades inter-sectadas con zonas liminares de convergencia que, para mayor abundamiento, se entreveran unas con otras al albur de la informacionalización. Las tipologías de laboralidad a distancia reduplican, cual interfaz, los vericuetos de la “digitalidad” (proceso), el “digitalismo” (instrumentaciones políticas, ideológicas y de empoderamiento) y la “digitalización” (resultado, contexto dominante e impositivo). Los procesos iuspositivizadores se afanan formalizando los objetos del trabajo en remoto, ora mediante reglas, límites, compromisos, pautas programáticas, o llamamientos al sistema de fuentes. Aun así, tales tratamientos guardan “cajas negras” en ese mismo interfaz normativo y aplicativo.

La difusión del trabajo en plataformas y el Covid-19 redimensionaron dichas fórmulas de laboralidad, con la derivada de expandir ese interfaz y en múltiples ámbitos operativos. Las prospecciones evolutivas confirman la hegemonía de las ocupaciones digitales y las capacidades asociadas a ellas. Los volúmenes exponenciales de información, espoleados por el “imperialismo datista”, demandan profesiones analíticas y destrezas capaces de cifrar y explotar tan ingente volumen informativo². Las TIC y el trabajo en red constituyen plataformas en multi-direccionalidad, y avizoran densificaciones de los estatutos jurídicos y procesos subsiguientes de categorizaciones parciales.

2. Inicialmente, el trabajo a distancia se impuso como un modelo novedoso con dos rasgos idiosincrásicos: cambia el lugar de prestación del servicio, pasando del centro gestionado empresarialmente al domicilio del trabajador u otro lugar elegido por este o ambos. Además, promociona el uso de las TIC para prestar servicios en remoto. Ambos aspectos repercuten en el

² Valga a título ilustrativo el cuadro de perfiles que avizora el decurso de las ocupaciones y su vinculación directa con funciones digitales: artistas y científicos de datos, especialistas en IA y aprendizaje automático, directores generales y de operaciones, especialistas en macrodatos, especialistas en transformación digital, profesionales de ventas y marketing, especialistas en nuevas tecnologías, especialistas en desarrollo organizativo, desarrolladores y analistas de software y aplicaciones, servicios de informática, especialistas en automatización de procesos, profesionales de la innovación, analistas de seguridad de la información, especialistas en comercio electrónico y redes sociales, diseñadores de experiencia de usuario y de interacción persona-máquina, especialistas en formación y desarrollo profesional, especialistas e ingenieros en robótica, especialistas en gestión cultural, trabajadores de servicio de información y atención al cliente, diseñadores de servicios y soluciones, o especialistas en marketing y estrategia digitales; *vid.* M. SHAFIK, *Lo que nos debemos unos a otros. Un nuevo contrato social*, Paidós, 2022, p. 140. Para corroborar estas tendencias, *vid.* asimismo la recopilación informativa de M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Bomarzo, 2020, en especial la batería de cuadros integrados en dicha obra.

interfaz de los derechos de los trabajadores y de las facultades directivas. La irradiación expansiva de la tecnificación amenaza la privacidad y los derechos de la personalidad. Los lugares de trabajo se tornan movibles y trasladan sus ubicaciones a otras unidades referenciales. La dislocación de los códigos de espacio y tiempo, impulsada por el “aceleracionismo tecnológico”, produce una transmutación distópica de los escenarios personales y laborales, con la derivada de activar problematizaciones de grandísimo calado que encubren y postponen la enorme gravedad de sus consecuencias (alienación, inmersión digital, aislamiento, nihilismo, conmixión trabajo/familia, patologías psicosociales, etc.)³.

Desde un prisma sustantivo, el trabajo deslocalizado no es una novedad en la rama social del derecho, dado que esta recabó el modelo clásico del trabajo a domicilio⁴, es decir, una ubicación radicada en el domicilio personal del trabajador, o lugar escogido por este, «distinto a los locales del empleador» (*ex art. 1 del Convenio OIT C177*). El trabajo a distancia entraña una concepción moderna del trabajo a domicilio, con la salvedad de catalizar el uso de las TIC en la actualización debitoria, pero también puede ser el género matriz del cual dimanen otras sub-modalidades, como el trabajo a domicilio y el teletrabajo.

Las normas de la OIT no han regulado el trabajo a distancia. Las referencias al mismo operan por analogía y enhebradas al teletrabajo, «que se define como trabajo a distancia»⁵. En materia estadística la OIT sí lo ha referenciado para valorar su realidad empírica en los países pertenecientes a dicho organismo (sobre todo al hilo de la pandemia). En las propuestas nocionales y de explotación estadística, la OIT baraja cuatro categorías: trabajo a distancia, teletrabajo, trabajo a domicilio, y trabajo basado en el domicilio, proponiendo el término “trabajo a distancia” para «definir aquellas situaciones en que el trabajo se realiza plena o parcialmente en un lugar de trabajo alternativo distinto del lugar de trabajo predeterminado»⁶. El trabajo a distancia puede en efecto recabarse en diferentes ubicaciones, como alternativas al lugar donde normalmente se espera realizar los

³ Una compilación de la literatura al respecto se puede encontrar en A.H. DA COSTA LEMOS, A. DE OLIVEIRA BARBOSA, P. PINHEIRO MONZATO, *Mulheres em home office durante a pandemia da Covid-19 e as configurações do conflito trabalho-família*, en *Revista de Administração de Empresas*, 2020, n. 6.

⁴ Vid. F. ALEMÁN PÁEZ, *Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153, p. 27.

⁵ T. USHAKOVA, *El Derecho de la OIT parar el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?*, en *esta Revista*, 2015, n. 4, p. 2 del extracto.

⁶ OIT, *COVID-19: Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo. Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio*, Nota Técnica OIT, 22 Julio 2020, p. 5.

cometidos laborales, teniendo en cuenta la profesión y la situación en la ocupación del trabajador⁷. Para la OIT, en el trabajo a distancia destacan dos características. De una parte, el lugar laboral tiene una ubicación alternativa al predefinido contractualmente. De otra, la jornada puede realizarse plena o parcialmente en dichas sedes, sin mencionarse el uso de las TIC, característico del teletrabajo.

3. El trabajo en remoto lleva en efecto redimensionado dichas fórmulas de laboralidad en clave mundial, sin embargo, su versatilidad tipológica y las acciones de política legislativa tienden a segmentar modalidades derivadas. El carácter distópico de dicha forma de laboralidad altera estructuralmente el lugar de prestación del servicio, difiriendo a las unidades empresariales la elección selectiva del espacio de trabajo y la ubicación de la persona trabajadora, sea en su domicilio, en otro lugar, o fórmulas mixtas. Ahora bien, pese a compartirse este elemento idiosincrásico, cada país asigna contenido sustantivo a las variadas modalidades, lo cual plantea la conjetura de la trayectoria real de dichas fórmulas y el encaje institucional de las mismas. El conocido estribillo “el teletrabajo ha venido para quedarse”, en realidad nos lleva a la pregunta *¿cómo se va a quedar?*, que a su vez encabalga esta otra: *¿a qué costes?*

España y Colombia han regulado su objeto con dos formas de abordaje muy distintas. Nuestro país lo centralizó en un texto – Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) – cuyo contenido afianzó su edificio normativo en tres fustes conceptuales: teletrabajo, trabajo a distancia y trabajo presencial (*ex art. 2*). Emulando las fórmulas regulatorias europeas, la ley diseñó una dialéctica género/especie, o sea, una categoría general centralizadora (trabajo a distancia) y dos sub-especies directas o de ulterior grado en sendos extremos (teletrabajo, trabajo presencial). Ahora bien, otros países materializan acciones disímiles de política legislativa. Colombia es uno de ellos pues recaba varios textos legales y reglamentarios que abordan sectorialmente distintas categorías y subcategorías: trabajo a distancia, presencial, a domicilio, teletrabajo, en remoto y en casa. *Prima facie* esta ordenación proyecta un mensaje de oportunidad y avance de la institución matriz, pero también puede incurrir en insuficiencias e inseguridad jurídica, que indefectiblemente revierten en el estatuto de las personas trabajadoras.

Una de las hipótesis barajadas en este artículo es que las deficiencias del trabajo en remoto y de sus tipologías parciales acrecen la informalidad de estas fórmulas de trabajo; y lo que es más importante y gravoso: facilitan su traslación a la economía sumergida, lo que es tanto como aseverar una

⁷ *Idem.*

proyección al alza de teletrabajadores vulnerables, así como procesos concomitantes de exclusión sociolaboral. El presente estudio atiende estos planteamientos introductorios. Metodológicamente operaremos en perspectiva comparada. Se trata de identificar y revisar los elementos comunes y diferenciales en las legislaciones de ambos Estados. Los modelos de trabajo a distancia cambian el lugar de prestación de servicios, y ello reconfigura el cuadro de derechos en remoto y el ejercicio de las facultades empresariales, ya definibles como “poder digital directivo”.

2. Los modelos de trabajo deslocalizado: la dialéctica centralidad (ex Ley 10/2021) vs especialización (normas colombianas)

1. El trabajo deslocalizado abarca un espacio complejo y casuístico y con múltiples irradiaciones. Sus flujos se entrecruzan transversalmente, y generan un tejido de categorías alrededor de un anclaje matriz: su doble carácter, distal y distópico. La posibilidad de movilizar las condiciones locativas de la prestación, alterando los espacios digamos “comunes”, presenciales y con vigilancia directa o indirecta del empleador, constituye una manifestación más del mantra flexibilizador. El hecho diferencial, sin embargo, es su implosión fenoménica desde hace dos décadas. El maridaje TIC-digitalización-SARS-CoV-2 ha visto tensar los extremos de dicho trípode, erigiendo su espacio intermedio en un factor de cualificación absorbente. Laborar en remoto es, además, otro alambicado espacio de intereses: convergentes y divergentes a la par. Más allá de ser zonas de confluencia armónica, laminan los efectos perjudiciales, independientemente de que termine prevaleciendo el factor “distalidad” (espaciamento de las unidades empresariales, proximidad hogareña) o se entrevere con realizaciones virtuales o de intermediación digital. Es claro que cuando los ordenamientos definen dichas categorías hacen sus “decantaciones” correspondientes, pero estas yuxtaponen de todos modos aspectos de técnica jurídica y de política legislativa.

El cambio sistémico de la digitalización recaba un halo de vanguardia que sublima dialécticamente su enorme capacidad de transmutación y legitimación. Todos los ordenamientos detentan amplios márgenes operativos en ese aspecto. Sus sistemas iuspositivizan los espacios regulatorios dando carta de naturaleza a las figuras encargadas de catalizar las fórmulas emergentes de laboralidad. Poco puede sorprender ya las “fintas normativas”, la ingeniería jurídica y la imaginación de cada legislador en tales menesteres. Las culturas y la tradición jurídica introducen, eso sí, un primer factor de decantación. Según podremos ver, el contenido

material de las leyes laborales colombianas no suele ser extenso en términos sustantivos, mientras que en España destaca la labor de complementación de los convenios y acuerdos colectivos, incluso con llamadas expresas de la ley a dichas normas profesionales. Los convenios de trabajo ostentan, en efecto, una estructura articulada y afianzada en nuestro sistema de relaciones laborales, mientras que en Colombia tales fuentes no tienen el rango ni los niveles de cobertura que en España. Todo lo cual introduce diferencias muy notables en el abordaje de esta materia en ambos contextos comparados.

Ahondando en lo anterior, el trabajo en remoto circunvala el pacto constitutivo de dicha forma de laboralidad. Ambos ordenamientos hacen pivotar sus regulaciones sobre los pactos acordados entre el empresario y los teletrabajadores, sea en los momentos constitutivos (pacto de trabajo en remoto) o en los estadios funcionales (derechos de reversión). Estos elementos introducen equilibrios muy complejos en las fuentes ordenadoras del trabajo en remoto y en la distribución de papeles entre la ley, los convenios y el propio acuerdo contractual. Aparte lo anterior, los procesos de iuspositivización siempre están condicionados por factores metajurídicos y de orden político. Desde ese aspecto, destacaríamos la “dependencia de la senda”, o sea, un cuadro de antecedentes y prácticas inerciales que marcan un camino de realización formal y aplicativa a las instituciones que propenden normarse. En puridad, la positivización del derecho resulta ser el resultado formal del equilibrio de fuerzas modeladoras del mismo. Los flujos capital/trabajo y los resultados del diálogo social traducen un régimen de concesiones y contrapartidas, de manera que los códigos resultantes extrapolan tales resultados al contenido formal de los prescriptores jurídicos.

Las variables descritas orbitan, sin embargo, un doble fulcro realizador y aplicativo: la dialéctica *centralidad vs especialización*. Los sistemas jurídicos deben despejar la manera de “problematizar” con la fenomenología del trabajo a distancia. Son aspectos de política legislativa, y, por tanto, casuísticos en su operacionalización formal. Con todo, tales inercias atienden dos ejes operativos. Pueden, por ejemplo, concentrar su tratamiento en textos seminales (especializados o no), o avanzar pautas de especialización sustantiva. En este último caso, se promulgan leyes que “sectorializan” las tipologías de trabajo deslocalizado atribuyéndoles un contenido propio. Despejar estas opciones, desde la dialéctica antedicha, no es baladí, al contrario, remarcan factores diferenciales que incluso trascienden de las dimensiones de política del derecho. Una u otra forma de abordaje, digamos centrípeto o centrífugo, condiciona el tratamiento institucional y conceptual de estos temas; es más, sus lógicas hipotecan la

efectividad de los códigos normados, tanto como el éxito o el fracaso del propio tratamiento regulatorio.

2. El abordaje de este eje temático en España y Colombia proporciona ese contrapunto valorativo, pues además anudan ambos vórtices dialécticos. Como no puede ser de otro modo, cada legislador materializa sus propias opciones de política del derecho. Según veremos (§ 4) el ordenamiento colombiano disemina en varias leyes especiales el mapa de categorías del trabajo deslocalizado. En España, su régimen maridó dos vórtices regulatorios: el art. 13 ET y la LTD. La celeridad del ejecutivo PSOE-UP dio una respuesta plausible pues confirió un marco básico a las formas de laboralidad virtual cercenadas por el confinamiento. El RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de Trabajo a Distancia, dio cobertura al trabajo a distancia y al teletrabajo (“*output* nomotético”) saldando además las presiones socio-económicas en momentos críticos de reclusión y emergencia sanitaria (“*input* nomotético”). Ahora bien, lo plausible de la acción legal no oculta las críticas. Unas son de política legislativa pues la separación de la LTD del tronco Estatutario fue una decisión desacertada. El contenido del art. 13 ET quedó relegado a mera anécdota, telegráfica por remisoría. Habría sido más correcto seguir los ordinales del ET y el abordaje de las modalidades de contratación (arts. 11-16) dotando al precepto de contenido sustantivo y difiriendo a un reglamento lo que hoy se aborda *ex lege*, con las rigideces concomitantes de esta opción. Aparte de ello, la LTD fue producto del diálogo social acometido durante la pandemia y eficazmente encauzado por el equipo ministerial. Esto tuvo a bien un texto consensuado que agilizó su procedimiento de tramitación, pero también refrendó una norma demasiado laxa y abierta. Entre sus consecuencias, destaca un régimen de llamamientos a la autonomía colectiva e individual, cuyos extremos dejan en el aire aspectos nucleares del trabajo en remoto, justo en estadios neurálgicos de asentamiento de sus códigos operativos. Más allá del carácter bienintencionado de dichas acciones, la entrada en vigor del decreto-ley junto a la sucesión de textos actualizadores suyos, confirma una realidad circunvalar y de escasos avances en la ordenación del trabajo en remoto⁸. Lo cual plantea el dilema de si dicha procrastinación

⁸ Salvo empresas puntuales y sectores tecnológicos, la negociación colectiva no extrae el arco de potencialidades que avizora la LTD; *vid.* en este aspecto J.M. GOERLICH PESET, [El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2021, n. 2. Respecto de su escueto tratamiento en los convenios sectoriales, *vid.* T. SALA FRANCO, A. TODOLÍ SIGNES, *La negociación colectiva y el teletrabajo*, en T. SALA FRANCO (dir.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch, 2020, espec. pp. 92-100. Sobre las tipologías de abordaje convencional y las construcciones que vienen materializándose, *vid.* asimismo F. ALEMÁN PÁEZ, *El trabajo a*

encuentra causa en la novedad relativa de tal temática en los convenios colectivos o en las transmutaciones estructurales del “sindicalismo digital”⁹. Como venimos significando cada legislador materializa sus propias opciones de política del derecho, pero la pregunta es si tales opciones cubren adecuadamente estas fórmulas de laboralidad, máxime con dos condicionamientos cualificantes. El primero es intrínseco, y hunde sus raíces en la complejidad material del trabajo en remoto. Aparte de la trabazón con la inercia tecno-globalizadora, sus procesos normativos elevan los niveles de abstracción, propiciando en su conjunto situaciones de inseguridad jurídica. Como derivada, las categorizaciones deben lidiar con fenomenologías escurridizas, a fuer de permeables. El trabajo en remoto propicia la informalidad, y, sobre todo, el trasvase o mantenimiento de sus fórmulas derivadas al subsuelo de la economía sumergida.

Lo diremos con más contundencia, formulando además un canon hermenéutico: cuanto más complejas son las categorías jurídicas, más celo debe haber en su iuspositivización formal. Muy al contrario, los defectos en dicha ordenación revierten inseguridades realizadoras en las instituciones normadas, lo que, a modo de efecto bola de nieve, vuelve a producir reversiones, en este caso peyorativas, en el estatuto de los trabajadores en remoto. La conjetura es si dicho tratamiento solventa sólidamente la endiablada fenomenología del trabajo en remoto. Ello conlleva a la vez otra derivada: si ese marco tiene visos de activar disfuncionalidades que reviertan negativamente en su objeto, justo en sus estadios de afianzamiento. Muchas consecuencias producidas por tales déficits ahondan las prácticas de informalidad y dilatan los espacios de vulnerabilidad de dichas personas trabajadoras; es más, las ubica mayormente, como en el caso de Colombia, en zonas directas de exclusión.

3. Las circunvalaciones del trabajo deslocalizado: desde el trabajo a domicilio al teletrabajo

1. El trabajo deslocalizado transduce una fenomenología casuística que,

distancia en la post-pandemia (II), en [Jurisdicción Social, 2022, n. 230](#), en concreto § 4.2 y anexos, respectivamente; desde el plano preventivo y a la luz de las prácticas convencionales, *vid.* F. TRUJILLO PONS, *La fatiga informática en el trabajo. Un riesgo nuevo y emergente: su tratamiento jurídico y preventivo*, Bomarzo, 2022, en especie cap. 8, pp. 385-439.

⁹ Para profundizar teóricamente en los retos de la digitalización desde las distintas perspectivas de participación colectiva, *vid.* S. BINI, *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, 2021, pp. 62 y 123; de especial relieve resulta su análisis prospectivo de la acción sindical desde el tamiz del “sindicato digital” (cap. III, p. 81 ss.).

unido al hecho de ser un objeto receptor de vectores operativos muy dispares, acrecen la complejidad de su abordaje regulatorio. El trabajo a distancia desde siempre ha sido una categoría liminar y permeable, por no decir que “líquida”. Los códigos de subordinación y para-subordinación se entreveran con vectores autoorganizativos que favorecen la autonomía e independencia actuarial. Estos elementos, que combinan códigos de permeabilidad material y funcionalista, complejizan los procesos de categorización en los sistemas comparados. El espectro de categorías del trabajo a distancia transduce las prácticas decisionales adoptadas por los legisladores en cada contexto ponderando las problemáticas locacionales y funcionales de cada fórmula de laboralidad. Obviamente ese abordaje tiene su contrapunto explicativo en clave contextual e histórica. Salvando los particularismos de cada sistema, Colombia y España cuentan con objetos parciales del trabajo deslocalizado, y aunque su polimorfismo sigue una inercia de paulatina sectorialización y especialidad, conviene recabar las respectivas comparaciones.

2. Según vimos en el punto anterior, cada apuesta regulatoria del trabajo a distancia transduce decantaciones integradoras y de política del derecho, las cuales subsumen las formas de trabajo normativizadas (a distancia, a domicilio, etc.). El tejido jurídico resultante da mayor o menor prevalencia a los factores matrices, que en esencia pivotan sobre dos vórtices: el factor tecnológico y el factor presencialidad. Desde ambos ejes, cada regulación extiende luego los contenidos sustantivos, los límites y las reglas de dichas categorizaciones. Esos contenidos trasparecen el juego de fuerzas modeladoras del derecho, pero en nuestro caso la trayectoria histórica muestra un hilo evolutivo con zonas de encuentro en sus propias singularidades. Tal génesis transita evolutivamente desde el “trabajo a domicilio” (rúbrica y fenomenología anterior) al “trabajo a distancia” (rúbrica y fenomenología actual), entreverando el “teletrabajo” como categoría bisagra de vanguardia. Las paradojas historiográficas han querido que la génesis social del trabajo realizara un movimiento pendular retomando los ejes matrices de nuestro objeto, o sea: autonomía realizadora, carácter distópico del lugar de prestación de servicios, y régimen instrumental-colaborativo entre empleadores y teletrabajadores¹⁰. La evolución de estas categorías en los ordenamientos español y colombiano bosquejan un péndulo circunvalar. Diríamos que dicho péndulo se escora a veces hacia los extremos, empero no cesa de oscilar en

¹⁰ Sobre las circunvalaciones evolutivas del trínomo trabajo a distancia-teletrabajo-trabajo a domicilio, *vid.* F. ALEMÁN PÁEZ, *El trabajo a distancia en la post-pandemia*, en [Jurisdicción Social](#), 2022, n. 229, p. 14.

su elipsis buscando nuevos ejes de categorización. La metáfora, por críptica, parece verosímil, no en vano, los dos ordenamientos transitan desde las fórmulas pretéritas de trabajo deslocalizado hasta su desenvolvimiento con multiformes dispositivos digitales. Barajamos, en efecto, aspectos definitorios forjados en épocas diametralmente opuestas, no obstante, infieren etapas delimitables. Cada etapa cede el testigo del trabajo deslocalizado en función del eje matriz prevalente del trabajo a distancia, lo cual justifica dicho examen evolutivo y comparativo. Según veremos, el régimen del trabajo en remoto en Colombia y España es producto de esa génesis y de la interacción de elementos socio-jurídicos, cuyas categorizaciones dificultan los procesos de iuspositivización.

El tratamiento regulatorio muestra un entramado de piezas superpuestas, muchas de las cuales adolecen de una armonización básica. La ideografía del péndulo ilustra sus respectivas evoluciones, tanto como las zonas de convergencia y divergencia. El teletrabajo en España, por ejemplo, tuvo una gran implosión en las fases agudas de la crisis sanitaria¹¹, pero tras ella busca un re-posicionamiento institucional y a la baja. Colombia sigue una trazabilidad parecida, pero con una gran diferencia: el trabajo distópico tiene un mapa de categorías más amplio (cuatro figuras) y dúctil (indefiniciones, conceptos abiertos, etc.). Lo diremos con otras palabras y contundentemente. De ampliarse el número de categorías ordenadoras del trabajo en remoto, se amplían correlativamente los vasos comunicantes entre ellas, con dos importantes derivadas. Primero, una mayor ubicación de teletrabajadores en las zonas intermedias, o intersticiales (teletrabajo, trabajo a distancia, trabajo a domicilio). Y segundo, un efecto centrífugo de los perfiles más vulnerables hacia las zonas de informalidad (trabajo en casa, falsos autónomos, economía sumergida, etc.).

Los tratamientos regulatorios muestran paralelismos y divergencias en sendos países, aunque sintéticamente surcan tres fases. En cada período destaca una figura predominante (teletrabajo, trabajo a distancia, trabajo a domicilio, trabajo en casa, trabajo en remoto) pero, como venimos significando, es un boceto evolutivo teórico, inserto en un complejo tablero de figuras inter-sectadas. Se trata de bosquejar las líneas maestras para abordar luego los objetos parciales y confirmar las hipótesis expuestas. Y es que, de no definirse bien el perfil de cada categoría de trabajo a distancia,

¹¹ El gráfico evolutivo del teletrabajo, en términos numéricos y porcentuales, bosqueja un perfil plano, solo interrumpido en la fase crítica de la pandemia, tras lo cual dibuja una trayectoria de reorientación contextual y en descenso. Así: 2010: 3,8%, 707.100; 2011: 4%, 742.800; 2012: 4,5%, 766.200; 2013: 4,3%, 734.800; 2014: 4,3%, 737.500; 2015: 3,6%, 642.200; 2016: 3,5%, 643.600; 2017: 4,3%, 806.500; 2018: 4,3%, 823.600; 2019: 4,8, 951.800; 2020: 16,2%, 3.015.200; 2021: 9,4%, 1.849.600 (fuente: Randstad con datos INE).

empantanamos sus lindes, provocando otros efectos concatenados. Aparte de acrecer las distorsiones institucionales, se activan desnaturalizaciones subsiguientes de dicha figura al hilo de su praxis realizadora.

a) Las fórmulas de trabajo no fiscalizado directamente por el poder directivo transitan una primera etapa receptora de la contratación y subcontratación a domicilio. La hegemonía de la producción manufacturera, dominante en España y Colombia durante los siglos XIX y XX, intensifica los procesos de segmentación de las actividades económicas, que a su vez activan procesos subsiguientes de concatenación y subcontratación productiva (“*putting-out system*”). El germen del trabajo a domicilio proviene de etapas donde predominaban las ocupaciones manuales y los sistemas manufactureros. Lo primero tendía a implementar esquemas de división sociolaboral basados en el distingo obreros/empleados, con categorías atinentes a dicha polarización dialéctica (“obreros” *vs* “encargados de empresa” *ex* Ley del Contrato de Trabajo de 1931). Lo segundo, por su parte, irradió fórmulas organizativas basadas en asignaciones fijas de tareas y sistemas de vigilancia directa. El trabajo deslocalizado recaba ambos flujos, y se erige en objeto receptor de las prácticas triangulares materializadas por las unidades económicas. Estas difieren encargos puntuales o segmentos de actividad desde los focos matrices, utilizando la subcontratación y el trabajo a domicilio como elementos de complementariedad funcional. El trabajo a domicilio tendrá, pues, una posición prevalente en los sistemas de relaciones laborales español y colombiano. Por una parte, y en efecto, su tratamiento en España sigue un proceso de paulatina delimitación¹², mientras que, de otro lado, el Código Sustantivo del Trabajo (CST)¹³ haría lo propio en los años 50. En esta etapa el modelo dominante de trabajo distópico es el trabajo a domicilio clásico, cuyos elementos nocionales se mantienen vigentes *ex* art. 89 CST.

b) La segunda etapa principia en el último tercio del siglo XX y enlaza con el despegue (“*take off*”) del trabajo en remoto, ya en el cambio de siglo, como fórmula flexibilizadora y de vanguardia operativa. Bosqueja un estadio intermedio donde convergen modos de laboralidad tecnificada y de prestaciones a domicilio. Durante los ochenta y noventa, Colombia avizora la proyección de las tecnologías de la información, e interioriza las ventanas de oportunidad que vendrían a brindar transmutando las comunicaciones.

¹² Enhebra la ordenación del Código de Trabajo de 1926 (art. 6), la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 y de 1944 (arts. 121-144).

¹³ Adoptado mediante D-Ley 2663/1950, con las modificaciones hechas por los D-Ley 3743/1950, 2663/1950 y 905/1951. Es de anotar que, tras las modificaciones realizadas al CST en los años 50, el art. 46 del D-Ley 3743/1950 ordenó una nueva edición oficial a cargo del Ministerio del Trabajo.

Esta fase, digamos “*arousal*” del cambio sistémico, atisba las ventajas del trabajo a domicilio, que cederá el testigo al teletrabajo de forma paulatina como figura matriz. Desde ese aspecto, corroboraríamos una relación de proporcionalidad inversa entre la detracción valorativa del trabajo a domicilio y el teletrabajo. Con todo, es una etapa de profundas yuxtaposiciones factoriales donde convergen elementos heredados y proyectivos, dando lugar a escenarios institucionales abiertos que facilitan las combinaciones operativas de las formas emergentes de laboralidad. El teletrabajo, cuando se formulara el mismo, se atisba en sus fórmulas parciales y con un parco recorrido institucional en ambos países¹⁴.

c) La génesis del trabajo a distancia adquiere dos empujes determinantes en el siglo XXI. El cambio de milenio intensifica los efectos de la globalización. La socialización de internet a escala mundial sondea las posibilidades de trabajar en remoto, interiorizándose con más fuerza proyectiva las funcionalidades potenciales de dichas formas de laboralidad. España tardará en asimilar tales tendencias reactivadoras hasta la segunda década del siglo XX, pero Colombia impulsa en la primera década cambios normativos orientados al teletrabajo, erigiéndolo ya en un instrumento medial para la dación de servicios. El segundo empuje tiene lugar con la eclosión del SARS-CoV-2, cuya emergencia sirve de espoleta activadora del teletrabajo y el trabajo a distancia a escala mundial. Este período elucida el tránsito del otrora trabajo a domicilio al teletrabajo, y encuentra sus mecanismos catalizadores en acciones político-normativas que asumen la determinación de regularlo. Con estos factores de trasfondo, tanto España como Colombia confirmarán la virtualidad de dichas fórmulas al hilo del confinamiento. Ambos países optan decididamente por potenciar el trabajo a distancia y el teletrabajo, y, en ese decurso incoan leyes que dan un espaldarazo definitivo a dichas fórmulas prestacionales. Cosa aparte, abierta al debate, es la prevalencia de la vertiente funcionalista o profiláctica que impulsase la iuspositivización del trabajo en remoto y, sobre todo, sus categorías derivadas. En unos casos retoman la trayectoria impulsora del cambio sistémico, erigiendo al trabajo en remoto en un apéndice instrumental de los cambios transformacionales (anclaje funcionalista) aunque, por otra parte, la práctica aplicativa de tales fórmulas las erige asimismo en “categorías-refugio” y de “salvaguarda pandémica”¹⁵.

El trabajo en remoto abrió la posibilidad de afrontar los retos del

¹⁴ Esta etapa comprende la primera regulación del trabajo a domicilio *ex art* 13, Ley 8/1980, de 10 de marzo, y la ulterior modificación operada a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, cuya reforma dio una nueva y poco feliz redacción al precitado artículo.

¹⁵ Sobre la yuxtaposición de ambos anclajes y la dominancia de los vectores profilácticos o funcionalistas, *vid.* F. ALEMÁN PÁEZ, *El trabajo a distancia en la post-pandemia (II)*, cit., § 2.

confinamiento sorteando, a la vez, los riesgos de contagio derivados de la movilidad en general y de la confluencia de los trabajadores en centros presenciales (anclajes profilácticos y funcionalistas). En nuestro caso, las acciones jurídicas dieron una nueva redacción al 13 ET trenzando además un puente regulatorio con la LTD¹⁶. El sistema colombiano también asumiría la necesidad de “modificar” el modelo de teletrabajo¹⁷ y, colmatando los argumentos del proyecto de ley, impulsaría una nueva regulación de esta materia. Imperaba atender la crisis del Covid-19, pero la paradoja es que esa inercia inicial concatenaría varios regímenes yuxtapuestos, de manera que en un mismo año (2021) se promulgan sendas Leyes de Trabajo en Casa y de Trabajo Remoto. Analizaremos ese marco con dos fines. El primero es de carácter técnico-jurídico. Su análisis abre ventanas de referencialidad del tratamiento otorgado a dichas categorías, y, pese a las diferencias comparadas, su examen siempre es provechoso, máxime cuando el trabajo a distancia apenas ha echado raíces en nuestros sistemas de relaciones laborales. La segunda finalidad se antoja crítica, y enlaza con posicionamientos de política del derecho. Todos los legisladores tienen amplios márgenes ordenando los subtipos de trabajo deslocalizado, ahora bien, cada decantación transduce un *telos*, siempre subyacentes en la letra legal. Entre otras cosas, permiten apreciar el peso de las fuerzas modeladoras del derecho, tanto como las “beligerancias”, más o menos veladas o manifiestas, en el interfaz de dichas regulaciones.

4. El tratamiento del trabajo en remoto en las leyes colombianas. Régimen jurídico y categorías institucionales

4.1. Marco jurídico y fustes regulatorios

1. El sistema jurídico colombiano aborda el trabajo a distancia mediante

¹⁶ Paradójicamente la implementación del teletrabajo en España durante la pandemia inicia su andadura con normas dirigidas al sector educativo, como el RD 463/2020, de 14 de marzo. Según decretaba esta norma: «Durante el período de suspensión se mantendrán las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y “on line”, siempre que resulte posible». El trabajo a distancia se refrenda materialmente con tres textos: el RD-Ley 28/2020, la ley homónima (LTD) y el RD-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

¹⁷ Así se justifica la pertinencia del *Proyecto de ley número 192 de 2019 Cámara por medio de la cual se crea el régimen del trabajo virtual y se establecen normas para promoverlo, regularlo y se dictan otras disposiciones*, en [Gaceta del Congreso, 23 agosto 2019, n. 781](#), p. 25.

leyes especializadas *ratione materiae* sucedidas temporalmente, y cuyos contenidos convergen en un eje axial: el CST (equivalente al ET). Hablamos de decisiones legislativas y de política del derecho que dan una cobertura sectorial a categorías específicas del trabajo deslocalizado. Lo hacen mediante textos con rango de ley, con las relaciones ordinamentales subsiguientes a la lógica ley/reglamento y los cánones de jerarquía y legalidad (*ex arts.* 4, 88 y 150 de la Constitución Colombiana de 1991 y 9 CE). De dicho marco destaca un primer dato, nada anecdótico: la no utilización del término “a distancia”. La nomenclatura utilizada por los respectivos legisladores es pródiga en rótulos, sin embargo, sorprende que el constructo trabajo a distancia no aparezca refrendado *ex professo* en dicha arquitectura legislativa¹⁸.

2. Hecha la apostilla, el edificio jurídico del trabajo en remoto se asienta en cuatro columnas y un texto complementario, cuyos fustes constituyen los centros de cardinalidad legislativa de tales fórmulas de laboralidad. Las primeras forman una tetrarquía legislativa, formada por el CST, las Leyes colombianas 1221/2008, de 16 de julio, de Teletrabajo (LCT)¹⁹, 2088/2021, de 12 de mayo, de Trabajo en Casa (LCTC)²⁰ y 2121/2021, de 3 de agosto, de Trabajo en Remoto (LCTR)²¹. La quinta norma cierra dicha arquitectura jurídica, y está personificada en la Ley 2191/2022, de 6 de enero de 2022, de Desconexión Laboral (LCDL)²². Los cinco textos componen una “pentíada regulatoria”, de suerte que sus flujos se embridan unos con otros, ahora bien, dichas complementaciones son más formales que en puridad reales. Según demostraremos, su normatividad bosqueja un tejido entreverado, abierto y yuxtapuesto que dificulta la exégesis y la realización aplicativa de sus códigos. Veamos cada una de dichas categorías, con los correspondientes juicios críticos y comparativos.

4.2. El trabajo a domicilio

1. Uno de los factores matriciales del trabajo deslocalizado estriba en su realización de forma no presencial y en nódulos de laboralidad identificados como tales por las partes contratantes. El trabajo a domicilio representa su

¹⁸ Ha sido la regulación reglamentaria del trabajo en remoto (Decreto 555/2022, de 9 de abril, en *DO*, 9 abril 2022, n. 52.002), donde el ejecutivo utiliza la expresión “trabajo a distancia” en la parte considerativa del texto, y basándose en documentos de la OIT.

¹⁹ En *DO*, 16 julio 2008, n. 47.052.

²⁰ En *DO*, 12 mayo 2021, n. 51.672.

²¹ En *DO*, 3 agosto 2021, n. 51.755.

²² En *DO*, 6 enero 2022, n. 51.909.

más claro exponente tipológico. Según vimos, las fórmulas históricas de trabajo subordinado concibieron dicha figura como un perfil paralelo al contrato laboral ordinario, y, en ese aspecto, el ordenamiento colombiano mantiene dichas reglas en el CST. El CST regula el trabajo a domicilio en el art. 89 ss. definiéndolo del siguiente modo: «Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un empleador». El texto no contempla la posibilidad de elección de un lugar de trabajo distinto al domicilio, como por ejemplo prevé con carácter general el Convenio OIT C177, entre otras cosas, porque Colombia no ha ratificado dicha norma. Por consiguiente, a los efectos del CST, el lugar de trabajo es exclusivamente el domicilio de la persona trabajadora.

La construcción del art. 89 CST es heredera de la concepción tradicional del trabajo a domicilio (el Código data de 1950) por ello transduce los rasgos “clásicos” que caracterizan dicha fórmula de laboralidad. Analizando tal construcción desde el prisma del trabajo a distancia, colegimos sus premisas configuradoras, esto es: el domicilio, como lugar de trabajo predeterminado por la norma, y el canon de habitualidad. Aparte de ello, conviene retener, en estricta técnica jurídica, los códigos del art. 89 CST. Y es que, si deparamos bien, el precepto construye una presunción («Hay contrato de trabajo [...]»). El asunto no es baladí, entre otras cosas, porque el trabajo a domicilio es una categoría inserta estructuralmente en la economía sumergida. Así lo fue en las figuras originarias del mismo, y así sigue siéndolo hoy. El *telos* del art. 89 CST no difiere mucho del otrora art. 13 ET. El CST otorga un surplus de protección a situaciones, como el trabajo a domicilio, donde generalmente prima una inercia de hechos consumados, hechos que, para mayor abundamiento, se resuelven en el ámbito de la informalidad y al margen de soportes contractuales. El trabajo a domicilio opera en estos espacios de indocumentación formal, y, en ese aspecto, el CST no hace más que confirmar la laboralidad de dicha fórmula. Algo que, por otra parte, acontece en España cuando los tribunales decretan la laboralidad del vínculo *ex* art. 8 ET cuando concurren las notas del art. 1 ET en actividades a domicilio²³.

²³ Colacionaremos tres ejemplos. El primero deviene de la STSJ Cataluña 25 noviembre 2010 (rec. 3968/2010): la sentencia aborda un caso de trabajo a domicilio “clásico”, esto es, trabajos externos de grabación y montaje de piezas facilitados por Inoxcrom SA a una trabajadora. Esta disponía en su domicilio de máquinas grabadoras y fresadoras; recogía cada dos o tres semanas las piezas y el material a reparar, devolviéndolos tras finalizar el encargo. El TSJ decreta la laboralidad de la relación y su encuadre *ex* art 13 ET; incluso refrenda un incumplimiento adyacente del deber de ocupación efectiva *ex* art. 4.2.a ET, con aplicación concomitante del art. 50.1.c ET. El segundo ejemplo es la STSJ Galicia 24

2. La construcción del trabajo a domicilio por el art. 89 CST plantea varios aspectos de conveniente consideración. El primero ya se ha avanzado, y orbita los elementos estructurales de dicha forma de laboralidad, esto es: el factor locativo (lugar de trabajo) y el factor temporal (canon de habitualidad). En el modelo colombiano, el lugar del trabajo a domicilio se subraya legislativamente, y, en ese sentido, la norma subraya este dato nocional integrándolo como elemento distintivo. Más problemas suscita, sin embargo, la noción de “habitualidad”. El canon elucida un concepto jurídico indeterminado y, como tal, plantea los problemas inherentes a dichas indeterminaciones nocionales. Si interpretamos el concepto como lo «que se hace [...] con continuación»²⁴ y lo reconducimos al trabajo a domicilio, este requiere su ejecución en el domicilio de la persona trabajadora, salvo situaciones excepcionales, que podrían incluso vehicularse en segmentos acotados (*v.gr.* algunos días a la semana) para atender determinados requerimientos del empleador en sede empresarial.

El segundo asunto gravita el régimen de garantías del trabajo a domicilio. El legislador colombiano previó unos requisitos que debían regir la contratación de los trabajadores a domicilio. Las reglas se asimilan a las previstas en el Convenio C177 y la Recomendación R184 homóloga de la OIT. Los arts. 90-92 CST previeron tres requisitos. Primero, una autorización previa a la contratación emitida por la Inspección de Trabajo (art. 90 CST). Segundo, una obligación actuarial, que conminaba al empleador la confección de un libro de los trabajadores a domicilio. Esta obligación registral debía actualizarse periódicamente, identificando a dichos trabajadores, las características del encargo (una obra concreta), el régimen retributivo, y los motivos o casos de reducción y suspensión (art. 91 CST). Asimismo, y a semejanza del otrora art. 13 ET, la libreta de salarios debía registrar los materiales entregados, la fecha de entrega de la obra y las cantidades satisfechas (art. 92 CST).

Los requerimientos de la ley colombiana son conocidos, de hecho, acompañaron nuestra configuración del trabajo a domicilio hasta la reforma del art 13 ET por la Ley 3/2012 y el RD-Ley 28/2020. Las normas

octubre 1997 (rec. 3881/1997): también aborda un supuesto de trabajo a domicilio “clásico”, dado que el trabajador se dedicaba a la confección de prendas de ropa en su propia casa. El alta fue instada de oficio por la inspección de trabajo, y el TSJ confirmó la inobservancia de los requisitos formales del art. 13 ET, cuyo incumplimiento no repercutió, para el mentado tribunal, en la validez del contrato. El tercer ejemplo lo ilustra la STSJ País Vasco 2 diciembre 1997 (rec. 4567/1997): vuelve a ser un supuesto de trabajo a domicilio no formalizado por escrito. La trabajadora se dedicaba a elaborar etiquetas a tiempo parcial en su domicilio particular, ante lo cual el TSJ decreta el carácter indefinido de la relación por fraude de ley.

²⁴ [Diccionario de la lengua española RAE](#), entrada [Habitual](#).

colombianas siguieron esta pauta desreguladora, que en definitiva debilita el trabajo a domicilio, so pena de dictarse dispositivos reglamentarios que compensen dichas garantías. Sin embargo, y por el contrario, la Ley 1429/2010, de 29 de diciembre, de Formalización y Generación de Empleo²⁵, derogó las garantías de los arts. 90-92 CST. El argumento para derogarlos también es familiar: la creación de empleo, tantas veces cacareado pragmáticamente y desmentido en la práctica. La Ley 1429/2010 laminó los escasos elementos del trabajo a domicilio en sede legal. Desde entonces el trabajo a domicilio quedó fuera del control de la Inspección tras haberse eliminado la autorización previa, la llevanza del libro de trabajadores y la libreta de salarios. La acción derogatoria llegó a ser enjuiciada por la Corte Constitucional. El Alto Tribunal analizó las normas del CST que no habían sido derogadas, y se interpretó como una manera de «constatar la forma en que se presta el servicio» y de ejercer un «control sobre los trabajadores a domicilio, así como de sus condiciones profesionales»²⁶.

Lo expuesto plantea varias paradojas de difícil respuesta explicativa. Según hemos visto, el trabajo a domicilio “clásico” sigue vigente en Colombia, empero, con un tratamiento tan insuficiente como inane y vetusto. Su mantenimiento *ex art.* 89 CST fue un homenaje formal en respuesta a su categorización y a su peso historiográfico. Podríamos decir que la luz del teletrabajo eclipsó la estela del trabajo a domicilio, a fuer de ensombrecerla definitivamente. Las escasas reglas del art. 89 CST subsisten nominalmente, pero se diluyen entre las recientes regulaciones del teletrabajo y el trabajo en remoto, tal como veremos más adelante. La paradoja es que el tejido socioeconómico colombiano está henchido de trabajadores a domicilio, lo que a nuestro modo de ver expande los espacios de informalidad y vulnerabilidad. Con todo, los respectivos objetos reguladores propician la yuxtaposición y el solapamiento de dichas figuras, con la paradoja (otra más) de trocarse más garantista la aplicación colateral de dispositivos no previstos como tales para el trabajo a domicilio.

4.3. El teletrabajo

1. La segunda pieza del trabajo deslocalizado no es otra que el teletrabajo. Al igual que aconteciera en el derecho comparado, Colombia asimila pronto

²⁵ En *DO*, 29 diciembre 2010, n. 47.937.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-720-96.

las ventanas de oportunidad que abría dicha figura socio-jurídica²⁷. El polimorfismo de esta forma laboral y su directa imbricación con el cambio sistémico llevó a darle carta de naturaleza con un texto *ad hoc*: la LCT. La norma, adelantada a las acciones legales operadas en España, introdujo importantes innovaciones en el decurso evolutivo del sistema laboral colombiano. No en vano, implementó vehicularmente el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la prestación de servicios a distancia. Hablamos del anclaje seminal del teletrabajo cuyos mimbres dan por supuesta la utilización de las TIC en las interacciones empresa/trabajadores. Así lo prevé *ex professo* el art. 2 de nuestra LTD, y así lo contempla asimismo el art. 2 LCT.

Como sabemos la ley española (LTD) no recaba un concepto *per se* de teletrabajo. Las letras *a* y *b* del art. 2 consignan sendas aproximaciones nocionales del trabajo a distancia y el teletrabajo, y, más bien, tienen un tenor propedéutico, afín a la técnica descriptiva de la que hace gala el derecho europeo y las normas de la OIT. El teletrabajo viene a ser una modalidad de trabajo a distancia «que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación». Pero la indeterminación crece al acotarse la categoría matriz en la letra *b* del art. 2 LTD. En su momento calificamos el artículo como “precepto de la disyuntiva”, dadas las veces que aparece la conjunción “o” en dicha fórmula²⁸. Bien es verdad que repetir tres veces el constructo “o” responde a la multiforme realidad material del trabajo en remoto y al deseo de construir una fórmula lável que, a efectos prácticos, integre su enorme casuística, pero el problema hermenéutico sigue abierto, máxime si se añaden códigos ambiguos y conceptos abstractos que dilatan excesivamente los campos operativos del trabajo a distancia.

Frente a lo anterior, la ley colombiana es más ambiciosa (y valiente) en ese aspecto pues sí construye una noción de dicha forma de laboralidad. El homónimo art 2 LCT define el teletrabajo como «una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo».

2. La configuración del teletrabajo *ex art. 2 LCT* infiere varias consideraciones nocionales e interpretativas. Para empezar, el precepto

²⁷ Hemos tenido ocasión de examinar críticamente las ventajas e inconvenientes del trabajo en remoto en F. ALEMÁN PÁEZ, *El trabajo a distancia en la post-pandemia (II)*, cit., § 3, a cuyo compendio crítico remitimos.

²⁸ *Idem*.

recaba tres elementos estructurales, cuyos fustes constituyen las piezas definitorias de dicha forma de laboralidad, y así: a) la concepción del teletrabajo como una fórmula de organización; b) la integración en la misma del trabajo asalariado y el trabajo independiente (autónomo); c) el factor idiosincrásico: su carácter distópico y deslocalizado; o expuesto por vía negativa: la no presencialidad y la ubicación no fija.

a) El primer elemento, o sea, las dimensiones organizacionales y contextuales del teletrabajo de las que hace gala el art. 2 LCT, es un factor a destacar en dicho concepto legislativo. Con buen criterio, el precepto principia la definición concibiendo el teletrabajo como una «forma de organización laboral». En efecto, su implementación requiere un diseño previo organizativo y, con ello, una vertebración funcional de las unidades locativas que laboran en remoto. Como sabemos los cánones de presencialidad tienen gran valencia en España, entre otras cosas, por un tejido productivo dominado por pequeñas unidades económicas, que a su vez lastran los buenos liderazgos, los estilos de dirección estratégica (Dirección por Objetivos – DPO) y la difusión de la ergonomía en la cultura empresarial y el desenvolvimiento de las relaciones laborales²⁹. Los conceptos integración y coordinación son consustanciales al teletrabajo y están insertos estructuralmente en él. Aunque no lo parezca la inter-acción digital (o “iter-atividad”, según se mire), rasgo idiosincrásico del teletrabajo, más bien es un factor instrumental de los anclajes antedichos. Ahora bien, sin un correcto diseño de la estructura nodular del teletrabajo cercenamos las potencialidades funcionalistas del mismo, so pena de derivar los defectos de dicha planificación a los teletrabajadores.

Son en efecto las empresas quienes adoptan dichas fórmulas de laboralidad y quienes lo adaptan al modelo de negocio proyectado al efecto. Ese diseño organizativo es lo que determina el uso de las TIC para la prestación de los servicios profesionales. En nuestro caso, el “filtro digital” puede canalizar, modular, sustraer, e incluso ocultar las exteriorizaciones materiales del poder directivo y sus facultades de vigilancia y control a fin de corroborar el desenvolvimiento de las condiciones de sujeción y dependencia. Si esta dimensión es implícita en cualquier proyecto de negocio, su entidad acrece aún más al laborarse en remoto. Tanto el trabajo a distancia como el teletrabajo penden estructuralmente de dicho pre-requisito, digamos, “gestional”, de hecho, sus tipologías se imbrican en el diseño organizacional del teletrabajo, en los flujos comunicacionales y en las facultades de coordinación directiva. Por todo lo expuesto, el art. 2 LCT acierta al integrar

²⁹ *Vid.*, complementariamente, E. MARTÍN ESTEBARANZ, *Cómo ligar el teletrabajo a un buen sistema DPO pasando el ‘corte’ de los tribunales*, en *Economist & Jurist*, 24 julio 2022.

el constructo en dicha noción legal, máxime siendo un elemento inserto en los proyectos de negocio de la economía de plataformas.

b) En segundo lugar, la concepción institucional del teletrabajo cubre un espacio oblongo de perfiles. El modelo colombiano combina los elementos de laboralidad (*ex arts. 22 CST y 1 ET*)³⁰ con los del trabajo autónomo pues, como hemos visto, la LCT integra ambas categorías bajo un mismo paraguas aplicativo. La arquitectura jurídica de la LCT está diseñada para los trabajadores asalariados y para los trabajadores independientes o autónomos. La integración de ambos perfiles obedece al redimensionamiento de dichas fórmulas con vistas a un fin más amplio de empleabilidad proyectiva. O como apostillara el legislador, por su consideración «como un instrumento de generación de empleo y autoempleo» (art. 1 LCT). La normativa española difiere de este enfoque. La LTD “especializó” el perfil del teletrabajo y el trabajo a distancia sin “autonomizarlo”, sin embargo, la norma colombiana expande su marco subjetivo integrando a la vez a los teletrabajadores dependientes e independientes.

La opción legal tiene varias lecturas. Para empezar, aquilata tales fórmulas de laboralidad desde el doble prisma de la flexibilidad interna y externa. El teletrabajo constituye, en efecto, una fórmula compromisoria que atempera la tensión capital/trabajo, y, en ese aspecto, es un exponente del “paradigma flexi-asegurativo” en cuanto equilibre adecuadamente una ordenación dúctil del trabajo a distancia con unas dosis básicas de previsibilidad y proyección prestacional. De otra parte, visto desde la óptica de la flexibilidad externa, el planteamiento del legislador colombiano *ex art. 1 LCT* abre a las empresas la posibilidad de contar con otra alternativa de contratación no laboral con la que atender necesidades puntuales de la demanda. Ahora bien, el teletrabajo autónomo requiere un refuerzo actuarial e intervencionista, en especial por los inspectores de trabajo.

La LCT instituyó una obligación de registro de los teletrabajadores, cuyos extremos se sustancian ante los órganos de la inspección (art. 7)³¹. Según señala la normativa especial, sus actuaciones deben contribuir a vigilar y

³⁰ Según consigna el precitado art. 22 CST, «Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración».

³¹ «Registro de Teletrabajadores: Todo empleador que contrate teletrabajadores, debe informar de dicha vinculación a los Inspectores de Trabajo del respectivo municipio y donde no existan estos, al Alcalde Municipal, para lo cual el Ministerio de la Protección deberá reglamentar el formulario para suministrar la información necesaria» (art. 7 LCT). La previsión enlaza con las tipologías de teletrabajo, dado que su art. 2 integra al teletrabajador autónomo diferenciándolo del teletrabajador propiamente considerado.

controlar la vinculación de los teletrabajadores salvaguardando un marco de garantías efectivas. Ahora bien, la LCT no clarifica el ámbito subjetivo de dicha obligación registral, y, más en concreto, si ese deber se circunscribe a la contratación de teletrabajadores asalariados o si se extiende a quienes laboran de forma independiente. La noción legal de teletrabajador, o sea, aquella «persona que desempeña actividades laborales a través de la tecnología de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios» *ex* art. 2 LCT extiende sus previsiones a los trabajadores dependientes e independientes. El deber de registro ante la inspección atañe a todos los teletrabajadores, primero, para que los poderes públicos exploten la información obtenida de dichos controles (cruce de datos) pero, sobre todo, para evitar situaciones de fraude y trasvase a la economía sumergida.

Huelga enfatizar las dificultades realizadoras de tales prácticas actuariales. Por si fuera poco, el reglamento que desarrolla la LCT atiende al régimen del teletrabajo dependiente (Decreto 884/2012, de 30 de abril)³², sin existir reglas expresas para el teletrabajo independiente. A nuestro modesto entender, estas insuficiencias ejercen un “efecto de deslizamiento” hacia los espacios del teletrabajo informal. Si el legislador quiso realmente catapultar el teletrabajo, este objetivo se antoja inane sin refuerzos logísticos de la inspección, máxime si el tratamiento normativo favorece además la inseguridad jurídica de forma elusiva. Y es que, de no colmatarse estos requerimientos elementales, el fraude deviene inefable fenomenológicamente. Muy al contrario, hipostasiamos un aumento de falsos teletrabajadores independientes (autónomos), incluso un “efecto huida” de los mimbres de la iuslaboralidad, con la derivada de expandir mayores cotas de precarización e informalidad en el empleo.

c) El tercer anclaje del teletrabajo pivota sobre el lugar de prestación del servicio. La configuración legal refrenda la naturaleza distópico-locativa en la dicción final del art. 2 LCT. El teletrabajo es, en efecto, una fórmula organizativa de actividades remuneradas o de prestación de servicios a terceros que utiliza el soporte de las TIC «sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo». El modelo colombiano deja constancia que nuestra categoría no requiere la presencia física en un lugar específico, aunque por otro lado parece desdecirse de esta opción nomenclatorial cuando la propia norma aborda el arco de tipologías derivadas (teletrabajadores “autónomos”, “móviles”, “suplementarios” *ex* art. 2

³² Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones (en DO, 30 abril 2012, n. 48.417).

LCT)³³.

El modelo colombiano de teletrabajo autónomo abre, en efecto, varias alternativas respecto del lugar de prestación de los servicios. La ley menciona el domicilio de la persona trabajadora o el lugar escogido por esta, y en este último caso se anudan dos nociones: la “oficina” o un “lugar comercial”³⁴. Son alternativas concurrentes y combinables, y que para mayor complejidad pueden recabar otras variables operativas. Según apunta el art. 2 LCT, el “teletrabajo suplementario” transduce un subtipo diacrónico, consistente en laborar «dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina» (*sic*). Se trata además de la “modalidad estrella”, aunque los estudios más autorizados aconsejan no sobrepasar 2 días de trabajo en remoto debido al aislamiento inmersivo y los gravosos perjuicios psicosociales concomitantes. Siguiendo esta pauta de combinaciones tipológicas, en los “teletrabajadores móviles” la LCT no precisa su ubicación en un lugar “establecido”. La permisividad legal encuentra causa en el vínculo funcionalista de dichos trabajadores con las TIC y la mediación instrumental de dichos dispositivos para el desenvolvimiento de servicios digitales. Estos subtipos de teletrabajo sirven de orientación tipológica (según reza el art. 2 LCT, «el teletrabajo puede revestir una de las siguientes formas [...]»), por consiguiente, la facultad decisoria del lugar de trabajo no se vincula a la persona teletrabajadora, a diferencia de la LTD, que sí consigna dicha correlación. Cuando el art. 7.f LTD aborda el contenido mínimo del acuerdo de trabajo en remoto, habla de «lugar de trabajo [...] elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia». En todo caso, dado que ambos sistemas pivotan sobre el principio de voluntariedad, es verosímil hipostasiar el acuerdo de las partes respecto del lugar, o lugares, de prestación del servicio.

d) Recabaremos un último asunto del teletrabajo no resuelto debidamente en la definición del art. 2 LCT: el canon de *habitualidad*. La realización de servicios iuslaborales mediante TIC debe llevarse a cabo con carácter continuo y no de manera ocasional. Inferimos este rasgo definitorio de lo dispuesto en el art. 6.4 LCT. Según reza el precepto, «una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez

³³ Los autores también consideran que la clasificación del teletrabajo (las formas de teletrabajo) se adopta «teniendo en cuenta el lugar donde se desempeña la labor por parte del teletrabajador»; *vid.* A.I. MUÑOZ OSORIO, V.R. AMÓRTEGUI MOLINARES, G.I. ESGUERRA MUÑOZ, *Teletrabajo*, en *Justicia Juris*, 2018, n. 1, p. 29.

³⁴ La oficina podría interpretarse como lugar de trabajo dispuesto por el empleador o como lugar escogido por el teletrabajador independiente.

de realizarlo en su lugar de trabajo habitual». Que el ordenamiento colombiano apostille el canon de “habitualidad” en dicha aproximación nociónal puede tener dos causas explicativas. La primera es obvia. El trabajo objeto del derecho del trabajo debe reunir los elementos típicos definitorios del mismo (*ex art. 22 CST*). En nuestro caso ese factor cualifica, por vía integradora, la laboralidad de la relación jurídica, mientras que, a contrario, marca un umbral de separación con las actividades excluidas laboralmente.

La legislación colombiana tampoco precisa otros elementos cualificadores del mentado canon. A diferencia de lo consignado en nuestra LTD, la LCT no prescribe un porcentaje de la jornada³⁵, y tampoco alude a otro aspecto determinativo de la cantidad de tiempo teletrabajado. Volvemos de nuevo al sempiterno dilema de los conceptos jurídicos indeterminados. Es claro que la ley cualifica el requisito, entre otras cosas, para mantener una lógica elemental con la definición del tipo general contractual *ex art. 22 CST*. Dado que “lo habitual” es un contrapunto dialéctico opuesto a la prestación ocasional de servicios, entendemos que estos aspectos debieran ser aclarados con acciones normativas expresas, por ejemplo, revisando la modalidad del “teletrabajo suplementario”. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 2 LCT, no será trabajo ocasional si se laboran 2 o 3 días a la semana desde el domicilio, cantidad que porcentualmente podría significar el 50% de la jornada máxima. En todo caso, las partes tienen la posibilidad de fijar en el acuerdo de teletrabajo la cantidad de horas de la jornada o de días de la semana realizables bajo este subtipo de teletrabajo.

3. Como hemos podido ver el tratamiento dado al teletrabajo por la LCT deja en el aire importantes aspectos aplicativos, y por ende reverdece la problemática de su delimitación como categoría socio-jurídica. Sabemos

³⁵ El trabajo a distancia integrable bajo el paraguas de nuestra LTD debe realizarse «con carácter regular» (art. 2.a) presumiéndose dicha cualificación cuando «se preste, en un período de referencia de tres meses, un mínimo del 30% de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo» (art. 1 LTD). Algún sector doctrinal sostiene que, si no se cumple con este porcentaje mínimo, o el que fije la negociación colectiva (inferior al 30%), no estaríamos ante un modelo de trabajo a distancia, y que, en análogo orden de ideas, no se requeriría el acuerdo de las partes para ordenar a la persona trabajadora que laborara un 29% de la jornada desde su domicilio u otro lugar, sin constituir además supuestos de movilidad geográfica *ex art. 40 ET*; *vid. E. MONREAL BRINGSVAERD, La voluntariedad del trabajo a distancia y su carácter reversible*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, La Ley, 2021, p. 131. Así las cosas, aunque en verdad son pocos los convenios que dan contenido sustantivo al umbral del 30%, sirva de ejemplo el de [Euro Pool System](#) (Anexo III, *Trabajo a distancia*), cuyos anexos reducen al 20% el teletrabajo regular.

que la combinación del Covid-19 y el efecto disruptivo del cambio sistémico-digital provocaron cambios profundos y abruptos en el mundo del trabajo, y Colombia no fue una excepción a dicho maridaje³⁶. Ambas confluencias llevan tiempo produciendo un triple efecto difusivo, normalizador y socializador de las TIC, redimensionando con ello, y a modo de efecto buble, una difusión exponencial de tales herramientas bajo una vocación expansiva del “cognitariado digital”. Las TIC operan a la vez como instrumentos inter-comunicativos y de trabajo en remoto, lo cual transmuta estructuralmente los subtipos de laboralidad a distancia.

En Colombia los esfuerzos legislativos no han sido suficientes para atajar tales retos, sobre todo al hilo de la LCT. Ya avanzamos antes que los avances legislativos siempre requieren una normatividad depurada. Este requisito acrece, mucho más si cabe, en temas alambicados como nuestro objeto material; un objeto que, para mayor abundamiento, intensifica expansivamente las conexiones jurídicas y la abstracción técnica de los códigos normados. Por ilustrar el aserto, la Ley de Teletrabajo no era aplicable a los trabajadores del sector privado y público cuando se decretó el confinamiento obligatorio por la pandemia. La opción pudo justificarse en ese momento porque la prestación de servicios se hacía con carácter excepcional desde los domicilios o lugares distintos a los locales del empleador, pero aun así no estamos ante el modelo de laboralidad en remoto diseñado legalmente. El Ministerio de Trabajo colombiano corroboró este extremo mediante la Circular 21/2020, donde precisó además que en ese caso se laboraba en régimen de “trabajo en casa”, con la paradoja añadida de no contar con una regulación expresa de dicho subtipo hasta ese momento.

El modelo de teletrabajo de la LCT tampoco da respuesta a fenomenologías parejas, que además comparten problemáticas comunes en España y Colombia. Una de ellas es el “accidente de trabajo *in itinere*”. Obviamente las transmutaciones en la dialéctica presencialidad/distalidad, redimensionan la categorización del “accidente en remoto”, llevando por ello a los ordenamientos a una compleja tesitura re-definitoria del mismo. El sistema colombiano aborda insuficientemente el accidente *in itinere*. Sus reglas provienen de una disposición ya derogada (Decreto 1295/1994) cuyo art. 9 lo definía del siguiente modo: «el que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa cuando el transporte lo suministre el empleador». Este canon fue declarado “inexequible” por la Corte Constitucional (sentencia 18 octubre 2006, C-

³⁶ Sobre el efecto disruptivo de la tecnología en esta IV Revolución Industrial, *vid.* K. SCHWAB, *La cuarta revolución industrial*, Debate, 2016.

858-06) de suerte que, al desaparecer su ordenación, pasó a abordarse desde el ámbito preventivo y bajo una hermenéutica supranacional³⁷. En España, el accidente de trabajo *in itinere* tiene un perfil institucional propio, cuyos términos han venido delimitándose gracias a una sesuda casuística judicial y doctrinal, ahora bien, la LTD no menciona estas contingencias. La crisis pandémica hizo al legislador “olvidadizo” en este asunto, como en tantos otros religados por dicha norma. No deja de ser paradójico que una «ley distópica por naturaleza» centrara su atención en los riesgos profesionales del lugar laboral procrastinando, empero, de los producidos en remoto. Lo cual avizora un jaez de resoluciones judiciales conminadas a deconstruir dichas imprevisiones regulatorias³⁸.

Un segundo asunto deviene del “nomadismo digital”. El ordenamiento colombiano no contempla la tipología de teletrabajo transfronterizo. Los flujos de laboralidad transnacional llevan tiempo impulsando dicha fenomenología movilizadora, complejizando *mutatis mutandis* su problematización material y jurídica. Hablamos, en efecto, de formas de laboralidad altamente disruptivas y complejas pues se desenvuelven en Estados distintos de la ubicación de la sede principal de la empresa o del sujeto dador de trabajo³⁹. Aparte de trasmutar *ab radice* el canon de presencialidad, el nomadismo digital es la máxima expresión del factor distópico que envuelve idiosincrásicamente el trabajo a distancia. Dos asuntos destacan en dicha categorización jurídica. El primero conecta con

³⁷ Concretamente, se adoptó la definición prevista por el art. 1.ⁿ de la Decisión 584/2004, del Instrumento Andino de seguridad y salud en el trabajo de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), cuyo texto señala lo siguiente: «Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo». Para analizar dicha situación jurídica, y a la luz de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, *vid.* sentencia 9 agosto 2021 (SL 3747-2021, R.n. 75798, Acta 27).

³⁸ Compartiendo estas críticas, *vid.* I. VIZCAÍNO RAMOS, *El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere*, Atelier, 2021, en especie pp. 58-61. Nuestro autor avanza una reciente sentencia, del Juzgado de lo Social n. 3 de Gerona, cuyo fallo reconoce dicha cualificación por un ictus sufrido en su movilización, lo cual constituye una avanzadilla judicial inicial para la conceptualización del accidente de trabajo *in itinere* desde el prisma del teletrabajo y el trabajo a distancia.

³⁹ Para M.M. CRESPI FERRIOL, *Trabajo a distancia transnacional*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *op. cit.*, p. 661, «se entiende por trabajo a distancia transnacional aquella relación laboral que transcurre a través de varios Estados, normalmente porque el empleado desarrolla las obligaciones propias de su puesto de trabajo en un territorio soberano distinto de aquel donde se sitúa su empresario».

la previsión legislativa de que los teletrabajadores estén domiciliados en Colombia realizando asimismo sus cometidos dentro de dicho espacio geográfico (*ex art. 6.11, LCT*). Consiguientemente, cualquier persona que desee laborar como teletrabajador digital debe realizar sus servicios profesionales utilizando las TIC, amén de estar geolocalizado y domiciliado en Colombia.

El tercer asunto deriva del anterior, y estriba en la significación del espacio geográfico como sede material de las actividades empresariales que recaben la contratación de teletrabajadores. Este requisito excluye la posibilidad de considerar el modelo de teletrabajo como subtipo aplicable a los trabajadores que se radiquen en Colombia para prestar dichos servicios (los nómadas digitales), usando las TIC a favor de clientes ubicados en otro u otros Estados. Las insuficiencias jurídicas y los problemas de realización aplicativa (foro competencial aplicable) se recrudecen de un modo exponencial, máxime por la regulación telegráfica y en puridad nominalista del nomadismo digital en Colombia. La paradoja acrece con la promulgación hace dos años de la Ley de Emprendimiento (Ley 2069/2020, de 31 de diciembre)⁴⁰. Esa norma estatuyó un régimen de visas para nómadas digitales, precisando que dichos trabajadores son el perfil tipológico del trabajo en remoto.

4.4. El trabajo en casa

1. La tercera figura de nuestro entorno institucional estriba en el “trabajo en casa”. Vuelve a ser un ejemplo confirmatorio de la complejidad material del trabajo en remoto, pero, sobre todo, del cuadro de herramientas utilizadas para dar carta de naturaleza a sus tipologías parciales. La tesis que venimos sosteniendo en este estudio es clara: los procesos de categorización deben venir acompañados de acciones integrales legislativas (y/o reglamentarias) a ser posible en tres planos complementarios. Primero, identificando sustantivamente cada categoría parcial y sus perímetros operativos. Segundo, estableciendo el estatuto jurídico aplicable a dicho objeto, y, a ser posible, con previsiones aclarativas del régimen general de derechos y obligaciones de los trabajadores en remoto en comparación con los trabajadores comunes (esto es, CST, ET). Y en tercer lugar, y derivado de lo anterior, con demarcaciones complementarias en las zonas de convergencia de las figuras parciales. En el caso de España, estas tareas demarcadoras se proyectan mediante la lógica género/especie trabadas

⁴⁰ En *DO*, 31 diciembre 2020, n. 51.544.

entre la LTD y el texto Estatutario y las figuras parciales previstas en la primera ley, sin embargo, el ordenamiento colombiano adolece de previsiones claras; al contrario, muestra un tejido de normas superpuestas que alambica aún más la complejidad del trabajo deslocalizado.

El trabajo en casa adquiere carta de naturaleza con un texto de reciente factura: la LCTC «por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones». Las razones invocadas para impulsar el texto fueron expuestas por el legislador colombiano, y, como podremos ver, siguen una línea argumental que avala nuestras críticas de política legislativa, sobre todo por la práctica, digamos, “espasmódica”, que envuelve la ordenación de dicho andamiaje jurídico. Según se puso de manifiesto, el modelo de teletrabajo entonces vigente no colmaba las exigencias realizadoras de servicios profesionales de una forma totalmente en remoto⁴¹. Esto derivó en el proyecto de ley de trabajo virtual, que, tras su tramitación parlamentaria, terminaría finalmente rubricándose *ex* LCTR, en los términos como veremos seguidamente (*infra*, § 5). También se adujo la necesidad de atender la crisis sanitaria, en lo que respecta a la puesta en marcha del trabajo no presencial, a fin de facilitar el distanciamiento físico. Teóricamente las razones profilácticas prevalecían sobre las funcionalistas, sin embargo, la evidencia empírica demostró lo contrario. Según exponían los responsables ministeriales, la regulación del teletrabajo era insuficiente para dar respuesta a formas prestacionales totalmente en remoto pues dicho régimen «tiene limitaciones que exigen alternar el trabajo en casa con el trabajo presencial»⁴².

A nuestro juicio, los defectos jurídicos aducidos para atender las formas de trabajo no presencial durante la pandemia no explicaron, ni explican suficientemente, la yuxtaposición normativa del trabajo presencial y no presencial, sino más bien el requisito de voluntariedad, que deviene preceptivo. Si un empleador incoa una orden de teletrabajar para atender a una situación extraordinaria, sustentando tal acción en las directrices y decisiones gubernamentales, tales medidas no tienen la cobertura del modelo de teletrabajo. Aparte de ello, la Ley de Teletrabajo permite la prestación de servicios mediante TIC sin requerir la presencia física en la sede de la empresa o en las unidades laborales determinadas al efecto. En verdad, las formas normativas de teletrabajo se antojan ejemplificativas. El legislador no adoptó un *numerus clausus* sino un listado abierto de tipologías, por consiguiente, el empresario puede organizar los puestos en remoto y

⁴¹ Proyecto de Ley 192/2019, cit., p. 25.

⁴² [Radicación del Proyecto de Ley “por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones”](#), presentada por el Ministro del Trabajo ante la Cámara de Representantes en fecha 22 de septiembre de 2020, p. 3.

sus unidades de laboralidad bajo el molde del teletrabajo sin requerir la presencia física del trabajador en un lugar concreto.

2. Los defectos que venimos detectando en la configuración del trabajo deslocalizado vuelven a observarse esta vez en la definición legal del trabajo en casa. El art. 2 LCTC señala lo siguiente: «Se entiende como trabajo en casa la habilitación al servidor público o trabajador del sector privado para desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realiza, sin modificar la naturaleza del contrato o relación laboral, o legal y reglamentaria respectiva, ni tampoco desmejorar las condiciones del contrato laboral, cuando se presenten circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidan que el trabajador pueda realizar sus funciones en su lugar de trabajo, privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones».

Como podemos ver la noción de trabajo en casa es poco feliz, y, lejos de aclarar, genera abultadas dudas interpretativas y mayores problemas realizadores. Como botón de muestra, valga el constructo “habilitación”. Si entendemos el término como «reconocimiento jurídico que constata la capacidad de las personas para realizar determinadas actividades»⁴³, ¿estamos realmente ante un “*placet* legislativo” que atribuye a los trabajadores una capacidad decisional para laborar desde un lugar distinto al habitual? Muy probablemente no. La noción de trabajo en casa *ex* art. 2 LCTC infiere situaciones excepcionales donde el empresario autoriza la realización del trabajo en un emplazamiento distinto al lugar de desenvolvimiento habitual de la prestación, sustentado dicha decisión en circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales. Según añade el art. 5 LCTC, la habilitación para laborar en casa presupone la «facultad subordinante del empleador» tanto como «la potestad de supervisión de las labores del trabajador». Es además el empresario quien determina los instrumentos, la frecuencia y el modelo de evaluación del desempeño, el cumplimiento de las metas propuestas, «así como el mecanismo para el reporte y/o resultados de estas, por el tiempo que dure el trabajo en casa». Por si fuera poco, y siguiendo ese laconismo conceptual, la ley señala que «el seguimiento de los objetivos y actividades de los servidores públicos y trabajadores del sector privado deberá obedecer a criterios concertados y establecidos con anterioridad» (*vis*).

El concepto de “trabajo en casa” viene a ser, más bien, un “canto al sol aplicativo”. Su caracterización legal lo impregna de un halo de excepcionalidad más retórica y formal que en puridad real. Según apunta el

⁴³ [Diccionario panhispánico del español jurídico](#), entrada [Habilitación](#).

precitado art. 2 LCTC, solo pueden prestarse tales servicios en un lugar distinto al habitual si acontecen las circunstancias específicas definidas legislativamente, y que además tienen un plazo máximo (3 meses, *ex* art. 7 LCTC). Ahora bien, este canon de excepcionalidad se desdice por la propia LCTC. El umbral de los tres meses, como plazo limitativo, puede sobrepasarse con una nueva prórroga homónima; y por si fuera poco, cabe extender la habilitación del trabajo en casa «si persisten las circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales que impidieron que el trabajador pudiera realizar sus funciones en su lugar de trabajo [...] hasta que desaparezcan dichas condiciones» (art. 7 LCTC *in fine*). Manejamos, pues, una modalidad a distancia harto paradójica, al menos en su letra legal. Aparte de normalizar los códigos de excepcionalidad que caracterizan esta sub-modalidad, el texto desnaturaliza el papel de la voluntad de las partes, si por ejemplo comparamos su tratamiento con las exigencias que en ese aspecto prevé la ley homóloga española (*ex* arts. 2.b y 7, LTD).

3. La LCTC recaba un cuadro conceptual delimitador de las circunstancias que permiten recurrir al trabajo en casa. Según prescribe su art. 1, el contrato de trabajo en casa debe fundarse en «circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales». Obviamente son conceptos indeterminados que dilatan la exégesis de dicha categoría socio-jurídica, y, por extensión, el campo aplicativo del trabajo deslocalizado. Las previsiones justificativas del precitado art. 1 LCTC sí cuentan esta vez con una norma reglamentaria cuyo contenido precisa el alcance dable a dichos conceptos (Decreto 649/2022)⁴⁴. Según indica este reglamento, tales circunstancias abarcan «aquellas situaciones extraordinarias y no habituales, que se estima son superables en el tiempo, atribuible a hechos externos, extralaborales o propios de la órbita del trabajador o del empleador» (Decreto 649/2022). El Decreto 649/2022 alinea las situaciones justificativas en dos grupos. El primero atiende hechos externos extralaborales o de fuerza mayor (crisis pandémica, Covid-19, inundación, deterioro de las instalaciones, etc.). El segundo, por su parte, integra situaciones propias «de la órbita del trabajador o del empleador», que es donde pueden generarse indefiniciones y discordancias aplicativas. Los hechos atinentes a la órbita del trabajador pueden encontrar causa, por ejemplo, en motivos de conciliación. Sin embargo, los encuadrables bajo la órbita del empleador son más complejos de ejemplificar, pues ¿qué decisión del empleador, relativa a su propia órbita (entendámoslo como ámbito) pueden dar lugar a una orden de trabajo en

⁴⁴ Por el cual se adiciona la sección 7 al capítulo 6 del título 1 del Decreto número 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, relacionado con la habilitación del trabajo en casa (en DO, 27 abril 2022, n. 52.018).

casa si las situaciones deben ser extraordinarias? Aun avizorando problemas intempestivos (rotura de maquinaria o equipos informáticos) es difícil enmarcar una decisión fundada en tales causas. No en vano, el carácter extraordinario y no habitual de dichos acontecimientos los tornan complejos en su praxis realizadora, máxime si consideramos que las decisiones organizativas actualizan de continuo el débito laboral y la atención a las exigencias funcionales empresariales. Más fundada sería incluso una justificación habilitante de trabajo en casa por hechos externos extralaborales que por situaciones relacionadas con la órbita empresarial. Según aclarara en su momento la Corte Constitucional, es el empleador quien subsume la facultad de ordenar el trabajo en casa en recto ejercicio de la subordinación jurídica⁴⁵; y es también el dador de trabajo quien debe comunicar la terminación de dicha encomienda cuando se superen las situaciones excepcionales (incluyendo la concatenación de los plazos de tres meses y sus prórrogas). Como ya hemos visto, el trabajo en casa es una forma excepcional de trabajo a distancia que encuentra causa en los poderes organizativos empresariales, los cuales se actualizan a condición de justificar las razones realizadoras de dicha forma de laboralidad. Lo expuesto ampara accionar judicialmente contra la decisión empresarial cuando resulte injustificada o vulnere derechos iusfundamentales. En principio, las condiciones contractuales deben mantenerse iguales y sin recorte de derechos, no en vano, el trabajo a distancia pivota sobre las condiciones locativas de la prestación. En este punto, las reglas sobre alternancia previstas reglamentariamente deben ser objeto de crítica. Si el trabajo en casa se adopta como una situación especial que cambia el lugar habitual de prestación de servicios, porque existen unas situaciones excepcionales que no permiten su realización en dicho emplazamiento, ¿cómo se justifica la compaginación entre el lugar habitual de trabajo y el lugar alternativo? Muy al contrario, con tal previsión el decreto desborda la figura del trabajo en casa e introduce un aspecto no previsto en la ley, a fuer de desnaturalizar los escasos fustes del modelo de trabajo en casa, y, por extensión, del cuadro tipológico del trabajo deslocalizado.

4. El trabajo a distancia en la modalidad de trabajo en casa condiciona su realización a la imposibilidad de realizar los servicios profesionales presencialmente en el lugar habitual, promocionándose el uso de las TIC (*ex art. 8 LCTC*), aunque no es preceptivo. Nuestra categoría requiere un lugar de trabajo alternativo, que puede radicarse en el domicilio de la

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-212-22. *Vid.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, [Corte declaró constitucional la ley 2088 de 2021, a través de la cual se habilita el trabajo en casa en situaciones ocasionales, especiales o excepcionales](#), Comunicado 15 junio 2022, n. 19, p. 6.

persona trabajadora u otro espacio de trabajo. Las referencias a dicho espacio alternativo las encontramos tanto en la LCTC como en su Reglamento 649/2022 y ello mediante una configuración institucional que parece decantarse por el domicilio personal como lugar preferente de realización. Así, el trabajador contrae la obligación de informar al empresario los cambios de domicilio y a mantenerle actualizado en ese aspecto. Esta obligación adquiere relevancia en el texto reglamentario cuando subraya el derecho empresarial de conocer en todo momento el lugar desde donde se está ejecutando la prestación. Es más, de esta obligación deriva el cumplimiento de las obligaciones empresariales frente a la Administradora de Riesgos Laborales (ARL). Según apunta el art. 11 LCTC los empleadores deben comunicar y actualizar ante la ARL los datos del trabajador, así como los casos que sea necesaria la prestación del servicio o el desarrollo de actividades en un lugar diferente al pactado inicialmente. En análogo orden de ideas, cuando el reglamento aborda los requisitos del escrito de comunicación del trabajo en casa, atribuye al empresario una medida instrumental: fijar la ubicación realizadora del trabajo en casa. Atañe al dador de trabajo el establecimiento y concreción del lugar de referencia desde donde se realizan los servicios profesionales. Ahora bien, el empleador puede disponer otra ubicación (p.ej. un *co-working*) diferente al habitual para el desenvolvimiento de dichas obligaciones. Es asimismo posible que el lugar material de la prestación radique en otro Estado, aunque en este caso el reglamento limita la posibilidad de modificar las condiciones locativas con respecto a terceros Estados sin autorización empresarial previa (Decreto 694/2022). El modelo de trabajo en casa previsto por el legislador colombiano estatuye una alternativa más empresarial para atender situaciones excepcionales manteniendo unos estándares elementales de normalización en la gestión funcionalista del trabajo. Ahora bien, las zonas de confluencia son palmarias, dificultándose con ello la delimitación de los respectivos perfiles de laboralidad. Así por ejemplo, y como apreciamos antes (*supra*, § 2), el trabajo en casa difiere del trabajo a domicilio porque en este el lugar prestacional es el «propio domicilio (de la persona trabajadora), sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un empleador» (art. 89 CST), mientras que el trabajo en casa abre otras posibilidades locacionales (centro de trabajo o lugar designado por el empleador). Asimismo, el modelo de teletrabajo (*supra*, § 3) recaba nocionalmente la utilización de TIC, mientras que el trabajo en casa no requiere un uso preceptivo de ellas, dependiendo además de la decisión empresarial basada en circunstancias ocasionales, excepcionales o especiales.

4.5. El trabajo en remoto⁴⁶

1. La casuística de las modalidades de trabajo a distancia se ultima con una cuarta figura: el trabajo en remoto. Su regulación tiene una escasa trayectoria jurídica, y también adquiere carta de naturaleza mediante una norma *ad hoc*: la Ley 2121/2021, *Por medio de la cual se crea el régimen de trabajo en remoto y se establecen normas para promoverlo, regularlo y se dictan otras disposiciones*. La iniciativa también ilustra la práctica espasmódica que, como política del derecho, impregna el abordaje del trabajo deslocalizado en Colombia, de hecho, nada más entrar en vigor, suscitó abultadas críticas, destacando en ellas las insuficiencias técnicas y su alejamiento de la realidad tecnológica y socio-jurídica. Estas consideraciones no tardaron en corroborarse empíricamente, pues a los ocho meses el Ministerio del Trabajo publicaría una norma reglamentaria para corregir las deficiencias legislativas (Decreto 555/2022). Así las cosas, el reglamento produjo más interrogantes que respuestas efectivas. Se sigue aduciendo una normatividad a espaldas de las necesidades de los trabajadores y empleadores que, lejos de facilitar el trabajo en remoto, lo obstaculiza e incluso dificulta.

La iniciativa propendía regular una forma de ejecución remota del contrato de trabajo por medio de las tecnologías existentes y/o nuevas⁴⁷, pero la pregunta surge de consuno: ¿era necesaria esta nueva norma cuando el régimen del teletrabajo *ex LCT* colmataba la ejecución en remoto del vínculo? La “novedad” del texto orbitó la posibilidad de utilizar «otros medios o mecanismos» distintos a las TIC para su ejecución⁴⁸. Muy al contrario, y como demostraremos en este punto, la yuxtaposición de regímenes revierte negativamente en nuestras categorizaciones, máxime cuando se entreveran figuras que escapan del ámbito del teletrabajo. Lo diremos más alto y con mayor contundencia: ¿en qué medios o mecanismos pensaba el legislador cuando la ejecución remota (o lejana del centro de trabajo o del lugar de trabajo fijado por el empleador) en plena revolución informacional está caracterizada por el uso del internet y las TIC?

Algunas respuestas se extraen con una lectura al proyecto de ley inicial y los textos aprobados por el Congreso (primero en la Cámara de Representante, donde inició el debate, y luego en el Senado). El proyecto tenía por rúbrica *Trabajo virtual*, y la lectura de la exposición de motivos y del articulado confirman la intención del ejecutivo: «crear una modalidad de trabajo

⁴⁶ La preposición “en” es un añadido nuestro, pues la norma reza “trabajo remoto”.

⁴⁷ Proyecto de Ley 192/2019, cit., p. 28.

⁴⁸ *Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley número 274 de 2020 Senado, 192 de 2019 Cámara por medio de la cual se crea el régimen del trabajo remoto y se establecen normas para promoverlo, regularlo y se dictan otras disposiciones*, en [Gaceta del Congreso, 15 marzo 2021, n. 134](#), p. 32.

virtual», que se consideraba diferente a la modalidad tradicional del contrato y del teletrabajo porque no requiere la presencia física en las «instalaciones del empleador». Por si fuera poco, el articulado rezuma una fatal contradicción. El objetivo legislativo era crear una modalidad de contratación, llamada “virtual”, ahora bien, al definirse esta configuró como una modalidad de ejecución prestacional, no un modelo contractual concreto. Así lo corroboró la Cámara de Representantes modificando las rúbricas en el articulado del texto⁴⁹, pero la paradoja persistió por ejemplo en el título de la ley. Su *nomen* dejaba atrás el otrora “trabajo virtual” sustituyéndose por el de “trabajo en remoto”⁵⁰.

2. Las líneas maestras del trabajo en remoto orbitan un triple orden de previsiones. Las primeras son de índole conceptual y delimitador, y en este caso sus códigos transducen un cuadro de definiciones caracterizadoras. Estos aspectos nocionales se encuentran en el art. 3 LCTR, y se extienden a los dispositivos instrumentales de dicha categoría jurídica. La norma acota tres conceptos: el trabajo en remoto, la ejecución del mismo, y el perfil subjetivo de dichos trabajadores.

En cuanto a lo primero, el trabajo en remoto es conceptuado como «una forma de ejecución del contrato de trabajo en la cual toda la relación laboral, desde su inicio a su terminación, se deber realizar de manera remota mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones u otro medio o mecanismo, donde el empleador y

⁴⁹ *Texto definitivo plenaria cámara al proyecto de ley número 192 de 2019 Cámara por medio del cual se crea el régimen del trabajo virtual y se establecen normas para promoverlo, regularlo y se dictan otras disposiciones*, en *Gaceta del Congreso*, 17 septiembre 2020, n. 936.

⁵⁰ Durante la tramitación parlamentaria, y en concreto el trámite legislativo en el Senado de la República de Colombia, los ponentes del proyecto propusieron unas modificaciones y justificaron, en términos generales, la diferencia de la nueva categorización con el modelo de teletrabajo. A su entender «toda la relación laboral es remota y no necesita concurrencia de las partes en un lugar físico». Una de las propuestas de cambio consistió en aclarar que el trabajo en remoto era una forma de ejecución del contrato y no una nueva modalidad contractual, superando la contradicción del texto aprobado en la Cámara de Representantes. Sin embargo, el reglamento del trabajo en remoto para el sector privado (Decreto 555/2022) incurre en error al referirse al contrato de trabajo en remoto (como si se hubiera credo una nueva modalidad de contrato de trabajo, lo que no ha hecho el legislador). Otro aspecto propuesto en el Senado para modificar el proyecto de ley consistió en añadir que el trabajo en remoto se podría realizar no solo por medio de las TIC, sino también mediante «otro medio o mecanismo». Este cambio propendía atender las reivindicaciones del sector empresarial, a fin de considerar como trabajo en remoto aquel donde no se necesitan las TIC para cumplimentar el objeto contractual, a fuer de ejemplificarlo con un “producto”. *Vid.* el *Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley número 274 de 2020 Senado, 192 de 2019 Cámara por medio de la cual se crea el régimen del trabajo remoto y se establecen normas para promoverlo, regularlo y se dictan otras disposiciones*, cit., p. 23.

trabajador no interactúan físicamente a lo largo de su vinculación contractual». Tras esta acotación, la norma puntualiza que «en todo caso, esta forma de ejecución no comparte los elementos constitutivos y regulados para el teletrabajo y/o trabajo en casa», lo que, como venimos significando, propicia conmixtiones regulatorias y situaciones de inseguridad jurídica. Respecto de la ejecución, la ley señala que, en su virtud, «una persona natural, vinculada por un contrato laboral, se obliga a prestar una actividad remota a través de las tecnologías disponibles u otro medio o mecanismo, en favor de otra persona, natural o jurídica bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda y mediante la obtención de salario, lo cual puede constar en medios digitales» (*vis*). Para agilizar las vías de contratación, la LCTR habilita a las partes que manifiesten su consentimiento «mediante el uso de la firma electrónica digital y a través de mensaje de datos», a fin de conformar la «autenticidad, integridad, disponibilidad, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad». El trabajador en remoto es definido legislativamente como una «persona natural, cubierta por los principios mínimos del trabajo y vinculado mediante contrato de trabajo, desarrollando actividades de manera remota a través de la tecnologías existentes y nuevas u otro medio o mecanismo». Por último, se incluye un cuadro de expresiones técnicas desde un prurito conceptual y de complementación aclarativa⁵¹.

El segundo bloque de previsiones atiende al acuerdo de trabajo en remoto. La ley requiere unas menciones mínimas (*ex* art. 10 LCTR) incluso salda la posibilidad de blindar sus contenidos «mediante un acuerdo de confidencialidad entre las partes» (art. 8.3). Dentro de las menciones

⁵¹ Es el caso de las nociones “nuevas tecnologías”, “firma electrónica” y “*one-time password*” (OTP). El primer concepto abarca «cualquier medio, plataforma, software, programa, equipo, dispositivo y/o equipo que permita la comunicación, interacción y/o ejecución del contrato de trabajo de manera remota mediante una conexión a internet o a cualquiera otra red que permita ejecutar dichas acciones». La noción de “firma electrónica” se asocia a «métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas que permita identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando sea confiable y apropiado respecto los fines, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente, este conjunto los datos electrónicos acompañan o están asociados al documento electrónico». Como funciones básicas, se apostillan tres reglas: identificar una persona de forma inequívoca; asegurar la exclusividad e integridad del documento firmado; para añadir finalmente que los datos utilizados por el firmante «son únicos y exclusivos y, por tanto, posteriormente, no puede negarse en la firma del documento». Por último, el OTP es definido como un «mecanismo de autenticación, el cual consisten en el código temporal que le llega a la persona a través de mensaje de texto SMS o correo electrónico certificado, para cuando este pueda de manera segura realizar acciones virtuales, en donde se certificara la identidad de la persona, ya sea por vía internet o mediante la aplicación de teléfonos móviles (App)».

básicas, destacan las condiciones funcionales y de realización material del trabajo en remoto. La norma propende estatuir una plataforma garantista, aunque a nuestro juicio son previsiones parcas, por insuficientes, para un estatuto tan complejo como el que nos ocupa. Hecha la apostilla, la ley requiere que el acuerdo concrete «las condiciones del servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y espacio». También requiere que se determinen «las funciones, los días y los horarios en que el trabajador remoto realizará sus actividades» a fin de «ayudar a identificar el origen en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal cuando esté sometido a ella». Deben asimismo definirse «las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo», tanto como «el procedimiento de entrega de los elementos de trabajo por parte del empleador al trabajador en remoto». Otras previsiones inciden en el espacio ecológico laboral y los dispositivos técnicos del trabajo en remoto. La LCTR vuelve a integrar, dentro de las menciones mínimas del acuerdo, que se expliciten «las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el trabajador en remoto». También obliga al empleador a facilitar un cuadro de utensilios, como «herramientas tecnológicas, instrumentos, equipos, conexiones, programas, valor de la energía e internet y/o telefonía». En ese aspecto, se ultima el alcance de dichos deberes instrumentales, explicitándose la obligación empresarial de «asumir el mantenimiento de equipos, herramientas, programas y demás elementos necesarios para la prestación y desarrollo de las labores del trabajador en remoto», incluyendo en ese régimen la cobertura de «los costos de los desplazamientos».

Obviamente el desenvolvimiento del trabajo en remoto pivota sobre las condiciones locativas. La letra legal se antoja inconcreta pues deja en el aire el alcance de dicha forma de laboralidad. Valgan dos ejemplos ilustrativos. Por una parte, el art. 9 LCTR, referido a las condiciones de trabajo, señala lo siguiente: «El trabajo en remoto se ejecutará y podrá ser determinado de manera remota, mediante el uso de nuevas tecnologías u otro medio o mecanismo, sin perjuicio de las formalidades del contrato según su duración». De análoga guisa participa la determinación de las condiciones locacionales. Según añade el precepto, «el trabajador en remoto podrá prestar sus servicios desde cualquier lugar, siempre en consenso con el empleador, dedicando para ello la cantidad de tiempo que se determine, con sujeción a la jornada laboral pactada, siempre y cuando no sobrepase la jornada máxima legal y cumpla con los requisitos mínimos previstos por el empleador en relación con la calidad y cantidad de trabajo, así como la conectividad». La dicción final del art. 9 LCTR añade, eso sí, un

recordatorio de las normas preventivas, mandatando, respecto de las condiciones antedichas, el «debido acompañamiento de las administradoras de riesgos laborales presentes en la relación laboral». En efecto, el ordenamiento colombiano instituye la obligación general de incluir el trabajo en remoto dentro del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSST). Se trata de confirmar que los puestos cumplen las condiciones de seguridad e higiene, lo cual se salda mediante un régimen de “verificaciones virtuales”. No dudamos de la bonhomía inspiradora de dichas reglas preventivas, pero es fácil hipostasiar una débil realización material de ellas.

3. Las consideraciones expuestas avalan nuestras objeciones respecto de la configuración legal del trabajo en remoto, y, en general, del régimen del trabajo deslocalizado en Colombia. Cuando el legislador propulsó dicha fórmula de trabajo, en realidad estaba circunvalando una actualización no reconocida del teletrabajo (*ex* LCT). Es llamativo, por elocuente, que siguiera concibiendo esta segunda fórmula como un modelo que no permite un trabajo virtual durante toda la ejecución del contrato. Los códigos de la LCT no fueron pues apreciados en su justa medida, máxime si consideramos la amplitud de dichas reglas operativas, las consecuencias de la ejecución del contrato en remoto y las funciones que para los servidores públicos permite (recordemos que son figuras igualmente aplicables a la función pública). A nuestro modo de ver, la Ley de Teletrabajo debía y debe ser modificada para integrar aspectos insoslayables en las relaciones a distancia actuales. No se trata solo de razones funcionalistas y evitativas de inseguridad jurídica, sino también de asuntos “olvidados” normativamente. Por no hablar en el vacío, pensemos en el cuadro de limitaciones a las facultades de fiscalización y control catalizadas a través de las TIC y el poder directivo digital, en el derecho a la desconexión digital (recientemente regulado *ex* LCDL), en la precisión de límites para las jornadas movibles de trabajo a distancia, o en las garantías realizables para el disfrute de los derechos al descanso y de conciliación. Si en verdad se quería distinguir el modelo de trabajo en remoto de las modalidades secantes al mismo, debió apostillarse más contundentemente en la definición del trabajo en remoto que esta modalidad no comparte los «elementos constitutivos y regulados para el teletrabajo y/o trabajo en casa»⁵². Es claro que la normatividad descrita solapa los objetos regulatorios, difuminando además una clave matricial: las TIC.

Análogas críticas merecen la segunda modificación, introducida durante la

⁵² Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 274 de 2020 Senado, 192 de 2019 Cámara por medio de la cual se crea el Régimen del Trabajo Remoto y se establecen normas para promoverlo, regularlo y se dictan otras disposiciones, en [Gaceta del Congreso](#), 27 abril 2021, n. 338, p. 6.

tramitación legislativa en el Senado, consistente en la permisibilidad de una ejecución remota del trabajo en remoto con mecanismos diferentes a las TIC. Hablamos ahora del “*summum* indefinitorio” que permite recabar el trabajo en remoto para acometer la realización de un “producto”⁵³. Este vericuetto normativo agranda la interrogante del campo aplicativo del trabajo a domicilio en el sistema de relaciones laborales colombiano. Y es que, en efecto, si se propendía estatuir una forma de laboralidad distal, al margen del vínculo personal empleador/trabajador, el modelo de trabajo a domicilio clásico *ex art. 69 CST* permite el encuadre de dicho objeto parcial. Cosa distinta es que este adolezca de una regulación parca e insuficiente, con apenas un precepto y seis líneas inconcretas, tras las derogaciones operadas en su tejido sustantivo por la Ley 1429/2010. Ya vimos en su momento (*supra*, § 2) que las reglas del trabajo a domicilio son hoy un homenaje formal vacío de contenido, pero el hecho de haberlo religado a una modalidad inane y de complejo basamento operativo, pero visto en conjunto, ello no explica los “meandros legislativos”, como el expuesto, en loor de inconcreción e indeterminación.

La habilitación de la LCTR de desarrollar “productos” utilizando las formas de laboralidad en remoto, ilustra un “guanismo” incomprensible desde una óptica comparada, y por ende evidencia un legislador laxo y desatento al estado real del marco jurídico colombiano. Muy al contrario, tamaña “ligereza normativa” provoca un efecto aluvional donde se solapan los marcos regulatorios, lastrando a la vez las inercias aplicativas de las respectivas categorizaciones. A nuestro modo de ver, habría sido más útil, práctico y garantista una revisión profunda de las opciones de trabajo deslocalizado, incluido el teletrabajo y el trabajo a domicilio. Lo que impera es que las regulaciones realmente catalicen los cambios abruptos de las fenomenologías iuslaborales. La hegemonía de los *big data* y el trabajo en plataformas, la «virtualización de la vida humana»⁵⁴, la permeabilidad de los espacios de ocio y laboralidad, la extensión de las jornadas por la hiperconectividad en red, ilustran una problematización recurrente, tanto como peligrosamente al alza. El tecno-estrés genera efectos devastadores (y

⁵³ Esta fue la finalidad del legislador cuando reguló que el trabajo remoto se puede desarrollar por otros medios o mecanismos distintos a las TIC, pues entendió, acogiendo la propuesta de los empresarios, que era posible ejecutar el trabajo remoto sin «valerse únicamente de las Tics para cumplir el objeto del contrato, por ejemplo, un producto» (*Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley número 274 de 2020 Senado, 192 de 2019 Cámara por medio de la cual se crea el régimen del trabajo remoto y se establecen normas para promoverlo, regularlo y se dictan otras disposiciones*, cit., p. 27).

⁵⁴ R. SALAZAR PÉREZ, *Pandemia y disciplinamiento social, autoencierro con miedos y controles de obediencia*, en *Revista Conjeturas Sociológicas*, 2020, n. 21, p. 236.

silentes) en la salud mental⁵⁵, y la fatiga informática patologiza un vasto horizonte de afectaciones potenciales⁵⁶. Por otra parte, el presentismo digital, visto en clave distópica y multi-ubicua, se acompaña de refuerzos ampliatorios (y silentes) del poder digital directivo, y además embrida fenómenos de licuefacción de derechos tan sensibles como la protección de datos personales o la intimidad informática de las personas trabajadoras⁵⁷.

Ciertamente, los riesgos psicosociales transducen alteraciones afectantes a la salud mental de las personas trabajadoras, y, en ese aspecto, el trabajo en remoto subsume múltiples elementos activadores de dichos riesgos. No en vano, están insertos estructuralmente en la laboralidad digital y su entorno circundante: desde el entorno ecológico (interconectividad en red, aislamiento), los patrones de organización (células independientes o pseudo-independientes de laboralidad), los medios instrumentales (TIC), el contenido de la tarea (análisis y gestión informativa) y el tipo de capacidades implicadas en dichos procesos. La atención mental, inherente al teletrabajo, intensifica los esfuerzos analíticos y las tareas de concentración y resolución de problemas. El aumento de las tareas cognitivas y la exposición continuada ante pantallas digitales son factores activadores del cansancio cerebral, con una gravosa derivada: acumular moléculas que, en exceso, devienen neurotóxicas (glutamato)⁵⁸. El teletrabajo enhebra hechos, acontecimientos, situaciones o estados, insertos organizacionalmente, con altas probabilidades de afectación psicosocial, lo cual embrida sendos vórtices: factores activadores y riesgos. Más particularmente, vincula los factores psicosociales de afectación negativa con códigos de seguridad

⁵⁵ Un trabajo interesante al respecto en O. MARTÍN RODRÍGUEZ, *El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 44. Sobre los riesgos laborales en el trabajo a distancia, *vid.* asimismo los estudios de J.F. LOUSADA AROCHENA, *Prevención de riesgos en el trabajo a distancia (reconocimiento del derecho y modulaciones en su aplicación: prevención del acoso y la violencia de género: riesgos de exposición a pantallas de visualización)*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 14, y D. MONTOYA MEDINA, *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2021, n. 243, pp. 35-76.

⁵⁶ Para profundizar en dicho paradigma y su categorización jurídico-material, *vid.* F. TRUJILLO PONS, *op. cit.*, en especie pp. 369, 393 y 450. La obra integra asimismo un cuadro de anexos documentales con cuestionarios de evaluación preventiva (pp. 525-554).

⁵⁷ *Vid.* X. RONCAL VATTUONE, *Teletrabajo y capitalismo de vigilancia*, en *Telos – Revista Científica Arbitrada*, n. 1, p. 185.

⁵⁸ Recientes hallazgos médicos demuestran que, en efecto, el trabajo cognitivo persistente es un foco activador de alteraciones funcionales que encuentran causa en la acumulación nocivas, como la producción de glutamato. La fatiga informática es una primera señal de alerta que induce a dejar de trabajar frente a las pantallas digitales, y en estadios prolongados afecta de lleno a las sinapsis de la corteza prefrontal lateral, que es donde reside cerebralmente el control cognitivo.

precautoria de los teletrabajadores en el desenvolvimiento de sus prestaciones digitales⁵⁹.

4. Algunos aspectos de la LCTR merecen una consideración añadida. El primero orbita el lugar de ejecución prestacional. La norma precisa que la persona trabajadora elige el lugar «que considere adecuado» para prestar el servicio (art. 4.b). La paradoja es que esta previsión no aparece como tal en el régimen del trabajo a domicilio, el teletrabajo y el trabajo en casa. La facultad de elección del lugar está sujeta a límites pues, entre otras cosas, debe ser acordada con el empleador y recibir el visto bueno de la ARL. Cuando el legislador diseñó el régimen de autorizaciones locativas, lo hizo desde la perspectiva de la prevención de riesgos y cuidados de la salud. Ya apuntamos antes la avalancha de riesgos psicosociales insertos en la digitalización, de ahí que, con buen criterio, se sujetara la confirmación empresarial del lugar de trabajo a las recomendaciones del referido órgano. En estos términos, el empresario no podría negar la autorización locativa más allá de las recomendaciones sobre salud y seguridad, cuyas pautas acotan el espacio realizador de los servicios profesionales. En caso que el empleador y la ARL autoricen un lugar prestacional fuera de las fronteras colombianas, tendríamos un caso de nomadismo digital (desde la perspectiva de la norma del país de empleo/origen) sujeto al régimen de visas autorizadas y al régimen de reciprocidad previsto entre algunos Estados.

Un segundo punto incide en el uso de las tecnologías como medio de contacto con el trabajador en remoto (y a su vez de este con el entorno laboral) y como medio de control y ejercicio concomitante de las facultades directivas. La regulación del trabajo en remoto ilustra ese efecto potenciador y ampliatorio de dichas potestades digitales. Las TIC son instrumentos catalizadores del poder digital directivo que además actualizan el débito prestacional, es decir, sirven de gozne realizador y comunicativo entre el trabajador y el empleador y de basamento de fiscalización y control. Dos asuntos destacan en ese aspecto.

El primero orbita dicha relación instrumental y bidireccional. El art. 12 de la LCTR deja constancia de la plasticidad de las TIC en el trabajo en remoto y su amplitud funcionalista, las cuales pueden ser en efecto utilizadas como dispositivos comunicacionales y de mediación debitoria. La previsión tiene gran relieve, entre otras cosas, porque integra el entorno virtual en derredor del trabajo deslocalizado. Para ser más exactos, el art. 12 LCTR habilita al empleador para implementar «una plataforma, software, programa,

⁵⁹ Vid. M.T. IGARTUA MIRÓ, *Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2021, n. 3, p. 182.

aplicación o cualquier herramienta tecnológica para facilitar las comunicaciones con el trabajador remoto y en general para la prestación de los servicios personales, facilitando así (la conexión del mismo) a través de la red».

El segundo asunto, en oposición dialéctica a lo anterior, opera por vía negativa. Las facultades actualizadoras del poder digital directivo están sujetas a límites, o lo que es igual, barreras protectoras de derechos iusfundamentales y laborales. A semejanza como acontece en el ordenamiento español, las obligaciones inter-conectivas del trabajo a distancia han de salvaguardar derechos entativos, como la intimidad y privacidad y los espacios de descanso y desconexión. Esta última categoría ha sido recientemente regulada en el ordenamiento colombiano con un texto *ad hoc*: la Ley de Desconexión Laboral (Ley 2191/2022).

La LCDL contextualiza este derecho de nuevo cuño, fijando además los principios inspiradores del mismo y su fundamentación material y constitucional (art. 2). Los derechos de desconexión laboral son reconocidos normativamente a los trabajadores y a los servidores públicos, los cuales disfrutaban de tales garantías «una vez finalizada la jornada laboral». Ahora bien, las prerrogativas que teóricamente avanza la LCDL pierden efectividad con previsiones que relativizan su alcance. Para empezar, la cobertura legislativa decae en virtud de lo dispuesto en su art. 4, cuyo tenor vincula funcionalmente la desconexión a «la naturaleza del cargo según corresponda al sector privado o público». Aparte de ello, la LCDL se antoja débil, entre otras cosas, por no existir controles reales y efectivos de los tiempos de conectividad, lo que, por pasiva, derrubia la desconexión. Sirva de ejemplo el tratamiento dado a las horas extras en el trabajo en remoto. La LCTR prácticamente deja en el aire la concreción de sus módulos con previsiones del siguiente tenor: «Los trabajadores que, de común acuerdo con el empleador, ejecuten su contrato de manera remota, tendrán derecho al reconocimiento y pago de las horas extras a su jornada de trabajo ordinaria o contractual, como también al trabajo realizado en dominicales y festivos [...] sin perjuicio de lo pactado para los cargos de dirección, manejo y confianza» (art. 15). Como podemos ver, la fórmula es elusiva y en puridad abdicativa pues prácticamente deja en manos del empleador los tiempos de disponibilidad prestacional y de conectividad a distancia.

Con todo, la LCDL es una iniciativa plausible como política del derecho. El ordenamiento español aborda dicha figura en una ley colateral (LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales – LOPDGDD) y en un precepto de dicha norma (art. 88), cuyo tenor se antoja elusivo, circunvalar y cosmético. Amén de ser

un calco de la regulación homónima francesa⁶⁰, su régimen supura vanguardismo declarativo, remisorio y programático. El art. 88 LOPDGDD fue, en efecto, una iniciativa bienintencionada que valoriza bienes jurídicos dignos de protección, sobre todo tres vórtices de los trabajadores a distancia: la intimidad, el derecho al descanso y los derechos de conciliación (apartados 2 y 3), trasuntos todos de cánones constituyentes (arts. 10, 39, 43 o 45 CE). Ahora bien, nuestro art. 88 LOPDGDD peca en remisiones, reduplicaciones léxicas y sesgos programáticos. Aparte de no dar un concepto de la desconexión, escuda códigos prescriptivos, que en este caso son básicos con vistas a un justo equilibrio de los intereses protegibles.

A diferencia de la LTD, el derecho colombiano sí contiene una definición de dicha categoría socio-jurídica. Según describe el art. 3 LCDL: «Entiéndase como el derecho que tienen todos los trabajadores y servidores públicos, a no tener contacto, por cualquier medio o herramienta, bien sea tecnológica o no, para cuestiones relacionadas con su ámbito o actividad laboral, en horarios por fuera de la jornada ordinaria o jornada máxima legal de trabajo, o convenida, ni en sus vacaciones o descansos». Cerrando dicha dicción legislativa, la LCDL mandata al empresario que se abstenga de utilizar la conectividad digital respetando los tiempos de descanso («Por su parte el empleador se abstendrá de formular órdenes u otros requerimientos al trabajador por fuera de la jornada laboral»). Así las cosas, manejamos garantías débiles *ex lege* que, además, se devalúan acriticamente y desde una inercia aplicativa de hechos consumados.

5. Conclusiones

1. A lo largo de estas páginas hemos analizado dos sistemas jurídicos y sendos tratamientos del trabajo en remoto, corroborando los márgenes de intervención de la Estatalidad respecto de dichas fórmulas ocupacionales y de empleo. El derecho comparado abre siempre perspectivas actuariales y analíticas, que en nuestro caso imperan debido a la variedad morfológica del trabajo a distancia y sus categorías parciales, pero se trata también de colacionar los vectores de política del derecho influyentes en dicha normatividad. La irradiación exponencial de las TIC y su extraordinaria rapidez socializadora introducen sesgos que distorsionan su abordaje, derecho inclusive. Las normas no son terrenos ajenos a los cultores

⁶⁰ Vid. F. ALEMÁN PÁEZ, *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail N° 2016-1088»*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 30.

ideológicos, y los márgenes de los legisladores refrendan el aserto, tal como por otra parte ilustra la experiencia empírica y en clave comparada. Los defectos técnicos de las regulaciones también ilustran los vicios latentes de la normatividad (beligerancias, categorías) y del propio legalismo (decantación en/hacia los intereses en conflicto). El tratamiento dado a estos temas en España y Colombia da buena cuenta de ello, y además deja evidencias muy claras de lo que se regula, lo que se deja de regular, y lo que debe regularse con imperiosa urgencia.

2. La complejidad del trabajo en remoto y la era digital exigen políticas legislativas que atiendan en clave garantista los derechos de las personas trabajadoras y el estatuto de los teletrabajadores. También se trata de precisar el entorno virtual que orbita el trabajo deslocalizado desde el prisma operativo de los poderes de dirección. Las TIC tienen un claro efecto disruptivo en el mundo laboral, y parecen dar apariencia de novedad al ejercicio de los poderes empresariales en pro de una mayor flexibilidad favorecedora de la gestión del tiempo de trabajo y de activación del empleo. Pero realmente hacen más sutiles las formas emergentes y transmutadas de laboralidad, amén de ampliar problemáticas relativas a los derechos de intimidad, la protección de datos personales y la conciliación laboral, personal y familiar. Los legisladores están conminados a atender estas realidades con fórmulas claras respecto de las categorizaciones del trabajo deslocalizado y límites precisos al poder digital y directivo. La no presencia física en los centros y el uso de las TIC son claves distintivas del trabajo a distancia, pero, partiendo de ello, pueden darse situaciones que queden al margen de los códigos jurídicos, lo que, como venimos significando, traslada a la Estatalidad la obligación de normarlos adecuadamente.

3. El nudo gordiano de la transformación tecno-informática fue, y seguirá siendo, un dilema abierto de ponderaciones y equilibrios. Hablamos de un complejo jaez de abstracciones y “pseudo-neutralidades” dominantes donde las reglas jurídicas se entreveran con instrumentaciones funcionalistas, incluso profilácticas (teletrabajo en crisis sanitaria). En verdad es difícil armonizar la introducción exponencial de utensilios digitales que intrínsecamente resultan “*trusless*” sin necesitar la confianza humana⁶¹. Estos elementos estructurales y meta-estructurales hacen del mentado dilema un “*quid irresoluble*”, en ambos planos, vista la batería de siglas neutralizadoras que se colacionan (industria 4.0, 5.0, etc.) y las beligerancias que, por acción u omisión, envuelven las acciones de política legislativa. Así las cosas, impera la normación de un modelo matriz, con una regulación base de derechos mínimos y pautas interpretativas extraíbles de

⁶¹ Vid. S. BINI, *op. cit.*, p. 40.

las leyes sustantivas laborales (ET en España, CST en Colombia), las normas e iniciativas europeas (para España)⁶² y los Convenios de la OIT.

4. El estudio del trabajo en remoto realizado comparativamente confirma las imprevisiones regulatorias que adolecen tales fórmulas de laboralidad. Esos déficits deben ser corregidos imperiosamente, no solo por razones de protección material sino con vistas a una difusión adecuada y óptima del teletrabajo. Pensamos en protocolos actuariales e intervenciones de los convenios colectivos, sin embargo, la realidad muestra un contexto procrastinador que no solventa tales deficiencias. Muy al contrario, hipostasiamos un efecto de deslizamiento hacia las negociaciones privadas, que, combinadas con el refuerzo del poder digital directivo, pueden desnaturalizar el trabajo en remoto y erosionar a la vez los derechos de desconexión. Los pactos de teletrabajo corren el riesgo de laminar el estatuto de los teletrabajadores y, a nuestro modo de ver, hay toda una “ideología del acuerdo” en derredor suyo. La diversidad de modelos tipológicos en Colombia y su yuxtaposición material complejiza extraordinariamente la delimitación aplicativa de dichas fórmulas profesionales, lo que, como venimos significando, impele la acción político-jurídica, bien sea con reformas integrales y de inter-compatibilidad (Colombia) o con acciones complementarias y de desarrollo sustantivo (*v.gr.* reglamento *ex* LTD).

5. Aparte lo anterior, el trabajo en remoto entrevera otras fenomenologías paralelas que tensan su realización aplicativa. Nos referimos esta vez al crecimiento del trabajo autónomo (*freelancers*) en la economía digital, cuyo contexto erige tales perfiles en focos receptores directos e indirectos del teletrabajo y el trabajo a distancia. España ha proyectado revisiones del sistema de cotizaciones de los autónomos a corto y medio plazo con módulos contributivos ajustados a los ingresos reales, pero en Colombia los autónomos copan altas cotas de economía sumergida. Muy al contrario, avizoramos dilataciones de los espacios de vulnerabilidad mediante vínculos informales y un vasto caudal de “laboralidades digitales en negro” (por no decir que “hogareñas” y “en pijama”).

⁶² Plausible es, en este aspecto, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, 21 abril 2021, COM(2021)206 final. La decantación por una norma de mayor rango y eficacia jurídica, como el Reglamento, es un aval ya destacable *per se*. Entre otros aspectos, su art. 3 define el sistema de inteligencia artificial como un «*software* que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa».

6. *De lege ferenda* abogamos, en fin, por acciones reformadoras de las Leyes colombianas de Teletrabajo (Ley 1221/2008) y de Trabajo en Remoto (Ley 2121/2021). Laborar en a distancia requiere parámetros regulatorios claros y precisos de su completitud sustantiva y fenomenológica, con reglas garantistas que muestren a las partes contratantes los perímetros aplicativos de dichas categorizaciones. De no ser así, acrecen las situaciones de inseguridad jurídica, las renunciaciones sedicentes de derechos, y, a la postre, inercias de ampliación material de los espacios de exclusión, vulnerabilidad y economía informal.

6. Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO R. (2021), *Los derechos económicos de los trabajadores a distancia: retribución y compensación o abono de gastos*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, La Ley

ALEMÁN PÁEZ F. (2022), *Capitalismo cognitivo y poder directivo digital*, en prensa

ALEMÁN PÁEZ F. (2022), *El teletrabajo ha venido para quedarse (bien, entre unos pocos)*, *La Provincia*, 11 julio, pp. 41-42

ALEMÁN PÁEZ F. (2022), *El trabajo a distancia en la post-pandemia (II)*, en [Jurisdicción Social](#), n. 230, pp. 8-35

ALEMÁN PÁEZ F. (2022), *El trabajo a distancia en la post-pandemia*, en [Jurisdicción Social](#), n. 229, pp. 13-38

ALEMÁN PÁEZ F. (2020), [Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos](#), en [Temas Laborales](#), n. 153, pp. 13-62

ALEMÁN PÁEZ F. (2017), *El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail N° 2016-1088»*, en *Trabajo y Derecho*, n. 30, pp. 12-33

ALEMÁN PÁEZ F. (2016), [Prestación de protección por cese de actividad de trabajadores autónomos económicamente dependientes. Comentario a la STS de 27 de octubre del 2015](#), en [Revista de Derecho de la Seguridad Social](#), n. 7, pp. 123-132

ALEMÁN PÁEZ F. (2004), *Grupos vulnerables. Procesos de formación y políticas sociolaborales*, en *Documentación Laboral*, n. 71, pp. 71-106

ÁLVAREZ CUESTA H. (2020), [Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia](#), en [Lan Harremanak](#), n. 43, pp. 175-201

AVANESSIAN A., REIS M. (comps.) (2017), *Aceleracionismo. Estrategias para una transición hacia el postcapitalismo*, Caja Negra

- AVANESSIAN A., REIS M. (2017), *Introducción*, en A. AVANESSIAN, M. REIS (comps.), *Aceleracionismo. Estrategias para una transición hacia el postcapitalismo*, Caja Negra
- BALLESTER PASTOR M.A. (2022), *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Tirant lo Blanch
- BINI S. (2021), *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo
- CAIRÓS BARRETO D.M. (2021), *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*, Bomarzo
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2022), [Corte declaró constitucional la ley 2088 de 2021, a través de la cual se habilita el trabajo en casa en situaciones ocasionales, especiales o excepcionales](#), Comunicado 15 junio, n. 19
- CRESPÍ FERRIOL M.M. (2021), *Trabajo a distancia transnacional*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, La Ley
- DA COSTA LEMOS A.H., DE OLIVEIRA BARBOSA A., PINHEIRO MONZATO P. (2020), [Mulheres em home office durante a pandemia da Covid-19 e as configurações do conflito trabalho-família](#), en *Revista de Administração de Empresas*, n. 6, pp. 388-399
- DE LA VILLA GIL L.E. (1966) *El trabajo a domicilio*, Aranzadi
- DE LAS HERAS GARCÍA A. (2021), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales*, CEF
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J., GÓMEZ GARCÍA F.X. (2021), *Nuevas tecnologías en los acuerdos marco globales*, Aranzadi
- FERREIRO REGUEIRO C. (dir.) (2022), *Nuevos desafíos sobre la negociación colectiva*, Aranzadi
- FERREIRO REGUEIRO C. (2015), *La conformación del teletrabajo en la negociación colectiva*, en L. MELLA MÉNDEZ (ed.), *Trabajo a Distancia y Teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Aranzadi
- GARCÍA MURCIA J. (2021), *El nuevo marco legal del trabajo a distancia*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, La Ley
- GIL PLANA J. (2021), *El tiempo de trabajo en el trabajo a distancia*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, La Ley
- GOERLICH PESET J.M. (2021), [El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras su reforma legal](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 2, pp. 5-29

- IGARTUA MIRÓ M.T. (2021), *Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n. 3, pp. 175-212
- LOUSADA AROCHENA J.F. (2021), *Prevención de riesgos en el trabajo a distancia (reconocimiento del derecho y modulaciones en su aplicación; prevención del acoso y la violencia de género: riesgos de exposición a pantallas de visualización)*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 14, pp. 74-97
- MARTÍN ESTEBARANZ E. (2022), *Cómo ligar el teletrabajo a un buen sistema DPO pasando el 'corte' de los tribunales*, en *Economist & Jurist*, 24 julio
- MARTÍN RODRÍGUEZ O. (2020), *El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*, en *Lan Harremanak*, n. 44, pp. 164-183
- MELLA MÉNDEZ L. (2017), *El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral*, en *IUSLabor*, n. 2, pp. 1-4
- MELLADO RUIZ L. (2021), *La nueva regulación del teletrabajo en las administraciones públicas: entre la urgencia y la flexibilidad "de mínimos" en tiempos de pandemia*, en *laadministracionaldia.inap.es*, 17 junio
- MIRANDA BOTO J.M., BRAMESHUBER E. (dirs.), *Negociación colectiva y economía de plataformas. Una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio*, Cinca, 2022
- MONREAL BRINGSVAERD E. (2021), *La voluntariedad del trabajo a distancia y su carácter reversible*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, X. THIBAUT ARANDA (dirs.), *El trabajo a distancia. Con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, La Ley
- MONTOYA MEDINA D. (2021), *Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 243, pp. 35-76
- MUÑOZ OSORIO A.I., AMÓRTEGUI MOLINARES V.R., ESGUERRA MUÑOZ G.I. (2018), *Teletrabajo*, en *Justicia Juris*, n. 1, pp. 25-31
- NOYS B. (2017), *Baila y muere: obsolescencia y aceleración*, en A. AVANESSIAN, M. REIS (comps.), *Aceleracionismo. Estrategias para una transición hacia el postcapitalismo*, Caja Negra
- OIT (2020), *COVID-19: Orientaciones para la recolección de estadísticas del trabajo. Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio*, Nota Técnica OIT, 22 Julio
- RIVAS VALLEJO P. (2022), *Inteligencia artificial y derechos fundamentales*, en J.L. MONEREO PÉREZ, P. RIVAS VALLEJO, M.N. MORENO VIDA, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Aranzadi
- RIVAS VALLEJO P. (2021), *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2020), *Luces y sombras del teletrabajo a domicilio en una nueva economía “de bajo contacto”*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 233, pp. 145-204
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M.L. (2020), *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Bomarzo
- RONCAL VATTUONE X. (2021), *Teletrabajo y capitalismo de vigilancia*, en *Telos – Revista Científica Arbitrada*, n. 1, pp. 177-192
- ROSA H. (2011), *Aceleración social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada*, en *Persona y Sociedad*, n. 1, pp. 9-49
- ROSA H. (2016), *Alienación y aceleración. Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*, Katz
- SALA FRANCO T., TODOLÍ SIGNES A. (2020), *La negociación colectiva y el teletrabajo*, en T. SALA FRANCO (dir.), *El teletrabajo*, Tirant lo Blanch
- SALAZAR PÉREZ R. (2020), *Pandemia y disciplinamiento social, autoencierro con miedos y controles de obediencia*, en *Revista Conjeturas Sociológicas*, n. 21, pp. 230-249
- SCHWAB K. (2016), *La cuarta revolución industrial*, Debate
- SHAFIK M. (2022), *Lo que nos debemos unos a otros. Un nuevo contrato social*, Paidós
- SIERRA BENÍTEZ E. (2011), *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES de Andalucía
- THIBAUT ARANDA X. (2000), *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES
- TRUJILLO PONS F. (2022), *La fatiga informática en el trabajo. Un riesgo nuevo y emergente: su tratamiento jurídico y preventivo*, Bomarzo
- USHAKOVA T. (2015), *El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, pp. 74-92
- VIZCAÍNO RAMOS I. (2021), *El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere*, Atelier

Trabajo de mayores y discriminación por edad

Jaime CABEZA PEREIRO*

RESUMEN: La discriminación por edad es un tópico de creciente interés en el marco del contrato de trabajo y de las relaciones laborales. Los estereotipos vinculados a las personas mayores producen un apartamiento de las empresas y las exponen a la extinción del contrato de trabajo. El riesgo de pérdida del empleo se agrava porque puede producir un desempleo de larga duración, con inciertas expectativas de retorno a la vida profesionalmente activa. Además, la desatención que las normas legales y los convenios colectivos prestan a los problemas del envejecimiento, en asuntos tales como la seguridad y la salud laborales o el tiempo de trabajo, genera entornos hostiles, con exposición adicional a riesgos psicosociales. La necesaria atención a tales problemas, así como las particulares necesidades de formación profesional de las personas mayores son objeto de atención en este artículo. Además, se reflexiona acerca de las reglas de Seguridad Social de compatibilidad entre trabajo y jubilación, cuya complejidad disuade muchas veces a los beneficiarios de pensiones de compatibilizarlas con trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena.

Palabras clave: Discriminación, edadismo, empleo, condiciones de trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. Edad y estereotipos. 2. En torno a la edad y la amenaza de la pérdida del empleo. 3. La extinción del contrato por motivo de edad. Otros incentivos al abandono. 4. Sobre la prevención de riesgos y, en particular, los riesgos psicosociales. 5. Sobre la formación profesional y las competencias digitales. 6. El envejecimiento activo y sus distintas manifestaciones en el Derecho interno. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidade de Vigo (España).

Work of Older Workers and Age Discrimination

ABSTRACT: Age discrimination is a topic of growing interest in the framework of the employment contract and labour relations. The stereotypes linked to older people produce a separation from companies and expose them to the termination of the employment contract. The risk of job loss is aggravated because it can lead to long-term unemployment, with uncertain expectations of returning to professionally active life. In addition, the neglect that legal regulations and collective agreements pay to the problems of aging, in matters such as occupational health and safety or working time, generates hostile environments, with additional exposure to psychosocial risks. The necessary attention to such problems, as well as the particular professional training needs of the elderly are the object of attention in this article. In addition, it reflects on the Social Security rules of compatibility between work and retirement, whose complexity often deters pension recipients from reconciling them with self-employment or subordinate employment.

Key Words: Discrimination, ageing, employment, working conditions.

1. Introducción. Edad y estereotipos

La normativa de la UE aprobada en desarrollo del art. 6 A TCE, introducido por el art. 2.7 del Tratado de Ámsterdam – actual art. 19.1 TFUE –, incorporó ya hace años un régimen sustantivo sobre la prohibición de discriminación por razón, entre otros motivos, de edad. La Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación general optó por la misma senda, iniciada treinta y tres años antes por el *Age Discrimination in Employment Act*, aprobada por el Congreso de USA en 1967, de centrar su atención en aspectos laborales¹. Aunque algunos de sus preceptos tienen un carácter general, aplicable a todos los motivos a los que se dirige, y otros aluden específicamente a motivos distintos de la edad, uno de sus preceptos, el art. 6, se refiere en concreto a él, para establecer reglas específicas sobre la justificación de diferencias de trato por finalidades legítimas. Entre ellas, el precepto hace referencia explícita a los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional y expresa seguidamente tres supuestos de diferencias de trato admisibles. No es objeto central de este estudio su análisis, ni tampoco el estudio del caudal de doctrina judicial que han provocado, a este respecto mucho más amplio que en relación con cualquiera otra de las causas contempladas en la misma Directiva².

Probablemente, en el ámbito de la doctrina académica laboral, cuando menos de la española, se ha producido un cierto descuido hacia los aspectos más etiológicos de la discriminación, quizá porque se ha polarizado el debate en alguna de sus consecuencias o de sus efectos indirectos – por ejemplo, en torno a la jubilación forzosa³, o a la selección de las personas

¹ En 2008 se publicó una propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM(2008)426 final, 2 julio 2008, al objeto de luchar contra los mismos motivos de discriminación en ámbitos distintos del empleo y de la ocupación. Sin embargo, no fructificó en una norma derivada, por motivos políticos que ahora no es necesario desarrollar.

² Sobre ella, *v. gr.*, M. AGÍS DASILVA, *Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo*, en J. CABEZA PEREIRO, B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ (coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Aranzadi, 2019. No está de más apuntar que el apartado 2 del art. 6 se refiere a un asunto no menos controvertido, como es el de los regímenes profesionales de la Seguridad Social en relación con la edad.

³ A este particular asunto me he referido recientemente en J. CABEZA PEREIRO, *Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, n. 96. En este estudio cito doctrina al respecto, en una materia tendencialmente cambiante a lo largo de los últimos años.

afectadas por un despido colectivo, como temas más destacados⁴ – y también porque el debate sobre la edad se ha focalizado sobre todo en cuanto a la pensión de jubilación y a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Por este motivo, me parece especialmente pertinente recordar de forma breve algunas ideas que ya he expresado en otros espacios⁵.

La discriminación por edad es, sobre todo, una discriminación por estereotipo, basada en la construcción social que sobre ella se ha producido. Pese a ser la circunstancia diacrónica por excelencia, se proyecta en particular, en cuanto al empleo y la educación, en dos extremos característicos de la vida activa. Por lo tanto, no en la edad de escolaridad obligatoria, anteriormente a los 16 años, ni tampoco en la de abandono definitivo del mercado de trabajo, con todo lo difuso que es el concepto actualmente, máxime en seguimiento de las políticas de envejecimiento activo.

Se proyecta, así pues, al comienzo de la vida activa. Tópicos como la inexperiencia, la falta de fiabilidad y compromiso o la incapacidad para liderar equipos y proyectos, entre otros prejuicios, se les presuponen a las personas jóvenes. Se trata, como es obvio, de presuposiciones que no necesariamente coinciden con la realidad, pero que, en definitiva, producen una minusvaloración de su trabajo y que, además, son muy eficaces en términos de ubicación de estas cohortes de edad en el *ghetto* del empleo precario y mal retribuido, cuando no del desempleo y la exclusión social. Si, además de la edad joven, se acumula la condición de mujer, se produce una discriminación múltiple o intersectorial que multiplica los tratamientos y las consecuencias perjudiciales. En realidad, y aunque no se abunde más sobre este asunto, la intersección entre sexo y género tiene una gran repercusión en el campo del empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo⁶.

Y se proyecta, sobre todo, en la edad madura, a partir de una edad difícil de definir *a priori*, pero sobre la que existe cierto consenso generalizado de que afecta a partir de los 45 años. En torno a ella se produce una confluencia de prejuicios de edad asimismo muy arraigados, que han sido unificados

⁴ Sobre este particular me parece muy interesante – si bien necesitaría ser actualizado años más tarde – el estudio de X. SOLÁ MONELLS, *La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo*, en T. TORRES-CORONAS, A. BELZUNEGUI-ERASO, J. MORENO-GENÉ, *1st International Virtual SBRLab Conference «Finding Solutions for a Post-Crisis Society». 9-11 December 2015, Tarragona-Spain*, Universitat Rovira i Virgili, 2015.

⁵ J. CABEZA PEREIRO, *Esteriotipos vinculados a la edad*, en J. CABEZA PEREIRO, B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ (coords.), *op. cit.*

⁶ Sobre este tema, M.B. CARDONA RUBERT, J. CABEZA PEREIRO, *La discriminación por edad sobre las mujeres mayores*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 59.

bajo el paraguas de la expresión “*ageing*” o “edadismo”. La falta de dinamismo y de capacidad para innovar, la incapacidad o falta de disposición para formarse y desarrollarse profesionalmente, la salud deficiente y pérdida de vigor físico, la presupuesta peor disposición para el trabajo en equipo o la carencia de competencias digitales y tecnológicas configuran un conjunto de calificativos que afectan indiscriminadamente a las personas de edad madura. A mayor abundamiento, estos estereotipos en no pocas ocasiones se adentran en el ámbito prescriptivo, y se llega a afirmar que no deben someterse a cambios o reestructuraciones, que no deben promocionar profesionalmente o que no deben re-cualificarse ya. Entre otros motivos, aunque no solo, porque ciertas medidas que les desfavorecen aparecen revestidas de una racionalidad económica, o cuando menos de una presunta racionalidad económica.

Estos estereotipos son, por otra parte, profundamente agresivos, porque tienden a ocultar la vejez y, en general, los signos del paso del tiempo. De modo que, en la empresa y fuera de ella, las personas tienen que parecer y comportarse como si fueran jóvenes e invisibilizar dichos signos. La juventud como paradigma conduce a la anomalía de todo lo que no se asocie a ella, en participar en determinados sectores en los que no hay espacio para la edad madura. Desde esta perspectiva, la vejez no existe o, si existe, se oculta y se actúa como si no existiese. Cuando emerge, es eliminada de raíz como un elemento extraño y ajeno a la actividad productiva de que se trate.

Desde una perspectiva próxima, pero distinta, la discriminación por edad se puede producir por indiferenciación. Es decir, el efecto perjudicial hacia los y las mayores se debe en este caso a que no se tiene en cuenta como criterio distintivo, a veces necesario y conveniente. En efecto, la situación específica de trabajadores y trabajadoras maduros requiere tratamientos diferenciados, en asuntos tales como seguridad y salud en el trabajo, exigencias físicas y ergonómicas del puesto que desarrollan, evaluaciones médicas o derechos formativos, entre las condiciones más obvias. Por lo tanto, la desconsideración de la edad puede resultar igualmente discriminatoria.

2. En torno a la edad y la amenaza de la pérdida del empleo

La precariedad laboral en la edad madura tiene sobre todo que ver con el riesgo de pérdida del empleo. Tal vez la exposición a esa pérdida no sea mayor que la de otras personas más jóvenes, pero sus efectos tienen mucha más gravedad en términos de amenaza del desempleo de larga duración y

de dificultades casi insalvables para retornar al mercado de trabajo⁷. Es cierto que la población joven está mucho más expuesta estadísticamente a los contratos temporales y a los contratos a tiempo parcial y que la mayor en edad ostenta en términos estadísticos datos por debajo de la media total en ambos tipos de contratos precarios. Pero también lo es que esta tiene unos muy fundados temores de ver extinguidos sus contratos, ante la incertidumbre de su vuelta a la actividad por cuenta ajena.

Las dificultades son especialmente notables en el sector de la mano de obra directa, a causa de la pérdida de capacidad física o del deterioro de la salud. Es indudable que la aparición de ciertas patologías musco-esqueléticas viene asociada al desgaste progresivo derivado de los años de actividad física, del mismo modo que la pérdida de vigor y fortaleza conforman circunstancias asociadas al progresivo envejecimiento, con las diferencias evidentes entre unos individuos y otros. Además, los tópicos sociales también desempeñan en estos ámbitos un papel importante, quizá no tanto en lo referente al mantenimiento del contrato, pero sí en la contratación de trabajadores y trabajadoras más allá de cierta edad (orientativamente, los 45 años). Si a estos problemas se suma que se trata del segmento de la población activa con cualificaciones más bajas, la exposición a la pérdida de sus contratos de trabajo es un riesgo de una enorme gravedad.

Es evidente que, en esas edades, la frecuencia de los despidos formalizados por diferentes causas, a veces económicas, técnicas, organizativas o de producción, otras apelando a motivos disciplinarios, en ocasiones mediante extinciones de contratos de trabajo de duración determinada que se han extendido a lo largo de la vida activa de las personas afectadas mediante encadenamientos interminables, es muy intensa. Normalmente, el entorno de los 50 años constituye un umbral de gran exposición, una edad muy alejada de la ordinaria de jubilación y que propone, en consecuencia, un reto para el mercado de trabajo de gran envergadura, la re-absorción de estos colectivos.

En otro orden de ideas, existe una sobre-exposición de los trabajadores de mayor edad a las extinciones de contratos en el marco de las re-estructuraciones de plantilla y de los despidos colectivos. A diferencia del fenómeno anterior, este es más transversal, porque afecta al margen de las cualificaciones y de la clasificación profesional y tiene que ver en exclusiva con la proximidad, más o menos remota, con la edad socialmente establecida como normal de abandono del mercado de trabajo. Ha habido tradicionalmente varios motivos para esta desproporcionada afectación de

⁷ Sobre estos asuntos, S. BENTOLILA, J.I. GARCÍA-PÉREZ, M. JANSEN, *El paro de larga duración de los mayores de 45 años*, en *Papeles de Economía Española*, 2018, n. 156.

las personas maduras⁸, en los que se entrecruzan supuestos intereses de las empresas y de la representación de las personas trabajadoras. Por ejemplo, y por un lado, la conveniencia de rejuvenecer las plantillas, de extinguir los contratos con mayores salarios y con más desproporción entre salario, rendimiento y productividad, y de abordar profundos procesos de cambio en la manera del producir. Por el otro, la protección de los intereses colectivos más sensibles, que aconsejan extinguir los contratos de quienes más facilidades puedan tener de obtener prestaciones sociales que enlacen en el medio plazo con la jubilación, o el supuesto interés general del grupo de personas maduras, a las que se les presume una voluntad de apartarse del mercado de trabajo, sin diferenciar las expectativas individuales. El TC ha avalado en alguna ocasión estas prácticas, desde la perspectiva de que no constituyen en sí mismas una discriminación prohibida. En esa sentencia, la selección de las personas más próximas a la edad de jubilación – aquellas que alcanzaran la edad de 55 años –, como uno de los cuatro criterios acordados en fase de consultas entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, se consideró conforme con el derecho a la no discriminación del art. 14 porque estaba justificada objetivamente y era proporcionada en el contexto de un adecuado reparto de los sacrificios⁹. La fundamentación jurídica, leída con atención, sugiere que difícilmente se reputarán como discriminatorias esas extinciones cuanto se produzcan al amparo del art. 51 e incorporando las medidas contempladas en él.

En este contexto, las extinciones, sean colectivas, en el marco de un expediente de regulación de empleo, o sean individuales, vienen en muchas ocasiones rodeadas de ofertas de acogimiento voluntario en determinadas condiciones presuntamente favorables, vinculadas al requisito más o menos explícito de una edad mínima. De tal forma que todavía resulta más difícil esgrimir un tratamiento discriminatorio hacia las personas mayores. Ahora bien, en estos escenarios es preciso distinguir la voluntad libre de la voluntad viciada y analizar el entorno en el que se expresa la voluntad de incorporarse a la medida. Las posibles presiones e incluso coacciones que pueden padecerse ya procedan de la propia empresa, ya de la representación

⁸ Una interesante exposición en F. CEGARRA CERVANTES, *Despido colectivo y discriminación por razón de edad*, en www.net21.org, 12 mayo 2022.

⁹ En la STC 66/2015, de 13 abril, se consideró adecuada y suficiente la justificación derivada de los menores sacrificios que se les irrogaban a las personas afectadas por motivos de su mayor acceso a medidas de protección social. Aunque se trata de un supuesto de hecho concreto, la argumentación utilizada tiene general aplicación, siempre que la selección se complemente con las medidas previstas en el art. 51 ET (convenio especial y aportación al Tesoro Público). De hecho, la única medida singular expresada en la fundamentación jurídica, por lo demás común a muchos acuerdos en fase de consultas, consistía en una mejora de la prestación de desempleo.

legal de los trabajadores, generan dudas acerca de la compatibilidad de esas circunstancias con la igualdad y no discriminación por edad. Podría esgrimirse que difícilmente es discriminatorio el sistema formalmente establecido de adscripción voluntaria si no lo es la adscripción decidida por la empresa. Ahora bien, ese “entorno”, si es particularmente coactivo e incluso violento, podría encajar en el concepto de acoso de edad contenido en el art. 28.1.d de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, como norma de trasposición de la Directiva 2000/78/CE¹⁰.

Sobre estos extremos no se ha producido ninguna doctrina judicial relevante¹¹, pero debería plantearse la calificación jurídica que corresponde a situaciones como las descritas, en las que la negativa de una persona trabajadora a adherirse a un plan de “prejubilaciones”, de “bajas incentivadas”, de “extinciones ofrecidas” o expresiones similares se produce en un contexto de cierta presión favorable al abandono de la empresa y es respondida con medidas perjudiciales para ella. Hay sectores en los que tales prácticas se compaginan con graves tensiones hacia los trabajadores en activo, con imposición de objetivos cada vez más ambiciosos, que se confunden con medidas de hostigamiento destinadas al abandono de la entidad. El abandono quizá no tenga como principal destinatario al prototipo de trabajador mayor, pero no cabe duda de que es el colectivo más afectado.

En todo este haz de problemas se entremezclan, como se ha expresado, todos los estereotipos que conforman la discriminación por edad. La situación vulnerable en la que se encuentran, así pues, las personas mayores, anima un debate que debería producirse sobre la protección frente al despido y sobre la conveniencia de introducir alguna medida – más – que las ampare en el empleo. Como es sobradamente conocido, solo el art. 51 ET ha introducido dos reglas que las afectan directamente: por un lado, la exigibilidad de que las empresas les financien un convenio especial cuando el despido colectivo no se produce en el seno de un procedimiento concursal, restringida a quienes ya hayan alcanzado los 55 años¹². Por otro, la obligación de realizar una aportación al Tesoro Público cuando el despido

¹⁰ «Toda conducta no deseada relacionada con [...] la edad [...] de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo».

¹¹ Es muy ilustrativa, aunque no en el contexto de una discriminación por edad, la STSJ Comunidad Valenciana 5 junio 2018 (rec. sup. 1483/2018), relativa a una conducta de acoso sistemático que se desencadena a partir de que el trabajador no se acoge a un plan de bajas incentivadas producido en el contexto de un expediente de regulación de empleo.

¹² Art. 51.9 ET, DA 13ª LGSS y art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social. Se entiende que esta edad se refiere a la fecha de efectividad del despido.

colectivo afecte a alguna persona que haya alcanzado los 50 años de edad, aunque solo en los casos previstos por la DA 16ª de la Ley 27/2011, de 1º agosto¹³.

En un sentido opuesto ha actuado, aunque indirectamente, la reforma laboral de 2012. Resulta obvio que la limitación de la indemnización máxima por despido improcedente a 24 mensualidades, aun con las reglas de la DT 11ª ET, afecta con particular intensidad a trabajadores y trabajadoras mayores, al erosionar de forma sustantiva su estabilidad en el empleo, y lo hará más en tanto en cuanto dicha disposición transitoria vaya perdiendo eficacia. Por consiguiente, ese debate se ha reforzado¹⁴. Se ha propuesto, por ejemplo, una mayor protección mediante una reforma de la normativa sobre despido que incremente la tutela real en favor de las personas mayores, o que aumente las cuantías de las reparaciones económicas, o que produzca una combinación de ambas medidas¹⁵.

Asimismo, se plantea la posibilidad de que se establezcan preferencias en el mantenimiento del empleo en favor de la población activa mayor. A este respecto, la normativa no ha avanzado nada al respecto, más allá de encomendar esta protección a la negociación colectiva, para que actúe en defensa de ciertos colectivos vulnerables. Desafortunadamente, no hay experiencia alguna en los convenios en cuanto al asunto de la edad, salvo alguna referencia muy aislada¹⁶.

3. La extinción del contrato por motivo de edad. Otros incentivos al abandono

La jubilación forzosa constituye un tópico sobre el que resulta imposible sustraerse al hilo de una reflexión acerca de la discriminación por edad y del trabajo de las personas mayores. Ahora, se va a evitar un análisis exhaustivo

¹³ Desarrollada por RD 1484/2012, de 29 octubre.

¹⁴ Resulta muy significativo en LABS DEMOGRAFÍA, *Libro Blanco. Talento Senior*, Fundación SERES, 2021. Sin duda, la apelación al “talento senior” plantea la aporía de que si solo los trabajos y los trabajadores cualificados deben ser defendidos. Por otra parte, este documento, procedente de un grupo de entes corporativos empresariales, no promueve, desde luego, ninguna reforma que mejore la estabilidad en el empleo de las personas senior. Lo cual no le resta interés, ni a su parte descriptiva ni a su parte propositiva.

¹⁵ Véase una propuesta en este sentido en C. VIQUEIRA PÉREZ, *El Derecho del Trabajo y su reforma en el contexto Post Covid*, en AA.VV., *Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, p. 39.

¹⁶ *V. gr.*, art. 52.7 del Acuerdo Marco estatal del sector de la pizarra (en BOE, 30 mayo 2022).

de la normativa vigente, que ha sufrido grandes cambios hasta la actual redacción de la DA 10ª ET, que procede de la DA 1ª de la Ley 21/2021, de 28 diciembre. Más bien se trata de formular una reflexión sobre las relaciones que mantiene con la discriminación por edad, una vez que la doctrina del TJUE haya declarado sin ninguna duda su adecuación con la Directiva 2000/78/CE, incluso en relación con normativas internas pretéritas y mucho más flexibles para con ella¹⁷.

Las cláusulas sobre extinción del contrato por edad constituyen un equilibrio entre diversos intereses de las diferentes partes afectadas: de un lado, la empresa, que ha mantenido en el empleo hasta entonces a la persona trabajadora y aspira a tener algunas certidumbres acerca de la extinción de su contrato y, seguramente, proveer su sustitución o incluso la amortización del puesto. De otro, la propia interesada, que tal vez prefiera mantenerse activa en la empresa, en condiciones aceptables, por motivos diversos que van desde la mejora de sus expectativas de pensión hasta el mantenimiento de su ocupación, total o parcialmente. De otra, el sistema público de pensiones, que probablemente incentive un retraso en la edad de jubilación, por motivos de sostenibilidad. De otra, la representación de los trabajadores, sindical o no, que negocia el convenio, que pretenderá establecer requisitos de empleo y de sustitución de las personas que se jubilan. El asunto del empleo concierne, además, a los poderes públicos competentes en la materia. En ese equilibrio de expectativas, las de unas partes y otras deben limitarse recíprocamente, pero sin olvidar que el interés de la persona trabajadora debe ser suficientemente salvaguardado, aunque no en términos absolutos.

Por otra parte, no debe olvidarse que esta causa extintiva confluye con otras, objetivas y disciplinarias, que pueden activarse como alternativas cuando no es accesible la jubilación forzosa. Además, los trabajadores que hayan trascendido los umbrales de edad socialmente considerados como ordinarios para abandonar la empresa son víctimas propiciatorias de los estereotipos derivados del “edadismo”, añadidos a una más que probable y constatable disminución de la productividad y del rendimiento, que puede añadir racionalidad económica y sustento jurídico a una decisión extintiva de la empresa.

Ante este sumatorio de intereses y circunstancias, algunos sistemas han optado por retirar las garantías frente al despido injustificado a partir de una

¹⁷ En particular, a partir de la STJUE 16 octubre 2007, asunto C-411/05, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios S.A.* La jurisprudencia posterior, que no se ha vuelto a pronunciar sobre la DA 10ª ET muestra, en todo caso, una postura flexible, sobre la que ahora no se hace necesario formular una recapitulación, pero de la que se deduce, sin duda, esa clara adecuación.

determinada edad relacionada con la ordinaria de jubilación¹⁸. Otros, por permitir la jubilación forzosa en la legislación como un ingrediente del contrato para toda la vida laboral entre la empresa y la persona trabajadora¹⁹. Por su parte, la normativa española tiende a restringir la jubilación forzosa, demorarla, con ciertas excepciones, a los 68 años e introducir requisitos exigentes de mantenimiento del empleo.

Con tales ingredientes, difícilmente puede concluirse que puede haber atisbo alguno de discriminación. A falta de que la negociación colectiva desarrolle las reglas que considere oportunas y sin perjuicio de la regla de la DT 9ª ET, da la impresión de que la reforma de 2021 se orienta hacia coadyuvar en el retraso de la edad real de jubilación, promoviendo unas cláusulas que normalicen la extinción del contrato a los 68 años, al margen de los casos de sectores con subrepresentación femenina. Esa impresión se refuerza considerando el contexto en el que se reforma la DA 10ª ET, pues no cabe duda de que las demás reformas de 2021 se dirigen hacia una finalidad próxima.

Más bien, si alguna crítica en términos de trato peyorativo hacia las personas maduras cabe hacer a las últimas reformas de Seguridad Social, sería que insiste en desproteger a las personas sin empleo que no han podido acceder al subsidio para mayores de 52 años y que no han cumplido la edad ordinaria de jubilación. La imposibilidad de acceder a la jubilación anticipada mal llamada “voluntaria”, derivada de la exigencia de alcanzar la pensión mínima sin requerir complemento para alcanzarla – art. 208.1.c LGSS –, produce brechas de pobreza en la población adulta en una edad próxima a la ordinaria de jubilación. Es verdad que existe una justificación en términos de sostenibilidad del sistema expresamente esgrimida por el Gobierno²⁰, pero que plantea sin duda la proporcionalidad de una limitación que ya procede de la Ley 27/2011. Está por ver si el Ingreso Mínimo Vital ocupa ese espacio y genera protección suficiente.

Retornando al contrato de trabajo, un haz de reflexiones distinto se refiere a medidas de convenio colectivo que incentivan la dimisión del contrato en edades anteriores a la de jubilación ordinaria a través de compensaciones

¹⁸ Por ejemplo, en cuanto al sistema británico, C. KILPATRICK, *Age, Retirement and the Employment Contract*, en *Industrial Law Journal*, 2007, vol. 36, n. 1

¹⁹ R. SAKURABA, *The Amendment of the Employment Measure Act: Japanese Anti-Age Discrimination Law*, in *Japan Labor Review*, 2009, vol. 6, n. 2, especialmente p. 71 ss. Debe matizarse, con todo, que la legislación más reciente ha elevado la edad en la que la jubilación forzosa es permisible hasta los 70 años, mediante una reforma de 2021 al *Labour Standards Act* (cfr. ATSUMI & SAKAI, *Employment Law Overview. Japan 2021-2022*, 2021, pp. 4-5).

²⁰ Véase STJUE 21 enero 2021, asunto C-843/19, *Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S.) c. BT*.

económicas decrecientes a medida que se aproxima dicha edad ordinaria. Estas medidas tienen que estar adecuadamente relacionadas con las reglas de jubilación anticipada para que sean efectivas y, además, resultar suficientemente atractivas para vencer las reticencias derivadas de las penalizaciones previstas para la jubilación anticipada voluntaria. Indudablemente, las reformas que ha introducido la Ley 21/2021 en esta materia imponen un rediseño de las cláusulas, para adaptarlas a los nuevos equilibrios legales.

A este respecto, es importante destacar que los convenios colectivos desempeñan un papel anti-cíclico, pues tienden a fomentar aquello que la normativa, alineada con las recomendaciones europeas, restringe. En el fondo, es algo parejo con lo que sucede con los acuerdos en fase de consultas que, a la postre, enganchan los ceses voluntarios e involuntarios con la jubilación anticipada a través de resortes públicos y privados de protección social. Aunque debe añadirse que la LGSS incentiva en estos casos la jubilación anticipada, cuando la DA 13ª limita la obligación de la empresa de financiar el convenio especial hasta la edad de 61 o 63 años, si bien ahora no hay una correspondencia adecuada entre dicha disposición adicional y los arts. 207 y 208 LGSS. En realidad, puede decirse que otro tanto sucede con el texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones²¹, a la vista de su art. 8.1 y preceptos concordantes. Dicho en otros términos, la legislación del segundo pilar de protección social promueve o al menos facilita el abandono anticipado del mercado de trabajo. O, si se prefiere, lo que la legislación de Seguridad Social pública desincentiva, lo incentiva la normativa del referido segundo pilar.

Tampoco son sencillas las relaciones de la jubilación parcial anticipada con el abandono, en este caso parcial – al menos formalmente – del mercado de trabajo. Las tendencias legales sobre esta institución son algo contradictorias, en un contexto en el que, desde ya décadas, la UE ha favorecido el tránsito progresivo desde la vida activa al abandono del mercado de trabajo²². La normativa ha sido, por una parte, restrictiva, en términos de rigidez de la jornada, cotización por las bases que corresponderían si se hubiese mantenido el trabajo a tiempo completo y vigencia del contrato de relevo, ya sea a tiempo parcial o completo, o ya se trate de un contrato indefinido. Pero, por otra, ha admitido generosamente la aplicación de una normativa anterior a 2013, que ha sido además interpretada con amplia flexibilidad por la doctrina judicial, para trabajos de

²¹ RDL 1/2002, de 29 de noviembre.

²² Véase, entre los documentos recientes, COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre el Envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*, 27 enero 2021, COM(2021)50 final.

mano de obra directa, mediante unas reglas que mantienen su vigencia hasta el 1º enero 2023²³. Con todo, debe reconocerse que, a partir de 2023, la accesibilidad a la jubilación parcial anterior al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación se volverá mucho más angosta.

En resumen, aunque hay importantes matices tanto en la legislación como en la negociación colectiva, puede decirse que las tendencias apuntan hacia la restricción de la jubilación anticipada y el incentivo de la demora en el apartamiento definitivo del mercado de trabajo. En este sentido, los problemas se centran básicamente en las personas mayores sin empleo, que pueden quedar postergadas y expuestas a situaciones de pobreza. Pero, desde otra perspectiva, la expectativa de una población madura con más índice de empleo y más retrasado abandono del mercado de trabajo multiplica la exposición a situaciones de discriminación por razón de edad y plantea el reto de unas políticas más activas de lucha contra la misma.

4. Sobre la prevención de riesgos y, en particular, los riesgos psicosociales

Probablemente, una de las condiciones más esenciales en cuanto al mantenimiento del empleo y a la no discriminación de las personas mayores se refiere a la prevención de riesgos laborales y a la seguridad y la salud en el trabajo. Pero, por desgracia, ni la legislación ni la negociación colectiva se han ocupado de los problemas relativos a la edad en esta materia. Puede decirse, por consiguiente, que se produce una discriminación por indiferenciación, porque el silencio de las fuentes normativas produce, a la postre, una desprotección y un perjuicio para ellas.

Las buenas condiciones de seguridad y salud tienen una importancia decisiva en el mantenimiento en el empleo de las personas mayores. El espectro de asuntos que deberían considerarse es muy variado, y abarca desde la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva²⁴ hasta los aspectos técnicos y concretos. Debe destacarse que las personas mayores no son en absoluto colectivos especialmente sensibles como lo son, por ejemplo, las personas con diversidades funcionales. Lo cual estaría bien si no hubiera conducido a una casi absoluta *age blindness* por parte de la negociación colectiva.

Tienen especial importancia, sin duda alguna, todos los aspectos relativos

²³ DT 4ª.6 LGSS.

²⁴ Algún ejemplo al respecto, teniendo en cuenta el umbral de edad de 55 años, art. 47 del IX Convenio Colectivo de Ilusión Outsourcing (en *BOE*, 15 abril 2021).

al tiempo de trabajo. Por ejemplo, asuntos de posible exclusión del trabajo nocturno o del trabajo a turnos, en los que hay cierto recorrido en el sector sanitario, pero que apenas aparecen en los convenios vigentes²⁵. Asimismo, resultan trascendentes las regulaciones de la reducción de la jornada, aunque en la negociación colectiva están totalmente polarizadas en el tópico de la jubilación parcial. Probablemente, la definitiva superación del período transitorio contemplado en la antes referida DT 4ª LGSS fuerce a los convenios a establecer otro tipo de medidas diferentes para permitir que las personas mayores puedan mantenerse parcialmente en activo. La técnica del convenio especial total o parcialmente financiado por la empresa puede ser, a este efecto, una alternativa interesante.

También son trascendentes los contenidos relativos a la ergonomía, como cuestión de adaptación del trabajo a la persona en seguimiento de los principios de la acción preventiva del art. 15 de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales. Y, muy en particular, todos los que tienen que ver con el esfuerzo físico y la progresiva pérdida de capacidades derivadas del transcurso de los años. Por ejemplo, tiene relevancia todo lo referido a riesgos dorsolumbares, levantamiento de cargas, o más en general, a los trabajos que exigen determinados requisitos físicos o la evaluación de las capacidades de las personas en pruebas de resistencia, velocidad o esfuerzo²⁶.

Y, por supuesto, otro asunto de relevancia mayúscula es el de los riesgos psicosociales. Ya se ha hecho alusión suficiente a los estereotipos que rodean la edad madura y la discriminación de la que son objeto las personas mayores en la empresa. En este contexto, es fácil predecir que son víctimas propiciatorias de las diferentes formas de estrés. Particularmente, el síndrome de *burn-out*, las más de las veces asociado a la falta de perspectivas profesionales y a la ausencia de unas políticas suficientes de formación y de readaptación profesionales, les afectará como colectivo vulnerable. Y, asimismo, como ya se ha insinuado, las diferentes manifestaciones de la violencia y del acoso en el trabajo, en particular cuando se entrecruza la edad con otros motivos de discriminación.

En consecuencia, la perspectiva de edad debería ser tenida en cuenta en una adecuada política de seguridad y salud en la empresa. De la misma forma que se ha diseñado cierta dimensión de género en torno a la prevención de

²⁵ Una excepción, *v. gr.*, art. 60 del Convenio Colectivo de Manufacturas y Accesorios Eléctricos (en *BO Comunidad de Madrid*, 7 diciembre 2020).

²⁶ Sobre estos asuntos, y como ejemplos aislados, art. 58 del Convenio Colectivo de Empresas de Ayuda a Residencias de la Tercera Edad (en *DO Generalitat Valenciana*, 27 julio 2015) y art. 43 del Convenio Colectivo de la Agencia del Medio Ambiente y del Agua de Andalucía (en *BO Junta de Andalucía*, 20 diciembre 2018).

riesgos, algo similar debería suceder con la edad. El concepto de adaptaciones razonables que, aunque procedente de otros ámbitos, ha encontrado eco especial en la discriminación por discapacidad, debería ser igualmente fértil en el ámbito de la edad, a los efectos de que las condiciones del puesto de trabajo no constituyan un problema para el mantenimiento del puesto de trabajo. Se trata de un tópico que trasciende, sin duda, el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, pero que encuentra en él su desarrollo más importante.

5. Sobre la formación profesional y las competencias digitales

Ya se ha puesto de manifiesto que el acceso a la formación de los trabajadores mayores encuentra particulares dificultades. En cuanto al concreto ámbito de las competencias digitales, confluyen esas dificultades con los estereotipos relativos a su desinterés y a su incapacidad para adaptarse a la revolución tecnológica y, en concreto, a la progresiva digitalización. Ahora bien, como afirmación general, debe reconocerse que necesitan una alfabetización digital para adaptarse a un medio nuevo, que no les es propio, sino que han tenido que “inmigrar” a él. Como se ha afirmado, la edad es un claro predictor del uso de la tecnología²⁷. Ya se trate de las competencias básicas, ya de las más avanzadas, y tanto en el contexto de la utilización social como de la profesional, los trabajadores y las trabajadoras de edad avanzada se encuentran en una posición clara de desventaja en relación con los “nativos digitales”.

Pero esta brecha de edad no debe magnificarse, pues, como se ha dicho, tiene bastante de estereotipo. Por supuesto, debe concederse que las personas maduras están en una situación de partida desventajosa en relación con las más jóvenes, que ya se han desarrollado en entornos de mayor impacto tecnológico. Sin embargo, esa supuesta indiferencia, desinterés por aprender, incapacidad de hacerlo o de aprovechar eficazmente los recursos digitales y tecnológicos no afecta por igual a todas las personas de una misma cohorte generacional, ni todas ellas padecen limitaciones en relación con las generaciones más jóvenes. Sin embargo, aleja a los trabajadores maduros de los sectores con mayor dinamismo tecnológico y de los puestos más relacionados con las tecnologías digitales, a causa de los prejuicios en torno a las habilidades y competencias de las personas en función de su edad.

²⁷ J. CABEZA PEREIRO, *La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 155.

La formación en competencias digitales tiene un claro sesgo transversal, porque afecta, más que a la dimensión profesional, a la propia integración social de los individuos. Desde la perspectiva estrictamente laboral, el aprendizaje digital ostenta una importancia sobresaliente para el mantenimiento del empleo, como reconoce expresamente la DA 25ª ET. El vínculo de la digitalización con la empleabilidad de las personas tiene una particular importancia en el contexto de las cualificaciones intermedias, porque son las más afectadas por el desarrollo creciente de los sistemas de gestión algorítmica de las empresas, derivado de la revolución digital. Sin lugar a dudas, tales afirmaciones afectan a toda la población activa, pero de modo particular a la de mayor edad, cuya formación en el empleo debe orientarse sobre todo a mantener lo más intactas posible y mejorar sus competencias a través de unas acciones que, precisamente, deben orientarse a la dimensión profesional de la realidad virtual.

Sin duda, la obsolescencia de las competencias se manifiesta como uno de los mayores peligros para la empleabilidad de los trabajadores y las trabajadoras de mayor edad. Ya se ha puesto de manifiesto su exposición a la pérdida del empleo, pero es importante enfatizar que la falta de procesos suficientemente efectivos de recualificación es una de las causas no menores del desempleo de larga duración. Se ha dicho, con razón, que hay un haz importante de trabajos manuales o de intervención humana directa menos afectados en su mantenimiento por la digitalización en cuyo seno se sufrirán menos esas amenazas. Aun admitiendo ese vector de la realidad, incluso en él la formación en estas competencias tiene gran trascendencia, acaso salvo en el ámbito de los trabajos de nula cualificación. En consecuencia, la necesidad de intensificar los contenidos digitales en la formación para el empleo, en particular la destinada a las personas desempleadas de larga duración en el contexto de programas tales como la renta activa de inserción, constituye una necesidad indiscutible.

6. El envejecimiento activo y sus distintas manifestaciones en el Derecho interno

En cuanto al tópico del envejecimiento activo, en él se entrecruzan necesariamente las consideraciones de Seguridad Social y de sostenibilidad del sistema de pensiones como debates fundamentales. Asimismo, se plantea una crítica razonable, centrada en la dimensión casi exclusivamente “productivista” con que se afronta en Europa, postergando una dimensión más “ciudadana”, “política” o “social” de la participación colectiva de las personas mayores. Ambas perspectivas merecerían, sin duda, una

consideración específica y diferenciada. Sin embargo, de lo que se trata ahora es de perfilar, aunque en el contexto de las relaciones entre el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena y la pensión de jubilación, el marco en el que es posible el mantenimiento de la actividad profesional alrededor o más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Se trata de un esfuerzo de un marcado cariz técnico que excede del objeto de estas reflexiones. Por ese motivo, no se van a exponer en detalle todas las exigencias que impone la legislación de Seguridad Social, sino que se van a apuntar las principales reglas generales, en un contexto en el que, por otra parte, falta cierta coherencia, como consecuencia de que, en el fondo, el modelo de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación no está adecuadamente definido. Tan solo hay una convicción de que esa compatibilidad debe favorecerse, aunque dentro de ciertos límites insuficientemente precisados.

Por otra parte, y como ya se ha expresado, la actividad en esos umbrales de edad, particularmente si es por cuenta ajena, requiere de un entorno favorable en el que se desarrolle una adecuada política de seguridad y salud en el trabajo, unas razonables medidas de flexibilidad en el tiempo de trabajo y, sobre todo, una integración laboral de personas mayores en un contexto en el que la no discriminación por edad se haya integrado adecuadamente en los principios y valores de la empresa. Sin estas condiciones previas, parece evidente que las reglas de compatibilidad no serán suficientes, salvo en los casos en los que la demora de la jubilación o, alternativamente, el retraso en el abandono del trabajo tenga más que ver con situaciones de necesidad económica o de mejora de los derechos pasivos para que la pensión final pueda ser suficiente para una existencia digna.

Con esos presupuestos, puede decirse que la legislación de Seguridad Social ha adoptado algunas iniciativas que, en principio, no deberían plantear demasiadas reticencias. Entre ellas, por ejemplo, la posibilidad de desarrollar una actividad por cuenta propia cuyos ingresos no sean superiores al SMI en cómputo anual, que no se somete a condición alguna en relación con el tipo de jubilación de que se trate. O también la jubilación parcial después de haberse alcanzado la edad ordinaria de jubilación²⁸, que asimismo no se condiciona a otros requisitos distintos de los de los umbrales de jornada establecidos en el art. 215 ET. Claro que esta modalidad de jubilación tiene un difuso espacio a la vista de las nuevas medidas de compatibilidad, si bien puede encontrarlo en el segmento de

²⁸ Ahora se omite la jubilación parcial anticipada, sobre la que ya se han formulado suficientes comentarios.

edad entre la jubilación ordinaria y la forzosa de la DA 10ª ET. En todo caso, una y otra medida tienen una finalidad próxima: que un trabajador o trabajadora por cuenta propia o por cuenta ajena mantenga parte de su actividad una vez que se ha acogido a la pensión de jubilación, aunque en el segundo caso con una merma parcial de la misma.

Más allá de tales supuestos, aparecen una pluralidad de excepciones a la regla general de la incompatibilidad predicada en el art. 213 LGSS que, a la postre, la ponen en entredicho. Quizá sea razonable invertirla y convertir la compatibilidad en la regla y no la excepción, pero mediante un sistema claro y equitativo. Por ejemplo, hay que referirse al sistema de compatibilidad del trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena con el 50 por 100 de la pensión, o del 100 por 100 en el caso de las personas autónomas empleadoras (art. 214 LGSS). Al margen de su desarrollo futuro, pues no es una regulación acabada y definitiva²⁹, habría que discutir sus límites, en el sentido de si no habría que “topar”, como se hace en otros modelos europeos, el límite de ingresos para que se mantuviera la compatibilidad³⁰. Además, sería adecuado reflexionar sobre su engarce adecuado con las demás medidas establecidas, en torno a la exigencia de superarse en un año la edad ordinaria de jubilación.

Más criticables son, por configurarse como regímenes de privilegio, las reglas de compatibilidad absoluta que afectan a profesionales pertenecientes a mutualidades alternativas al sistema de Seguridad Social³¹ o de la creación artística y cinematográfica³². La flexibilidad con que se articulan no es propia de modelos razonables y sostenibles, sino solo de colectivos destinatarios del favor de ciertos Gobiernos de turno.

El cuadro, en definitiva, es difuso y deficientemente estructurado. La complejidad de las reglas y su difícil conocimiento e interpretación propician que, a la postre, se dificulta la opción por una alternativa clara, segura y permanente en el tiempo. Quizá haya de justificar estas deficiencias aduciendo que el sistema español está en tránsito desde una rígida incompatibilidad hasta unas reglas de compatibilidad flexible. Sin embargo, los requisitos engorrosos – cuyo comentario detallado se ha omitido – y la mejorable coordinación entre unas y otras alternativas, son otros tantos

²⁹ Así se deduce claramente de la DF 6ª-bis LGSS.

³⁰ Aunque no esté totalmente actualizado, me remito a mi estudio *Estado actual de la compatibilidad entre trabajo y jubilación en Europa*, en J. CABEZA PEREIRO, M.A. BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2009.

³¹ DA 37ª, Ley 27/2011.

³² DF 2ª, RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía y RD 302/2019, de 26 de abril.

problemas. Si a ello se une que el modelo general está planteado casi en exclusiva desde el punto de vista de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y no desde el de la promoción de la actividad profesional de las personas mayores, se entiende la confusión que produce. Por desgracia, esta confusión provoca que, en la realidad, el mantenimiento de dicha actividad es casi marginal entre las personas receptoras de pensiones de jubilación. Se trata de un asunto sobre el que habría que producir estadísticas fiables para que la normativa se fuera adaptando y adecuando a fin de que sea eficaz también en cuanto al *active ageing*.

7. Conclusión

Mantener la actividad laboral o profesional en la edad madura no es una tarea fácil. Existe una pluralidad de circunstancias que la complican y que empujan, a veces con fuerza, al abandono. En el centro de los problemas se erige, como se ha expresado en el propio título de este estudio, la discriminación que afecta a las personas mayores, a causa de unos estereotipos que tienden a arrinconarlas en la sociedad y, por lo que aquí respecta, a apartarlas del mercado de trabajo. La negación de estos estereotipos produce unas consecuencias muy perjudiciales, como también las produce la negación de las diferencias, es decir, una normativa que no tome ninguna consideración de la edad como factor que incide en la relación laboral.

Sobre los trabajadores y las trabajadoras mayores se ciernen una serie de riesgos de pérdida de los puestos de trabajo que los convierten en un colectivo especialmente vulnerable a ellos. Es cierto que, estadísticamente, no se aprecia una incidencia excesiva del trabajo temporal o a tiempo parcial que les afecte en comparación con otras cohortes de edad, pero su condición precaria se asocia a esa exposición particular. No se trata sólo de que puedan perder sus empleos, sino, sobre todo, de que puedan convertirse en parados de larga duración, con muy inciertas expectativas de retorno al mercado de trabajo. Quizá ese peligro aceche en mayor medida a la población menos cualificada, e incluso que le aceche con anterioridad en el tiempo, pero también se cierne sobre las personas más cualificadas. Por lo tanto, prevenir esas situaciones y abordarlas una vez que se producen constituyen medidas necesarias, sobre todo en cuanto a las iniciativas de intermediación, de empleabilidad y, en particular, de cualificación profesional.

A ese respecto, se ha hecho expresa referencia al tema de las competencias digitales, como barrera real y presunta – realidad y estereotipos se funden

en este asunto de forma muy evidente –, de modo que la formación profesional al respecto constituye una prioridad, como expresa claramente el propio ET en su DA 25^a, que configura un elenco de medidas formativas en el seno de los ERTES a modo de “*outsourcing* preventivo”. No solo en tales competencias, pero principalmente en ellas, la prioridad de acceso a las iniciativas formativas en favor de los trabajadores maduros debería extenderse más allá de los muy pocos convenios colectivos que hoy la reconocen. A este respecto, se hace muy necesario luchar contra ese estereotipo revestido de aparente racionalidad económica de que ya no desean, no deben, no están en disposición o no son destinatarios naturales de las mismas.

Por otra parte, deberían revisarse y ponderarse los incentivos al abandono de las relaciones laborales que contienen no pocos convenios colectivos. Al margen de consideraciones de suficiente armonización con las reformas de Seguridad Social, algunos responden a necesidades objetivas y cubren un hueco que acaso debería ser ocupado por normas de anticipación de la edad de jubilación dictadas en desarrollo del art. 206 LGSS. Pero en otros casos, debería discutirse su conveniencia, a menos que se basen en adecuados equilibrios del empleo en el ámbito de aplicación del convenio colectivo o respondan a dificultades por las que atraviesen las empresas.

No parece que, en este contexto, la normativa sobre jubilación forzosa vaya a jugar en el futuro más próximo ningún papel de incentivación de la jubilación anticipada, sino más bien de promoción del mantenimiento del contrato al menos hasta el cumplimiento de la edad ordinaria. Incluso los exigentes requisitos de empleo que impone la DA 10^a ET más bien invitan a pensar que su efectividad va a ser bastante limitada. Sí que puede aportar una cierta previsibilidad de extinción del contrato en el caso de que se regule adecuadamente en los convenios colectivos, la cual, a la postre, acaso incluso modere cualquier conflicto intergeneracional que pueda existir.

Ahora bien, para que resulte factible la prolongación de la vida activa e incluso una opción voluntaria y deseada para las personas de mayor edad en las empresas, tienen que darse las condiciones necesarias. Son cruciales aspectos como una adecuada política de seguridad y salud en el trabajo que integre la edad en la evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva, una razonable concepción de los puestos de trabajo que tenga en cuenta los aspectos ergonómicos y la disminución de las capacidades físicas derivada del proceso de envejecimiento y, muy en particular, una atención a los potenciales riesgos psicosociales que afecten a las personas mayores. Igualmente, unas reglas de tiempo de trabajo que combinen evitación de largas jornadas y exención del trabajo a turnos o nocturno, que posibiliten el trabajo en jornada reducida y que reconozcan

cierta flexibilidad para un tránsito adecuado y progresivo del trabajo a la jubilación.

Finalmente, las reglas de Seguridad Social deben ser accesibles, claras y transparentes. La orientación que ahora expresan hacia una mayor compatibilidad entre trabajo y disfrute de la pensión puede considerarse, en términos generales, como adecuada, si bien se hace necesaria una mayor equidad y una mejor sistemática de las distintas alternativas. Es plausible mantener, aunque en el contexto de ciertos límites de rentas, una normativa favorable a que el disfrute de la pensión permita cierto desarrollo profesional y un razonable grado de mantenimiento de ingresos adicionales. En cualquier caso, todas estas reflexiones deberían culminar con una apuesta por empresas más diversas en términos de edad en las que hubiese una convivencia entre generaciones. No es solo una cuestión de aprovechamiento del “talento senior”, aunque también. Es sobre todo un tema de diversidad, inclusión y convivencia.

8. Bibliografía

AGÍS DASILVA M. (2019), *Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo*, en J. CABEZA PEREIRO, B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ (coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Aranzadi

ATSUMI & SAKAI (2021), [Employment Law Overview. Japan 2021-2022](#)

BENTOLILA S., GARCÍA-PÉREZ J.I., JANSEN M. (2018), [El paro de larga duración de los mayores de 45 años](#), en [Papeles de Economía Española](#), n. 156, pp. 30-46

C. KILPATRICK, *Age, Retirement and the Employment Contract*, en *Industrial Law Journal*, 2007, vol. 36, n. 1, pp. 119-135

CABEZA PEREIRO J. (2021), *Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad*, en *Revista de Derecho Social*, n. 96, pp. 63-85

CABEZA PEREIRO J. (2020), [La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo](#), en [Temas Laborales](#), n. 155, pp.

CABEZA PEREIRO J. (2019), *Esteriotipos vinculados a la edad*, en J. CABEZA PEREIRO, B. CARDONA RUBERT, F. FLORES GIMÉNEZ (coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Aranzadi

CABEZA PEREIRO J. (2009), *Estado actual de la compatibilidad entre trabajo y jubilación en Europa*, en J. CABEZA PEREIRO, M.A. BALLESTER PASTOR, M. FERNÁNDEZ PRIETO (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi

- CARDONA RUBERT M.B., CABEZA PEREIRO J. (2019), *La discriminación por edad sobre las mujeres mayores*, en *Trabajo y Derecho*, n. 59, pp. 30-39
- CEGARRA CERVANTES F. (2022), *Despido colectivo y discriminación por razón de edad*, en www.net21.org, 12 mayo
- LABS DEMOGRAFÍA (2021), *Libro Blanco. Talento Senior*, Fundación SERES
- SAKURABA R. (2009), *The Amendment of the Employment Measure Act: Japanese Anti-Age Discrimination Law*, in *Japan Labor Review*, vol. 6, n. 2, pp. 56-75
- SOLÁ MONELLS X. (2015), *La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo*, en T. TORRES-CORONAS, A. BELZUNEGUI-ERASO, J. MORENO-GENÉ, *1st International Virtual SBRI Lab Conference «Finding Solutions for a Post-Crisis Society»*, 9-11 December 2015, Tarragona-Spain, Universitat Rovira i Virgili
- VIQUEIRA PÉREZ C. (2022), *El Derecho del Trabajo y su reforma en el contexto Post Covid*, en AA.VV., *Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, Ministerio de Trabajo y Economía Social

Una aproximación al problema del desempleo juvenil en España*

Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO**

RESUMEN: Un problema estructural que padece la sociedad actual es la dificultad que tienen los jóvenes para acceder y permanecer en el mercado de trabajo. Agravado en los últimos tiempos por la crisis económica del 2008 y la pandemia derivada del Covid-19, el desempleo juvenil centra la atención política de la UE y de los Estados miembros y se enquistó en algunos Estados como España cuyas políticas muestran su dificultad para reducir sus elevadas cifras.

Palabras clave: Desempleo, jóvenes, políticas de empleo, garantía juvenil.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Panorama general del empleo juvenil. 3. El desempleo juvenil en España: principales factores causantes. 3.1 La estructura del mercado de trabajo. 3.2. El tejido productivo. 3.3. La adecuación del sistema educativo al mercado de trabajo. 4. La Garantía Juvenil: su nivel de impacto y las nuevas orientaciones comunitarias. 5. Evolución de la política de empleo en España tras la implantación de la Garantía Juvenil. 6. Las nuevas políticas en España para afrontar los retos del futuro. 7. Reflexión final. 8. Bibliografía.

* El trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de I+D, *El acceso a la justicia de las personas vulnerables* (PID2021-123493OB-I00).

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla (España).

An Approach to the Problem of Youth Unemployment in Spain

ABSTRACT: A structural problem that current society suffers is the difficulty that young people have in accessing and remaining in the labour market. Aggravated in recent times by the economic crisis of 2008 and the pandemic derived from Covid-19, youth unemployment focuses the political attention of the EU and the Member States and is entrenched in some States such as Spain, whose policies show their difficulty in reducing their high numbers.

Key Words: Unemployment, youth, employment policies, youth guarantee.

1. Introducción

En las últimas décadas el desempleo juvenil centra la atención de instancias internacionales y comunitarias acrecentado en los últimos tiempos por dos hechos bien distintos: la crisis económica global del 2008 y la pandemia causada por el Covid-19. Ambas situaciones han tenido una fuerte repercusión en los mercados de trabajo, incidiendo en mayor medida en las condiciones de empleo y de protección social en la población joven. Precariedad laboral, bajo nivel de protección social y aumento en el nivel de pobreza y exclusión social son aspectos que se enquistan en los modelos de Estados del bienestar dificultando la integración social digna de las generaciones más jóvenes y sus expectativas de desarrollo personal y familiar.

Recientemente Nicolas Schimt (Comisario de Trabajo y Derechos Sociales de la UE) afirma que «Es nuestra prioridad ayudar a los jóvenes a integrarse en el mercado laboral, especialmente aquellos que tienen más dificultades, porque también tienen muchas fortalezas»¹. Con ese fin se desarrollan iniciativas apoyadas con importantes fondos económicos. Sin embargo, los datos publicados por Eurostat confirman dos hechos constatables en la realidad actual. Por un lado, que las medidas puestas en práctica por la UE no han conseguido, en términos de efectividad, los resultados esperados. Por otro, la existencia de importantes desigualdades en términos de empleo juvenil entre unos Estados y otros. Ejemplo de ellos es Alemania, especialmente destacable por su baja tasa de desempleo juvenil (5,4%), la más baja de la UE. Y en sentido opuesto, España, a la cabeza con la tasa de desempleo juvenil más elevada de la UE (27,9%) solo superada por Grecia (29,5%)². Esta situación diferencial motiva la realización del presente trabajo, que se aproxima a la situación del empleo juvenil en España. Se analizan los que se consideran sus principales factores causantes y se muestran los resultados de las políticas públicas puestas en marcha y las medidas de corrección en el diseño actual que se derivan de los compromisos comunitarios asumidos por España para mejorar la empleabilidad de los jóvenes, generar nuevas oportunidades y ofertas de empleos de calidad y, en un futuro próximo, reducir su tasa de desempleo. Queda al margen de este análisis las repercusiones de todo orden de la delicada situación política internacional que se deriva del actual conflicto bélico entre Rusia y Ucrania que, de seguro, repercutirá en la población

¹ EUROPEAN COMMISSION, *Commissioner Schmit visit spotlights youth employment organisation in Duisburger Werkkiste*, en ec.europa.eu/european-social-fund-plus (traducción de la A.).

² Datos disponibles en R. FERNÁNDEZ, *Tasa de paro juvenil en los países de la Unión Europea en 2021-2022*, en es.statista.com, 3 agosto 2022.

joven.

2. Panorama general del empleo juvenil

Un hecho característico de esta sociedad actual y que compromete el futuro de las nuevas generaciones es la dificultad que tienen los jóvenes para acceder y permanecer en el mercado de trabajo. No es ninguna novedad si hacemos referencia al problema que presenta el empleo juvenil en las sociedades avanzadas. Sus dificultades de acceso a un empleo y su vulnerabilidad en los períodos en los que disminuye la demanda de mano de obra ya se puso de manifiesto en la última crisis financiera mundial y más recientemente en la pandemia originada por el Covid-19. Tampoco es novedoso afirmar que el desempleo juvenil proyecta para este colectivo una realidad grisácea en la que predomina la precariedad, la falta de oportunidades y de trabajo digno, la desmotivación, el abandono temprano en los estudios, así como un preocupante incremento de dos subgrupos de jóvenes con importante riesgo de exclusión social: por un lado, aquellos que ni estudian ni trabajan, los denominados NINI (jóvenes que ni estudian, ni trabajan ni buscan empleo; en inglés NEET) y que suponen una media en la UE-27 de 13,7% de la población entre los 15 y 29 años de edad³ y, por otro, los “trabajadores pobres”, denominados así por las características de su relación laboral, en la que predomina la temporalidad y los bajos salarios. Una radiografía del problema ciertamente preocupante son los datos que se barajan. Según la OIT a nivel mundial existen 68 millones de jóvenes (mujeres y hombres) están buscando trabajo y 123 millones que están trabajando pero viven en la pobreza⁴. A nivel de la UE y según datos referidos a diciembre de 2021, el desempleo juvenil alcanza la elevada cifra de 2.748 millones⁵. Cifras que incitan a reflexionar sobre el grado de efectividad de las medidas puestas en marcha para frenar esta situación.

³ Por grupos de edad la proporción correspondiente fue del 6,8% para los de 15 a 19 años, el 14,8% para los de 20 a 24 años y el 17,3% para los de 25 a 29 años. El objetivo que se ha propuesto la UE es el de reducir para el 2030 la tasa de NINI a 9%. Datos disponibles en EUROSTAT, *Statistics on young people neither in employment nor in education or training (NEET)*, en ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained, 15 junio 2022, § *The NEET rate within the EU and its Member States 2021*. Según datos de la OIT, a nivel mundial existen 270 millones de jóvenes NINI (no tienen empleo, ni educación ni capacitación). *Vid.* www.decentjobsforyouth.org, sección *About*.

⁴ *Vid.* www.decentjobsforyouth.org, sección *About*, cit.

⁵ Según los datos obtenidos de Eurostat de la cifra arriba citada 2.222 millones de jóvenes desempleados se encontraban en la eurozona. *Vid.* cifras en EURODESK ESPAÑA, *Eurostat: Tasa de paro zona euro diciembre 2021*, en www.eurodesk.es, 2 febrero 2022.

Desde la ONU se insiste, ahora más que nunca, en la necesidad imperiosa de cumplir los ODS para «asegurar el bienestar de las personas, las economías, las sociedades y de nuestro planeta»⁶. Y en esa línea los estudios realizados por la OIT (que abordan la eficacia de las políticas activas de empleo y de los programas nacionales que han atendido al empleo juvenil), subrayan la necesidad de ayudar a los jóvenes a encontrar un trabajo decente para conseguir los ODS⁷. Recomienda intervenciones que promuevan el crecimiento del empleo, el desarrollo de habilidades, el trabajo por cuenta propia, la mejora de las condiciones de empleo, de la protección y diálogo social⁸. Con tales objetivos el marco de políticas sobre las que se aconseja que se ha de trabajar debe dirigirse a apoyar el empleo y al mantenimiento de ingresos por la vía de ayudas financieras y reducciones fiscales para las empresas y de medidas de conservación del empleo para los trabajadores mediante acuerdos de reducción de jornada y de prestaciones parciales por desempleo, de expansión de la protección social y de programas de asistencia social o de empleo público. Pero con un nuevo enfoque, es decir, poniendo el centro de atención en el ser humano⁹.

3. El desempleo juvenil en España: principales factores causantes

El crecimiento del desempleo juvenil y de sus factores causantes es un tema objeto de amplio debate doctrinal y de reiterados estudios de los que se obtienen respuestas heterogéneas y, en algunos casos, contradictorias¹⁰. Hay quien opina que esa falta de consenso ha sido un factor impeditivo para que las políticas laborales y educativas llevadas a cabo no hayan tenido la efectividad deseada para atajar el desempleo juvenil¹¹. Donde sí existe consenso es en su tipificación: el desempleo juvenil es un problema que no

⁶ NACIONES UNIDAS, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2021*, 2021, p. 68.

⁷ Vid. NACIONES UNIDAS, *La Agenda para el Desarrollo Sostenible*, en www.un.org, 1º noviembre 2018.

⁸ Vid. ILO, *What stands between youth and decent jobs?*, § *Being poor despite having a job*, en www.ilo.org, 21 febrero 2020.

⁹ Cfr. OIT, *El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas*, Observatorio OIT, 18 marzo 2020, pp. 8-10; OIT, *Prevenir la exclusión del mercado de trabajo: Afrontar la crisis del empleo juvenil provocada por la COVID-19*, Nota OIT, 30 junio 2020, pp. 16-18; OIT, *La COVID-19 y el mundo del trabajo. Séptima edición. Estimaciones actualizadas y análisis*, Observatorio OIT, 25 enero 2021, p. 3.

¹⁰ Vid. A. MORENO MÍNGUEZ, *La empleabilidad de los jóvenes en España: Explicando el elevado desempleo juvenil durante la recesión económica*, en *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, 2015, n. 1, p. 4.

¹¹ *Ibidem*, pp. 15-17.

puede abordarse analizando un solo aspecto. Su carácter poliédrico implica un análisis transversal utilizando un conjunto de variables muy diversas, tanto por el lado de la demanda como por el de la oferta. Siendo conscientes de su magnitud y del limitado margen de este trabajo, se relacionan a continuación aquellas que, a nuestro juicio, entendemos claves en su análisis.

3.1. La estructura del mercado de trabajo

La estructura del mercado de trabajo y su funcionamiento es uno de los principales aspectos a la hora de analizar el desempleo juvenil¹². Como se sabe, el mercado laboral español presenta, desde los años 80, determinadas circunstancias como la temporalidad y la precariedad que lo particularizan y lo diferencian de otros mercados de la UE. Prueba de ello son los datos de temporalidad obtenidos de Eurostat (24,1%) que indican que España es uno de los países de la UE con mayor tasa de temporalidad, superior en algo más de 10 puntos a la media de la UE-27¹³.

Siendo la contratación temporal un modelo caracterizado por su flexibilidad (tanto para las empresas, que pueden adaptar sus necesidades de mano de obra según sea el nivel de actividad en cada momento, como para los trabajadores, que pueden elegir esta modalidad contractual según sean sus necesidades), en el caso de España, es la base que durante décadas ha sustentado el mercado de trabajo. Es decir, la contratación temporal viene siendo reiteradamente utilizada por las empresas, y no solo para satisfacer la demanda de empleo de carácter estacional, sino también la permanente¹⁴. Un recurso excesivo/abusivo de esta tipología contractual, que se ha venido utilizando no solo en el ámbito de la empresa privada, sino también por parte de la propia Administración favorecida por las políticas dispuestas para mejorar el nivel de empleo¹⁵.

¹² *Ibidem*, pp. 6.

¹³ Según datos de Eurostat la tasa de temporalidad en España es superior en algo más de 10 puntos a la media de la UE-27. Las estadísticas de la OECD, *Temporary employment*, en data.oecd.org, 1º septiembre 2022, reflejan similares datos.

¹⁴ Vid. C. RODRÍGUEZ, J. RAMOS, *El sistema español de Garantía Juvenil y Formación Profesional Dual en el contexto de la Estrategia Europea de Empleo*, ICEI Working Paper, 2016, n. 1, p. 17.

¹⁵ Recuérdese, por ejemplo, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores regulado en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral (en *BOE*, 7 julio 2012, n. 162), ya derogado por el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (en *BOE*, 29 diciembre 2018, n. 314), modalidad contractual que permitía a las empresas la contratación de jóvenes incluyendo un período de prueba de hasta un año

No obstante, se ha de añadir que, en los últimos meses se ha iniciado una cierta recuperación de la contratación indefinida, favorecida por la intensificación de las actuaciones de la ITSS y, en particular, por los efectos de la regulación de la contratación llevada a cabo por la reciente reforma laboral (RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo)¹⁶.

Pero centrándonos en el empleo juvenil y refiriéndonos a la contratación temporal hay que aclarar que el recurso a ella para contratar a jóvenes se utiliza, con carácter general, no solo en España, sino también en otros países. Lo que sucede en nuestro mercado es que el empleo temporal es, prácticamente, la única opción que disponen los jóvenes para acceder al mercado de trabajo. Es decir, se trata de una temporalidad obligada, no querida por una parte importante de los jóvenes, hecho este que desincentiva sus necesidades formativas¹⁷. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en Alemania, donde la contratación temporal es una opción voluntaria, esto es, preferida por los jóvenes, porque les permite compatibilizar períodos formativos con períodos de trabajo y, de este modo, aspirar a un mejor puesto de trabajo en un futuro. Y esta diferencia se observa en los datos obtenidos de Eurostat que sitúan la tasa de empleo temporal parcial no deseado de los jóvenes en España en el 51,6% y en Alemania en el 6,7%, siendo la media de la UE-27 del 25,7%¹⁸.

permitiendo la extinción de la relación laboral sin justificar el cese ni abonar indemnización. O también las modificaciones introducidas por la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (en *BOE*, 28 junio 2017, n. 153), en relación con los contratos para la formación y el aprendizaje para hacerlos más atractivos al empresariado primando la mano de obra temporal y barata sobre la propia finalidad formativa que corresponde a estas tipologías contractuales. Sobre ambos *vid.* M. HERNÁNDEZ BEJARANO, *Reformas introducidas en el contrato para la formación y el aprendizaje tras la Ley 3/2012, de 6 de julio*, en E. CASTELLANO BURGUILLO, I. FERIA BASILIO (dirs.), *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Punto Rojo Libros, 2013, p. 42. En relación con el contrato de apoyo a los emprendedores *vid.*, de la misma A., [El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea. Sentencia nº 412/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013](#), en *Temas Laborales*, 2014, n. 124.

¹⁶ En *BOE*, 30 diciembre 2021, n. 313.

¹⁷ *Vid.* ADECCO GROUP INSTITUTE, *Anuario del Mercado de Trabajo 2022*, 2022, pp. 69 y 71.

¹⁸ *Vid.* EUROSTAT, *Involuntary part-time employment as percentage of the total part-time employment for young people by sex and age*, en ec.europa.eu/eurostat, 4 julio 2022.

3.2. El tejido productivo

El sistema productivo español y sus fallas es otro de los factores a tener en cuenta en el estudio del desempleo juvenil¹⁹. Si se atiende a la estructura empresarial española, un primer dato a referir es el número de empresas activas. Como se sabe, la pandemia afectó al número de empresas, provocando una caída en sus cifras en todos los tamaños²⁰. Pero la recuperación económica iniciada durante el año 2021 no se ha traducido en una mejora en progresión ascendente de sus cifras a 1º enero 2022. Y de la información consultada se aprecia una nueva caída en el número de empresas²¹. Un dato que, si es tomado por sí solo, no basta para explicar el fenómeno del desempleo juvenil. Porque si se contrasta, por ejemplo, con Alemania, a la cabeza de los países con menor nivel de desempleo, se observa que España le supera en número de empresas²². Habrá que valorar otros aspectos, como, por ejemplo, el tamaño de las empresas.

Si se atiende a este último aspecto, una característica común en todos los Estados miembros es el predominio de la pequeña y mediana empresa (PYME). Muy diversas en cuanto a modelos de negocio, tamaños, edades y perfiles de los empresarios, emplean a 2/3 de la mano de obra asalariada y representan más de la mitad del PIB. De ahí que se afirme que las PYME constituyen la columna vertebral de la economía de la UE, como así lo ha hecho la recomendación de la Comisión en su Comunicación [Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital](#), de 10 de marzo de 2020²³. En este punto, lo destacable del tejido productivo español es, por un lado, la escasa presencia de grandes empresas – apenas un 0,1% del total –, de tal manera que puede afirmarse que el tejido productivo español está compuesto por PYME (99,9%). Por otro lado, que dentro de las PYME las predominantes son las de muy reducida dimensión que, en su mayoría, no cuentan con trabajadores. Tan solo el 4,5% del total de empresas tienen 20 o más asalariados²⁴, aspecto este que en algunos informes se apunta como

¹⁹ Vid. A. MORENO MÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 5.

²⁰ Según el ADECCO GROUP INSTITUTE, *op. cit.*, p. 28, la reducción de empresas de todos los tamaños era un hecho que hacía dos décadas que no sucedía.

²¹ Cfr. INE, [El número de empresas activas disminuyó un 1,1% durante 2020 y se situó en 3,37 millones. El 18,0% de las empresas activas tenía 20 o más años y el 18,5% menos de dos](#), Nota de prensa, 13 diciembre 2021; MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO, [Estructura y dinámica empresarial en España. Datos a 1 de enero de 2021](#), 2022, p. 6; MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO, [Cifras PyME. Datos enero 2022](#), 2022.

²² Vid. los últimos datos referidos al año 2019 de EUROSTAT, [Number of enterprises in the non-financial business economy by size class of employment](#), en ec.europa.eu/eurostat, 18 mayo 2022.

²³ COM(2020)103 final.

²⁴ MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO, [Estructura y dinámica empresarial en](#)

una debilidad estructural del sistema productivo con repercusión en la oferta de empleo²⁵.

Otro elemento estructural destacable es la antigüedad de las empresas españolas, más inestable cuanto menor es su tamaño (el 39,4% de las empresas sin asalariados tenían menos de 4 años de antigüedad). De la lectura de los anteriores datos quizás pueda explicarse, al menos en parte, otro aspecto más, y es el gasto de las empresas españolas en I+D+I, un 60% menos que la media europea en I+D+I²⁶.

Si se analiza el tejido productivo por sectores de actividad y su peso en el PIB, también es característico de la eurozona que el sector con mayor aportación al PIB sea el sector servicio (66,78%), seguido de la industria (21,48%) y la agricultura (1,64%). Situación que también se observa en España. Lo que resulta destacable en nuestro país es, por un lado, el peso del turismo y la construcción en la economía y el escaso peso del sector industria²⁷, hecho que nos mantiene muy alejados de nuestro principal referente, Alemania, que alcanza el 23% del PIB, una cifra alta en comparación con el resto de los Estados miembros²⁸. Por otro lado, la debilitada productividad laboral contracíclica de las empresas²⁹ y su menor competitividad. Ambas son circunstancias que nos diferencia de nuestros socios europeos como el alemán, que destaca por su competitividad externa y la alta calidad de su capital humano³⁰.

Los documentos consultados coinciden en que la mejora de la eficiencia empresarial requiere reformas estructurales que aumenten la productividad. Para ello, además de la necesaria inversión en innovación tecnológica y digital y de mecanismos de flexibilidad interna que permitan a las empresas su adaptación ante posibles cambios, se precisa de inversión en el capital humano. Lo que se traduce en incrementar la empleabilidad de los trabajadores (entre ellos los jóvenes) a través de la formación y

España. Datos a 1 de enero de 2021, cit., p. 6.

²⁵ ADECCO GROUP INSTITUTE, *op. cit.*, p. 29.

²⁶ *Ibidem*, p. 32.

²⁷ *Vid.* INE, *op. cit.*

²⁸ *Vid.* OFICINA DE INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA, *Alemania*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, 2022, p. 2, Tabla *PIB por sectores de actividad y por componentes del gasto (%)*.

²⁹ La productividad laboral contracíclica es una peculiaridad que caracteriza a la economía española. Se produce porque el crecimiento en la productividad no tiene lugar en las fases expansivas o período de crecimiento económico, sino que se producen en sentido inverso, es decir, en las fases o períodos de recesión económica, debido a que se destruyen las empresas y los empleos menos productivos.

³⁰ P. RAYA MELLADO, *¿Por qué es tan baja la tasa de paro en Alemania?*, en *eXtoikos*, 2011, n. 3, pp. 82-83.

recualificación continua y de adecuadas políticas de empleo y de protección frente al desempleo³¹. Y ello porque se entiende que «un mejor capital humano está vinculado a mejores niveles de empleo, salud, participación cívica, estabilidad política, e incluso a una mayor racionalización del consumo de energía y los recursos naturales, cuestiones esenciales para desarrollar un crecimiento próspero, inclusivo y sostenible»³². De esta forma, se optimizaría la eficacia de las inversiones previstas en un futuro próximo financiadas con los fondos europeos de recuperación (Next Generation EU)³³.

3.3. La adecuación del sistema educativo al mercado de trabajo

La formación de los jóvenes como elemento esencial para la inserción laboral es otro de los aspectos de especial atención. En este ámbito existe un consenso generalizado en la doctrina científica que entiende que una mejora en el nivel y de la calidad formativa de los jóvenes reduciría su nivel de desempleo³⁴.

Lo que sucede en España, es que existe un desajuste importante entre el sistema educativo y el mercado de trabajo³⁵. La formación que realizan los jóvenes no conecta bien con la demanda de trabajo por parte del sector productivo, ni en titulaciones ni en competencias. Situación que persiste desde hace décadas y que los poderes públicos no han podido o no han sabido corregir adecuadamente. De hecho, se cuantifica que el gasto público en educación para la población con edades comprendidas entre los 16 y 65 años es el 65% del gasto empleado en la Unión Económica y Monetaria³⁶. Señala también el anuario de Adecco sobre el mercado de trabajo que las disfuncionalidades estructurales de la economía española hacen que el tejido productivo se escore hacia actividades de menor valor añadido, reduciendo los incentivos de la población a formarse, lo que a la postre se traduce en un déficit educativo que dificulta la inversión en conocimiento y nuevas tecnologías que limitan el crecimiento empresarial. Un círculo

³¹ Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*, 2021, Desafío 1, *Ser más productivos para crecer mejor*, p. 53. Vid. también ADECCO GROUP INSTITUTE, *I Barómetro Adecco Outsourcing sobre productividad y eficiencia*, 2022, p. 6; J. MAUDOS, *Productividad y reformas estructurales, esa es la cuestión*, en *Cuadernos de Información Económica*, 2021, n. 285, pp. 49-50.

³² GOBIERNO DE ESPAÑA, *op. cit.*, p. 63.

³³ Vid. J. MAUDOS, *op. cit.*, p. 46.

³⁴ Vid. A. MORENO MÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 5.

³⁵ *Ibidem*, pp. 4-5.

³⁶ Datos del Banco de España en J. MAUDOS, *op. cit.*, p. 50.

vicioso en la economía española que afecta a su productividad³⁷. Pese a las directrices emanadas de la UE para su reforma, defectos en su diseño y aplicación han impedido que el mercado pueda aprovechar el potencial que representan los jóvenes.

Esta circunstancia ha polarizado el nivel educativo de los jóvenes hacia los extremos. Según datos de Eurostat, España presenta, por un lado, una importante proporción de titulados superiores (20,8%) superior a la media de la UE-27 (10%)³⁸. Por otro, se constata una elevada proporción de jóvenes con escaso nivel educativo bajo (40,4%) también en proporciones muy superiores a la media de la UE-27 (24%)³⁹. Resulta escasa la opción por la formación profesional intermedia, a diferencia de países como Alemania donde la formación profesional dual es un modelo a seguir para favorecer la empleabilidad y reducir el desempleo juvenil⁴⁰. Y no solo en cuanto a su modelo de formación profesional dual, sino también a las iniciativas que se están llevando a cabo, como el proyecto de empleo juvenil de Duisburger Werkkiste que brinda capacitación práctica y colocaciones a los jóvenes participantes en actividades de mejora de la comunidad, desarrollo del distrito, nuevos servicios sociales, etc.⁴¹.

Son varias las razones que apuntan a este desequilibrio de la formación profesional intermedia en España:

1. uno de estos factores es el abandono temprano en los estudios. Es decir, de jóvenes que no continúan su formación. En España la tasa de abandono temprano se sitúa en el 16% mientras que la media con la UE-27 es de un 9,9%⁴²;
2. otro de los aspectos a resaltar es la elevada tasa de NINI cercana al 15% y superior a la media UE-27 que se sitúa en el 13,1%⁴³;
3. un tercer factor a tener en cuenta es la existencia en España por parte de la población en general de una visión desacreditada hacia los estudios de formación profesional, considerados como una formación de segundo nivel y poco atractiva, especialmente para los jóvenes;

³⁷ Vid. ADECCO GROUP INSTITUTE, *Anuario del Mercado de Trabajo 2022*, cit., p. 71.

³⁸ Vid. EUROSTAT, *Youth unemployment by sex, age and educational attainment level*, en ec.europa.eu/eurostat, 4 julio 2022.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Vid. J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Reflexiones sobre la situación del empleo juvenil y el fomento de su empleabilidad: mercado de trabajo y políticas de empleo en la Unión Europea y España*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2021, n. 12, p. 28.

⁴¹ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.*

⁴² Datos disponibles en EUROSTAT, *Early leavers from education and training by sex and labour status*, en ec.europa.eu/eurostat, 28 abril 2022.

⁴³ Datos disponibles en EUROSTAT, *Statistics on young people neither in employment nor in education or training (NEET)*, cit., § *The NEET rate within the EU and its Member States 2021*.

4. un último aspecto a considerar es la concentración del alumnado de formación profesional en torno a determinadas titulaciones de formación profesional lo que provoca un exceso de oferta de mano de obra no adecuada a la demanda del mercado de trabajo⁴⁴.

Esta inadecuación que existe en España entre el nivel formativo de los jóvenes y lo que realmente demanda el empresariado plantea importantes problemas de inserción juvenil. Circunstancias que afectan a jóvenes con titulaciones de formación profesional resultando muy indicativos los datos de Eurostat. La tasa de empleo de jóvenes recién titulados en EFP (20-34 años) tuvo en España una fuerte caída entre los años 2018 (70%) al 2020 (50,3%). Este último dato sitúa a nuestro país a la cola de los Estados miembros, muy alejado de la media de la UE (76,1%) y tan solo superado por Grecia (43,7%)⁴⁵. Pero también afecta a jóvenes con titulaciones universitarias, que presentan una tasa de desempleo y de sobrecualificación (35%) superior a la media de la UE-27 (20%)⁴⁶.

4. La Garantía Juvenil: su nivel de impacto y las nuevas orientaciones comunitarias

El desempleo juvenil (14,9% tanto en la UE como en la zona euro) es política prioritaria de la UE. Como ya hicimos referencia, desde el inicio de la crisis económica del 2008 las cifras de desempleo juvenil, especialmente preocupantes en algunos países como España, han impulsado la acción comunitaria. Pese a sus reducidas competencias en materia de empleo y dentro de su margen de actuación vienen desarrollando mecanismos de los que se extraen medidas de orientación, coordinación y financiación a los Estados miembros con la intención de favorecer la empleabilidad de los jóvenes⁴⁷.

⁴⁴ Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *Jóvenes y Mercado de Trabajo en España*, Informe, 2020, n. 2, pp. 235-238.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Educación y formación profesionales. Capacidades para hoy para el futuro*, 2022, Anexo, p. 25.

⁴⁶ Datos disponibles en EUROSTAT, *Foreign citizens more likely than nationals to be over-qualified*, en ec.europa.eu/eurostat, 26 enero 2021, primera tabla. Estos datos contrastan con el resultado estadístico de las encuestas realizadas a las empresas por Adecco y que reflejan buenos datos en relación al número de empresas que realizan formación continua durante la jornada laboral o a la correspondencia entre las cualificaciones de sus empleados con las necesidades del puesto. Vid. ADECCO GROUP INSTITUTE, *Anuario del Mercado de Trabajo 2022*, cit., pp. 126-127.

⁴⁷ El antecedente inmediato de la política europea dedicada a los jóvenes fue la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico

De todos los instrumentos elaborados por la UE destaca la que se considera “medida estrella” para reducir el desempleo juvenil y mejorar la situación de los NINI, la Garantía Juvenil⁴⁸. Una iniciativa permanente que incide en la formación y en la empleabilidad como herramientas básicas para combatir el desempleo estructural. Definida como «una situación en la que los jóvenes reciben una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o período de prácticas en un plazo de cuatro meses tras quedar desempleados o acabar la educación formal».

De gran importancia para cumplir con los compromisos del Pilar Europeo de Derechos Sociales (y en particular con el principio n. 4), este instrumento se acompaña de políticas europeas coordinadas que actúan como directrices para el desarrollo de las políticas nacionales de los Estados miembros.

A través de ella los Estados miembros crean un sistema de apoyo al empleo juvenil conforme a una serie de directrices de funcionamiento y de adopción de medidas que quedaron recogidas en la Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil⁴⁹. Tales orientaciones se basaron en seis ejes: adopción de enfoques basados en la asociación, intervención y activación tempranas, medidas de apoyo que faciliten la integración laboral, uso de los fondos de la UE, evaluación y mejora continua del sistema y puesta en práctica rápida.

Su finalidad, tal y como se indica en la Recomendación citada, se dirige a

y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Juventud en Movimiento. Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea](#), 15 septiembre 2010, COM(2010)477 final, en el marco de la Comunicación de la Comisión, [Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador](#), 3 marzo 2010, COM(2010)2020 final. A ella siguieron otras iniciativas como la [Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la Iniciativa de Oportunidades para la Juventud \(2012/2617\(RSP\)\)](#) (2013/C 264 E/11), el Paquete de Empleo Juvenil de 2012 (*vid.* EUROPEAN COMMISSION, [Employment package](#), en [ec.europa.eu](#), 6 febrero 2013), la [Recomendación del Consejo de 22 de abril de 2013 sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil](#) (2013/C 120/01), la Alianza Europea para la Formación de Aprendices de 2014 (*vid.* COMISIÓN EUROPEA, [Sobre la Alianza Europea para la Formación de Aprendices](#), en [ec.europa.eu](#), 20 enero 2022), la [Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014 sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas](#) (2014/C 88/01), además de otras iniciativas dirigidas a aumentar la movilidad formativa o laboral de los jóvenes entre los distintos Estados como los programas [Erasmus+](#), [Leonardo da Vinci](#) o el programa [EURES](#).

⁴⁸ Presente con algunas variaciones en documentos generales previos como la [Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros](#) (2005/600/CE) o específicos dirigidos a los jóvenes como la [Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2010, sobre el fomento del acceso de los jóvenes al mercado de trabajo y refuerzo del estatuto del becario, del período de prácticas y del aprendizaje \(2009/2221\(INI\)\)](#) (2011/C 351 E/05), y la Comunicación COM(2010)477 final, cit.

⁴⁹ [2013/C 120/01](#), cit.

«impedir el abandono prematuro de los estudios, fomentar la empleabilidad y eliminar los obstáculos de orden práctico al empleo»⁵⁰. En su doble vertiente, de empleabilidad y formativa⁵¹, la Garantía pretendía contribuir al cumplimiento de tres de los cinco grandes objetivos establecidos en la Estrategia *Europa 2020*⁵²: que el 75% de las personas de 20 a 64 años tengan empleo, que las personas que abandonan prematuramente los estudios representen menos del 10% y reducción en, al menos, 20 millones las personas en riesgo de pobreza y exclusión social).

Para su implementación la UE otorga apoyo financiero a los Estados principalmente a través del FSE y de la denominada Iniciativa de Empleo Juvenil, iniciativa creada por el Consejo Europeo para dar cobertura financiera al Paquete de Empleo Juvenil⁵³ (en el que se inserta la Garantía Juvenil y la Alianza Europea para la Formación de Aprendices⁵⁴) y dirigida a jóvenes que ni estudian, ni trabajan ni reciben formación y residentes en zonas con nivel de desempleo superior al 25%. Y para su supervisión y coordinación se utilizó el Semestre Europeo⁵⁵.

En paralelo a los instrumentos antes citados y a la necesidad de aumentar su empleabilidad, la UE adoptó la Recomendación del Consejo de 10 de marzo de 2014 sobre un marco de calidad para los períodos de prácticas⁵⁶ y se introdujeron iniciativas para favorecer la movilidad transfronteriza de los jóvenes a través de los programas *Erasmus+* y *Leonardo da Vinci*.

A destacar de la Recomendación es el ajuste de su implementación a las particulares circunstancias nacionales, regionales y locales⁵⁷. Y también al

⁵⁰ *Ibidem*, considerando 20.

⁵¹ Un análisis de esta doble vertiente de la Garantía Juvenil en J.M. MORALES ORTEGA, *Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Jóvenes y políticas de empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Bomarzo, 2014, pp. 46-54.

⁵² [COM\(2010\)2020 final](#), cit.

⁵³ *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, [Employment package](#), cit.

⁵⁴ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, [Sobre la Alianza Europea para la Formación de Aprendices](#), cit.

⁵⁵ La Iniciativa de Empleo Juvenil fue acordada por el Consejo Europeo en el marco financiero plurianual de 8 de febrero de 2013 para dar soporte económico a la Garantía Juvenil. Inicialmente contó una dotación de 6 400 millones de euros para el periodo 2014-2020 (3.200 millones de euros procedentes de una nueva línea presupuestaria de la UE complementada con otros 3.200 millones de euros de las asignaciones nacionales en el marco del FSE). Posteriormente, en el año 2017 se amplió a 8.800 millones de euros. *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, [Examen/revisión intermedios del marco financiero plurianual 2014-2020. Un presupuesto de la UE centrado en los resultados](#), 14 septiembre 2016, COM(2016)603 final.

⁵⁶ [2014/C 88/01](#), cit.

⁵⁷ Precisamente estas diferencias entre unos Estados y otros obligó a la Comisión Europea a llevar a adoptar medidas excepcionales reforzando la dotación económica de los fondos

género y diversidad de sus destinatarios, un colectivo muy heterogéneo en el que concurren colectivos especialmente vulnerables, que no se especificaban.

En definitiva, la Garantía Juvenil se crea como referente común básico para los Estados sobre el cual articular las políticas nacionales en materia de empleo juvenil. Con un doble reto: que todos los NINI – no solo los inscritos como desempleados – obtuviesen una buena oferta (de empleo, educación continua, formación de aprendiz o prácticas) en el plazo de cuatro meses después de terminar su educación oficial o quedarse en paro y que la medida alcance a todos los jóvenes – con o sin formación – menores de 25 años.

Implantada en los Estados miembros hay que reconocer que sus resultados han sido limitados. Pronóstico ya vaticinado por algunos por lo general de sus medidas y por su falta de vinculación jurídica – medida de “*soft law*” – que requiere de la necesaria voluntad y compromiso político de los Estados⁵⁸. Coinciden los estudios consultados en que se tratan de documentos que reiteran el discurso de otros anteriores, con medidas continuistas, poco incisivas y dotadas de insuficientes recursos para atender la magnitud del problema⁵⁹.

La evaluación de resultados realizada por el Tribunal de Cuentas Europeo en siete Estados miembros (Irlanda, España, Francia, Croacia, Italia, Portugal y Eslovaquia) y contenida en un informe de 2017⁶⁰ constató alguno de estos aspectos. En este informe el Tribunal analizó el avance de los Estados miembros en su articulación, el nivel de adecuación de las medidas y el uso de fondos europeos en la adopción de los seis ejes que se establecía en la Recomendación del 2012⁶¹. En el caso de España, el Tribunal de

comunitarios para aquellos Estados con niveles de desempleo superiores al 25%. Entre ellos España, país que recibió la mayor dotación económica de la Iniciativa de Empleo Juvenil (casi 950 millones de euros). Similar cantidad también la recibió por parte del Fondo Social Europeo. *Vid.* P. NIETO ROJAS, [Estrategias de inclusión social de los jóvenes no cualificados en el marco del sistema de garantía juvenil. Una aproximación comparada](#), en *esta Revista*, 2018, n. 3, pp. 96-97.

⁵⁸ J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, pp. 34-36.

⁵⁹ Una crítica a la intervención comunitaria en esta materia en J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p.25. *Vid.*, del mismo A., *La Estrategia de emprendimiento y empleo joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa*, en M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGO (dirs.), *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo, 2013, p. 67.

⁶⁰ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, [¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil](#), Informe Especial, 2017, n. 5.

⁶¹ El primer informe que realizó el Tribunal de Cuentas Europeo en relación con la Garantía Juvenil fue el Informe Especial n. 3/2015, [Garantía juvenil de la UE: Se han dado los](#)

Cuentas Europeo reconoció tímidos avances en su aplicación. Constató cierto incremento en el número de NINI inscritos como desempleados entre el 2014 y el 2015 que obedecían a cuestiones procedimentales⁶². Detectó la falta de estudio de la población NINI y de sus carencias competenciales. Señaló también el incumplimiento del objetivo referido al acceso de todos los NINI a una oferta en el plazo de cuatro meses – incumplimiento extensible al resto de países evaluados –, la ausencia de estrategias con resultados intermedios y objetivos claros y la mala calidad de los datos aportados, imitaciones y dificultades informáticas para la gestión de los datos que impedían valorar de forma adecuada la eficacia de la medida. Asimismo, con datos de la OIT y de Eurofound el Tribunal cifró el coste de la medida en cuantías muy superiores a la financiación dispuesta. Una ayuda, que se consideraba reducida ante un problema de tal envergadura y que, junto a la también limitada financiación por parte de cada Estado y al riesgo que los importes recibidos redujeran los fondos nacionales disponibles para los NINI, puesto que limitaba las expectativas del Consejo.

Una dificultad añadida fue el incumplimiento de los Estados en los plazos establecidos por la Comisión para la justificación de los gastos (prevista para finales del 2015), hecho que obligaba a los no cumplidores al reembolso de los importes (en el caso de España, al justificar solo el 32% del importe de la prefinanciación inicial adicional recibida, se instó en el 2016 al reembolso de 273,6 millones de euros)⁶³.

Pese a las dificultades detectadas y a la limitación de sus resultados la Garantía Juvenil ha sido valorada de manera positiva por la Comisión Europea en la Comunicación *La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años*, de 4 de octubre de 2016⁶⁴. Entiende la Comisión que con el citado instrumento se ha conseguido que el empleo juvenil se convierta en política prioritaria de los Estados miembros y que

primeros pasos pero la aplicación del programa presenta riesgos, que recoge el apoyo de la Comisión a los Estados miembros en la aplicación de la Garantía Juvenil.

⁶² Según el informe del TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, cit., p. 27, cuadro 3, en relación con p. 36, este aumento en el número de NINI obedeció a dos factores: la demora en la notificación de los datos, que se inició en julio de 2014, y la ampliación del tramo de edad entre 25 y 29 años, lo que supuso un incremento de 390.000 inscripciones.

⁶³ Sin embargo, este reembolso no supuso una pérdida de fondos para España, puesto que la financiación total de la UE se mantuvo sin cambios. *Vid.* TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil*, cit., pp. 58-59, en relación con p. 75.

⁶⁴ [COM\(2016\)646 final](#).

Éstos, desarrollen políticas de empleo con nuevos enfoques.

Una valoración positiva también fue realizada por el Consejo Europeo en las orientaciones anuales para las políticas de empleo de los Estados miembros (concretamente la Orientación n. 6) instando a la continuación y ejecución completa de la Garantía Juvenil⁶⁵. Petición a su continuidad que también realizó el Parlamento Europeo en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2021, sobre las políticas sociales y de empleo de la zona del euro en 2021 (2021/2062(INI))⁶⁶, dirigiéndose a los Estados miembros y a la Comisión para que, por un lado, diesen prioridad a la lucha contra el desempleo juvenil, en el contexto del instrumento de recuperación Next Generation EU. Y también para que se hiciera pleno uso de la Garantía Juvenil y de Programas Europeos como *Erasmus+*.

No obstante, las instancias comunitarias coinciden en la necesidad de realizar esfuerzos adicionales. Con vistas a dar continuidad y mejorar este instrumento en el año 2018 la Garantía Juvenil se inserta en el Principio n. 4 del Pilar Europeo de Derechos Sociales⁶⁷. Posteriormente, se refuerza para aquellos países con tasas elevadas de desempleo (como sucede en España, Grecia o Italia)⁶⁸ en la Recomendación de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo⁶⁹, sustituyendo de este modo a la Recomendación de 22 de abril de 2013⁷⁰.

En la nueva Recomendación, de mayor concreción que la anterior, se diseñan nuevas orientaciones estructuradas en cuatro fases (inventario, divulgación, preparación y oferta). Como aspectos destacables se resaltan:

- 1) En primer lugar, la ampliación de la franja de edad de los destinatarios – hasta los menores de 30 años – incorporando la extensión del colectivo que reconoció el Parlamento Europeo en la Resolución de 16 de enero de 2013. Y la necesidad de obtener un conocimiento previo del colectivo y de su heterogeneidad para un adecuado diseño de las ofertas.
- 2) En segundo término, la necesidad también de obtener un conocimiento

⁶⁵ *Vid.* la [Decisión \(UE\) 2019/1181 del Consejo de 8 de julio de 2019 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros](#) que reitera las orientaciones establecidas en la [Decisión \(UE\) 2018/1215 del Consejo de 16 de julio de 2018 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros](#).

⁶⁶ [2022/C 184/02](#).

⁶⁷ El Pilar Europeo de Derechos Sociales fue creado en el 2018 para el buen y justo funcionamiento de los mercados laborales y de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI.

⁶⁸ *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, [Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación](#), 1º julio 2020, COM(2020)276 final.

⁶⁹ [2020/C 372/01](#).

⁷⁰ [2013/C 120/01](#), cit.

previo de los servicios disponibles – a nivel nacional y local – y de los requerimientos del mercado de trabajo, para ofrecer el adecuado apoyo personalizado en la adquisición de las capacidades que demanda el mercado. Se insiste, además, en una atención especial para aquellos grupos de jóvenes más vulnerables⁷¹. A semejanza de la Recomendación de 2013, en la renovada del 2020 ni se realizan referencias específicas en ninguna de sus dos vertientes (laboral y formativa) identificando a estos colectivos vulnerables de jóvenes ni tampoco cuáles serían las medidas específicas. La ausencia de especificaciones permite a los Estados, en función de sus particulares circunstancias, determinarlos. Por ejemplo, desempleados de larga duración, inmigrantes discapacitados, mujeres jóvenes con hijos, minorías étnicas, jóvenes en situación de pobreza y marginalidad social, etc. La duda se nos plantea respecto al colectivo de menores con edad de trabajar (en España, jóvenes mayores de 16 años y menores de 18). Porque en términos de empleo se trata de un grupo de edad con alto nivel de desempleo⁷² que no se identifica como colectivo vulnerable. Quizás porque en su mayoría, concurren otros factores asociados de necesidad y precariedad que lo invisibilizan como tal, agrupándose dentro de la diversidad que encierra el amplio término “NINI”. Se advierte que este grupo de jóvenes quedó fuera del ambicioso objetivo de la Estrategia *Europa 2020*⁷³ de conseguir que el 75% de las personas de 20 a 64 años tuviesen empleo. De manera que, para ellos las medidas se situarían más en la esfera educativa y formativa.

3) Otro aspecto destacable es la importancia que la Recomendación otorga a la difusión de la Garantía. Para que la información llegue a todos los jóvenes se recomienda la elaboración de programas de sensibilización y la divulgación de las ayudas a través de canales modernos, locales y orientados a la juventud (digitales y no digitales).

4) Un punto importante a resaltar es el refuerzo en los sistemas de prevención de los jóvenes que corren riesgo de convertirse en NINI, mediante el desarrollo de un marco de actuación transversal donde se establezcan redes de colaboración y cooperación a todos los niveles

⁷¹ Esta recomendación se complementa también con la [Recomendación \(UE\) 2021/1004 de 14 de junio por la que se establece una Garantía Infantil Europea](#) en la que, entre otros aspectos, se recomienda a los Estados de «adoptar medidas para prevenir y reducir el abandono escolar prematuro, teniendo en cuenta una perspectiva de género, reavivar la participación de los niños que corren el riesgo de abandonar la educación o la formación o ya lo han hecho, por ejemplo mediante la prestación de una orientación personalizada y el refuerzo de la cooperación con las familias».

⁷² Como ejemplo pueden verse los datos estadísticos que se recogen en C. RODRÍGUEZ, J. RAMOS, *op. cit.*, p. 7, Tablas 1 y 2.

⁷³ [COM\(2010\)2020 final](#), cit.

(público, privado, centros educativos, entes del tercer sector, empresariado e interlocutores sociales) y en todos los ámbitos: laboral, educativo, de atención sanitaria, servicios sociales, vivienda, etc.

5) Un quinto aspecto es el refuerzo también de la vertiente formativa de la Garantía. La inadecuación entre la formación y la demanda del mercado continúa siendo una falla generalizada en los Estados miembros. Por ello, en este texto la formación cobra especial importancia. Se diría que incluso más que las propias ofertas de empleo. Porque siendo el apoyo al empleo juvenil el objetivo final de la Garantía ésta dirige gran parte de sus esfuerzos a la preparación de los jóvenes para acceder al mercado. Como indica Ursula Von Der Leyen (Presidenta de la Comisión Europea) «*Next Generation EU* refuerza el programa *Erasmus* y el apoyo al empleo juvenil. Esto garantiza que las personas adquieran las capacidades, la formación y la educación que necesitan para adaptarse a este mundo en rápida evolución»⁷⁴.

Conforme a lo dicho y con carácter previo a la realización de la propia oferta la Garantía incorpora ahora una formación preparatoria en capacidades que se consideran básicas para el acceso y posterior adaptación a un mercado laboral en continuo cambio como son las capacidades digitales, lingüísticas, ecológicas, de emprendimiento y de gestión de la carrera laboral de cada joven.

Se insiste en la formación de aprendices de calidad para que los jóvenes adquieran las capacidades que precisa el mercado. Especialmente en aquellos sectores en desarrollo. Formación que ha de seguir lo dispuesto en la Recomendación del Consejo de 15 de marzo de 2018 relativa al Marco Europeo para una formación de Aprendices de Calidad y Eficaz⁷⁵. De igual modo, se incide también en el refuerzo de la formación continua, la validación del aprendizaje no formal y la movilidad transfronteriza (esto último mediante la creación de un nuevo programa *Erasmus Pro*).

6) En sexto lugar, en su vertiente de empleo la Garantía otorga especial importancia a la calidad de las ofertas. Con referencia al cumplimiento de los principios del Pilar Europeo de Derechos Sociales se señala que la oferta de empleo ha de garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, el derecho a unas condiciones laborales justas, el acceso a la protección social y a la formación, la duración razonable de los periodos de prueba y la prohibición del uso abusivo de los contratos atípicos. Calidad que se predica también de los incentivos que la acompañen, que deben estar

⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Discurso de la presidenta Von der Leyen en la sesión plenaria del Parlamento Europeo sobre el paquete de recuperación de la UE*, en ec.europa.eu, 27 mayo 2020. *Vid.* también [COM\(2020\)276 final](#), cit.

⁷⁵ [2018/C 153/01](#).

bien diseñados para crear oportunidades de empleo sostenibles.

7) Por último, no puede obviarse otros aspectos como el refuerzo que se lleva a cabo en los servicios públicos de empleo; el planteamiento holístico que se requiere del asesoramiento, orientación y tutoría individualizadas, que ha de contar con consultores especializados y con la colaboración de organismos asociados; el seguimiento de los beneficiarios durante y después de la finalización de la oferta; la difusión de resultados y las buenas prácticas entre los Estados.

Propósitos ambiciosos que se acompañan de importantes ayudas financieras a los Estados a los que se les encomienda el uso pleno y óptimo de dichos fondos. En concreto, del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE), el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), el Programa InvestEU, el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) y las dotaciones del Fondo Social Europeo Plus FSE+ para el período 2021-2027, en apoyo de medidas de empleo, educación y formación de la Garantía Juvenil Reforzada, el programa [Erasmus+](#) y el Instrumento de Apoyo Técnico.

5. Evolución de la política de empleo en España tras la implantación de la Garantía Juvenil

En España, el desempleo juvenil forma parte de las políticas prioritarias de empleo siendo objeto de numerosas actuaciones, si bien hasta fechas relativamente recientes – un par de décadas previas al establecimiento de la Garantía Juvenil – no se articularon de una forma específica medidas y actuaciones para este colectivo⁷⁶. Los altos niveles de desempleo agudizados durante el período de crisis económica de 2008, justificaron la necesidad de emprender reformas laborales (primero en el año 2010 y, posteriormente, en el 2012) que, en materia de empleo juvenil, introdujeron y combinaron medidas relacionadas con la intermediación, la empleabilidad, el apoyo a la contratación y el emprendimiento para favorecer su inserción laboral. Ambas, en su conjunto, intentaron superar sin éxito dos grandes escollos que dificultaban la convergencia de nuestro país con los objetivos comunitarios: el desempleo y la precariedad laboral. Política considerada poco acertada incluso por la propia Unión Europea, que, refiriéndose en concreto a la reforma de 2012, la consideró ineficaz e inadecuada para

⁷⁶ *Vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*, p. 176.

mejorar las oportunidades de empleo de los jóvenes⁷⁷.

A las citadas reformas le sucedieron en los años siguientes múltiples intervenciones normativas, estrategias y planes de actuación que intentaron dar cumplimiento a las orientaciones de la UE de favorecer la inserción laboral y mejorar la empleabilidad de las personas jóvenes.

Así pues, en febrero de 2013 se publicó la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*, documento elaborado en colaboración con los interlocutores sociales para favorecer la inserción laboral (por cuenta ajena o bien a través del autoempleo o del emprendimiento) de los jóvenes, en principio menores de 25 años y ampliado posteriormente a los menores de 30 años⁷⁸. Con un presupuesto de 3.485 millones de euros⁷⁹ incorporaba una batería de 100 medidas (15 de choque y 85 con impacto a medio y largo plazo), que tuvieron su traducción normativa – las 15 de choque – en el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo⁸⁰ (convertido después en Ley 11/2013, de 26 de julio, del mismo título⁸¹). Medidas que tampoco obtuvieron el éxito de su pretendido título: el apoyo al emprendimiento y la creación de empleo joven. De los estudios doctrinales que prestaron específica atención a la implantación de este instrumento en España⁸² se extraen datos que ofrecen una visión de conjunto de la política de empleo española en la se aprecia que la trasposición de las orientaciones comunitarias tuvo importantes errores en su diseño.

La implantación de la Garantía Juvenil se llevó a cabo de forma precipitada con múltiples actuaciones y medidas, escasamente definidas o que se solapaban con otras anteriores, sin atender las particularidades del mercado laboral, ofreciendo escasa información a sus destinatarios y con una reducida dotación estatal en políticas activas de empleo⁸³.

⁷⁷ Vid. J.M. MORALES ORTEGA, *La Estrategia de emprendimiento y empleo joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa*, cit., p. 70.

⁷⁸ La DF 12ª de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (en *BOE*, 29 julio 2015, n. 180), extendió los beneficios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil a los jóvenes mayores de 25 años y menores de 30 mientras su tasa de desempleo superase el 20%, según la Encuesta de Población Activa correspondiente al último trimestre del año.

⁷⁹ De este importe 2.400 millones provienen de la Administración General del Estado y 1.100 millones del Fondo Social Europeo.

⁸⁰ En *BOE*, 23 febrero 2013, n. 47.

⁸¹ En *BOE*, 27 julio 2013, n. 179.

⁸² Cfr. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGU (dirs.), *op. cit.*, y J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *op. cit.*

⁸³ Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *El sistema nacional de Garantía Juvenil: entre un amplio número de medidas y unos resultados aún insuficientes*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (ed.), *Jóvenes y*

En su vertiente de empleo, se adoptaron mecanismos de eficacia no contrastada que ponían el foco de atención principal en modelos de contratación bonificada, básicamente temporal y a tiempo parcial⁸⁴. Con ellas, en lugar de servir de mejora, se ahondaba en los problemas estructurales del mercado de trabajo como la temporalidad y la segmentación.

A la aprobación de esta Estrategia, le siguió meses después el Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil, documento marco de actuación que incorporó la puesta en marcha el Programa Operativo de Empleo Juvenil para el período 2014-2020⁸⁵ con su correspondiente dotación financiera (2.360 millones de euros, de los que 943,5 millones procedían de la Iniciativa Empleo Joven). Las posteriores evaluaciones que se realizaron de sus ejes estratégicos (promover la sostenibilidad y la calidad en el empleo y favorecer la movilidad laboral; integración sostenible en el mercado de trabajo de las personas jóvenes que no tienen trabajo ni participan en los sistemas de educación ni formación, en particular en el contexto de la Garantía Juvenil y asistencia Técnica) destacan su limitado impacto y reducida perdurabilidad. Y ello porque, por un lado, los empleos conseguidos por las personas beneficiarias fueron, en su mayoría, de carácter temporal. Por otro, por la insuficiente información acerca de la existencia del Programa y de sus operaciones y las escasas evaluaciones para mejorar el diseño de las medidas⁸⁶.

Tomando como referente el Plan Nacional en el año 2014 se aprobó el Sistema Español de Garantía Juvenil (RD-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la

Empleo. Una mirada desde el derecho, la sociología y la economía, Centro Reina Sofía sobre adolescencia y juventud, FAD, 2016, pp. 57-59. Cabe apuntar también que, en términos de gasto, se produjo una importante disminución de los recursos destinados a políticas activas de empleo (una cuarta parte de los destinados a las políticas de empleo), que mantuvieron su descenso hasta el año 2014. Un resumen de datos en CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*, p. 181.

⁸⁴ Algunas de estas figuras contractuales creadas en este período fueron con los contratos a tiempo parcial con vinculación formativa, el contrato de primer empleo joven o la contratación de trabajadores jóvenes por microempresas y empresarios autónomos, fueron suprimidas en el 2018 cuando la tasa de desempleo se situó por debajo del 15%. *Vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*, p. 209.

⁸⁵ Aprobado el 12 de julio de 2014 se fijaron sus ejes estratégicos (promover la sostenibilidad y la calidad en el empleo y favorecer la movilidad laboral; integración sostenible en el mercado de trabajo de las personas jóvenes que no tienen trabajo ni participan en los sistemas de educación ni formación, en particular en el contexto de la Garantía Juvenil y asistencia Técnica).

⁸⁶ MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Segunda evaluación intermedia del Programa Operativo de Empleo Juvenil 2014-2020*, 2019, pp. 110 y 112.

eficiencia⁸⁷, convertido después en Ley 18/2014, de 15 de octubre⁸⁸). Un Sistema que fue poco efectivo en sus resultados y criticado por su escasa concreción. A salvo quedaron algunos aspectos formales, como la creación del fichero del Sistema y algunas modificaciones legislativas centradas, básicamente, en medidas de apoyo a la contratación – ya dispuestas en otras normas precedentes – y modificaciones en la legislación de empleo que, en su conjunto, servían para conectar – aunque no del todo – el Sistema con las normas y criterios definidos con anterioridad y con sus aspectos de carácter procedimental⁸⁹. A lo dicho se añadían otras cuestiones de integración del Sistema con la normativa precedente. Por ejemplo, en el límite de edad establecido en el Sistema (mayores de 16 o menores de 25 años, o menores de 30 años en el caso de personas discapacitadas en grado igual o superior al 33%) con la edad establecida en las medidas de fomento del empleo (menores de 30 años)⁹⁰.

Las cifras de desempleo resultantes evidenciaban los escasos resultados de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y de la Ley 11/2013 en la consecución de los objetivos comunitarios de mejorar los problemas y necesidades de la juventud en su acceso al mercado de trabajo, la mejora de su empleabilidad y el ajuste con la demanda laboral⁹¹. De ahí que se llevase a cabo un nuevo enfoque en la política de empleo juvenil en la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016⁹², texto aprobado por el

⁸⁷ En BOE, 5 julio 2014, n. 163.

⁸⁸ En BOE, 17 octubre 2014, n. 252.

⁸⁹ Vid. A.J. VALVERDE ASENSIO, *El sistema de garantía juvenil y la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *op. cit.*, pp. 298-299.

⁹⁰ La DF 12ª de la Ley 25/2015 modificó el límite de edad establecido en los arts. 88.d y 97.c de la Ley 18/2014 en el que se ampliaba a menores de 30, que cumplieran con los requisitos recogidos en la misma para beneficiarse de una acción derivada del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, hasta que su tasa de desempleo se situase por debajo del 20%, según la Encuesta de Población Activa correspondiente al último trimestre del año. Aplicación que sería efectiva a partir de la publicación de la correspondiente Resolución de la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social y actualizada siguiendo los datos de la EPA en el IV trimestre de cada anualidad. Y a tales efectos fue dictada la Resolución de 29 de julio de 2015, de la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, por la que se amplía el ámbito de aplicación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (en BOE, 30 julio 2015, n. 181). Vid. A.J. VALVERDE ASENSIO, *op. cit.*, pp. 304-305.

⁹¹ J.M. MORALES ORTEGA, *La Estrategia de emprendimiento y empleo joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa*, cit., p. 67.

⁹² En la necesidad de lograr un mejor encaje entre la competencia normativa de las políticas activas de empleo, que corresponde al Estado, con la de su ejecución, que corresponde a las Comunidades Autónomas, preservando, al mismo tiempo, la unidad en la atención de las personas en situación de desempleo se elabora la Estrategia Española de Empleo. Se

RD 751/2014, de 5 de septiembre⁹³, se centró en establecer e implantar un nuevo marco organizativo y conceptual en el que debería desarrollarse toda la planificación, programación, ejecución y evaluación de las políticas activas de empleo para el conjunto del Sistema Nacional de Empleo, con una perspectiva de orientación a resultados y evaluación.

A diferencia de su antecesora (la Estrategia Española de Empleo 2012-2014) otorgó atención preferente a los jóvenes incorporando entre sus objetivos estratégicos «la mejora de la empleabilidad de los jóvenes y el cumplimiento de lo previsto en la Garantía Juvenil»⁹⁴. Sucedió por la correspondiente al período 2017-2020 (aprobada por RD 1032/2017, de 15 de diciembre⁹⁵) sin una evaluación previa para detectar carencias y valorar los resultados de su precedente⁹⁶ se mantuvo como objetivo estratégico la población juvenil, si bien de una forma más concreta y vinculando las políticas activas de empleo con el sistema educativo para mejorar la empleabilidad de los jóvenes. Así se refiere en el primero de sus 5 objetivos estratégicos: Promover la activación y mejora de la empleabilidad de los jóvenes, con especial atención a los que presentan mayores deficiencias de formación y riesgo de precariedad laboral, mediante instrumentos como la Garantía Juvenil y la coordinación con el sistema educativo.

También se implicó en su desarrollo no solo al Sistema Nacional de Empleo, sino a otros organismos de la Administración General del Estado⁹⁷. Aunque finalizada la misma, su grado de implantación como en

trata de un instrumento de coordinación del Sistema Nacional de Empleo elaborado en colaboración con las Comunidades Autónomas y con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas (art. 4-*bis*, Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (en *BOE*, 17 diciembre 2003, n. 301), norma derogada por el RDL 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en *BOE*, 24 octubre 2015, n. 255)). Con la Estrategia se creó un marco normativo común para la coordinación y ejecución de las políticas de empleo y de las políticas activas de empleo en el conjunto del Estado. A partir de ella los Servicios Públicos de Empleo diseñan y gestionan sus propias políticas activas de empleo. no es únicamente un mecanismo para vertebrar y mejorar la eficiencia de estas políticas y del propio funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo. Se trata, por tanto, de un instrumento que sirve para vertebrar y mejorar la eficiencia de las políticas de empleo y del propio funcionamiento del Sistema Nacional de Empleo, a la par que contribuye a alcanzar las directrices y compromisos asumidos por España en materia de política de empleo.

⁹³ En *BOE*, 23 septiembre 2014, n. 231.

⁹⁴ Incluyó también 29 objetivos estructurales agrupados en los seis Ejes de las políticas de activación para el empleo recogidos en la Ley 56/2003: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo.

⁹⁵ En *BOE*, 16 diciembre 2017, n. 305.

⁹⁶ *Vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*, p. 184.

⁹⁷ *Idem.*

las precedentes Estrategias fue muy limitado en términos de eficacia y eficiencia sin que se cumpliera la evaluación prevista⁹⁸.

Para mejorar la gestión y eficacia del Sistema Nacional de Garantía Juvenil el RD-Ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil⁹⁹ introduce correcciones principalmente de carácter procedimental, que simplificaron los trámites de acceso, inscripción y atención de los jóvenes en el Sistema de Garantía Juvenil, para favorecer la participación de los más necesitados que por diferentes motivos no se inscribían¹⁰⁰ y se incrementó la participación de los interlocutores sociales¹⁰¹.

En fechas más recientes se aprobó el Plan de Choque por el Empleo Joven (2019-2021)¹⁰² incidiendo en el reiterado objetivo de mejorar la integración laboral de los jóvenes en el mercado de trabajo. Con una dotación presupuestaria para el conjunto del periodo 2019-2021 de 2.000 millones de euros, el Plan perseguía reducir la tasa de paro joven al 23,5% y ocupar a 168.000 jóvenes menores de 25 años en paro. Para ello dispuso un conjunto de 50 medidas que se articularon en torno a los 6 ejes de las políticas de activación para el empleo recogidos en la Ley 56/2003, cuya novedad principal radica en su diseño integral, que atendía a la heterogeneidad del colectivo de jóvenes permitiendo la combinación de medidas según perfil y características formativas y laborales de sus destinatarios¹⁰³. Finalizado su período de ejecución las cifras del desempleo juvenil según el informe *Jóvenes y Mercado de Trabajo* de marzo de 2022 – que recoge los datos correspondientes al IV trimestre de 2021 – se observa una leve reducción del desempleo, pero que queda lejos de la reducción

⁹⁸ *Vid.* las conclusiones de la aplicación de la Estrategia 2017-2020 en el capítulo I, § 5, de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, aprobada por [RD 1069/2021, de 4 de diciembre](#) (en *BOE*, 7 diciembre 2021, n. 292).

⁹⁹ En *BOE*, 24 diciembre 2016, n. 310.

¹⁰⁰ Un paso más en esta dirección fue la modificación llevada cabo en el art. 98.5 por la DF 28ª de la Ley 3/2017, que incorpora al Sistema de Garantía Juvenil a los jóvenes inscritos en el Servicio Público de Empleo. *Vid.* P. NIETO ROJAS, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁰¹ Permitiendo su participación en el procedimiento de inscripción y en la Comisión Delegada de Seguimiento y Evaluación de dicho Sistema.

¹⁰² Elaborado en colaboración con la Comunidades Autónomas y resultado del acuerdo firmado el 5 de diciembre de 2018 por el Gobierno y los interlocutores sociales.

¹⁰³ Incorporó también la elaboración de un Plan Anual de Actuación vinculado al PAPE en coordinación con el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, un seguimiento periódico y una evaluación a los 18 meses de funcionamiento, sobre la base de un conjunto de indicadores a elaborar. Como mejora de los servicios de empleo destaca también el programa *Orienta Joven* que incorporó 3.000 nuevos orientadores. *Vid.* un esquema del conjunto de las medidas y del avance de actuaciones en CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*, recuadro 9, pp. 189-191.

pretendida por este instrumento¹⁰⁴. Pese a ello se destaca el esfuerzo conjunto de la Administración General del Estado, las CC.AA. y los interlocutores sociales y económicos y el inicio de un modelo de gobernanza y de buenas prácticas en el que participan más de 60 representantes de distintos departamentos ministeriales y entidades basado en dinámicas cooperativas en la lucha contra el desempleo juvenil que han convertido este objetivo en política transversal del Estado¹⁰⁵.

En su vertiente formativa, la Ley 11/2013 no favoreció la empleabilidad juvenil. Ni tampoco las modificaciones previas introducidas en los contratos de formación¹⁰⁶. Ni siquiera el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual¹⁰⁷, formación dual exitosa en otros países, consiguió que su implantación favoreciera la inserción laboral temprana de los jóvenes como sucede en otros Estados¹⁰⁸. Problema que se entiende obedecía a diversas causas: a la necesidad de mejorar la calidad de la formación para ajustar los programas formativos y las cualificaciones a las exigencias del mercado, a la ausencia de evaluaciones periódicas para medir su impacto, a la deficiente coordinación territorial para instrumentar las medidas derivadas del Sistema y a la insuficiente información y financiación para poder favorecer su implantación en todo el tejido empresarial, en especial en las PYME¹⁰⁹.

En un intento de agilizar la dificultosa inserción laboral de los jóvenes al mercado se introducen cambios que, en definitiva, vinieron a desplazar la

¹⁰⁴ Los datos del [informe](#), p. 9, señalan una tasa de desempleo del 30,7% para los jóvenes de hasta 24 años. La tasa de paro para los jóvenes menores de 29 años se sitúa en el 23,6%.

¹⁰⁵ *Vid.* el análisis de las actuaciones puesta en marcha en el marco de los objetivos estratégicos de la Estrategia 2017-2020 en el texto de la Estrategia de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 ([RD 1069/2021](#)).

¹⁰⁶ Las más próximas a la introducción de la garantía juvenil se llevaron fueron introducidas la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para el mercado de trabajo (en *BOE*, 18 septiembre 2010, n. 227), el RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (en *BOE*, 30 agosto 2011, n. 208) y por la Ley 3/2012, norma que deriva del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en *BOE*, 11 febrero 2012, n. 36).

¹⁰⁷ En *BOE*, 9 noviembre 2012, n. 270.

¹⁰⁸ Como muestra de lo dicho, a título de ejemplo, es el aplazamiento hasta el 31 de diciembre de 2014 de esa teórica formación aseguradora de la empleabilidad que se recoge en la DF 6ª del RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (en *BOE*, 21 diciembre 2013, n. 305) y que contempla el RD 1529/2012.

¹⁰⁹ *Vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*, pp. 196-197.

finalidad formativa del contrato de formación (antiguo contrato de formación y aprendizaje desde el RD-Ley 10/2011 en favor del empleo. Cambios que, principalmente, se dirigieron a hacer de esta modalidad una opción atractiva al empresariado (con la ampliación del perfil de sus destinatarios, incrementando el límite de edad, permitiendo la sucesión de contratos, o acompañándolo de bonificaciones sociales que disminuyen su coste)¹¹⁰. Se distorsiona así la finalidad para la que fue creada de mejorar la empleabilidad de los jóvenes con baja cualificación y favorecer su inserción en el mercado de trabajo¹¹¹.

En definitiva, la formación no parecía ocupar un lugar prioritario en los objetivos estatales en materia de empleo ofreciendo, en su lugar, al empresario, “mano de obra temporal y barata”¹¹². Y pese a ello, el contrato de formación continuó siendo un recurso muy poco utilizado por los empresarios.

Las modificaciones operadas en el art. 11 ET tampoco incidieron en una mejora notable de la contratación en prácticas (modalidad formativa prevista para que los jóvenes con titulaciones universitarias o de formación profesional adquieran la experiencia práctica necesaria que corresponde a su nivel educativo). Modalidad contractual que incrementaba su uso en los períodos en los que se acompañaban de bonificaciones en las cotizaciones sociales. No obstante, este atractivo que se aderezaba al contrato en prácticas, tuvo escaso impacto debido al desarrollo de un variado sistema de becas y de prácticas no laborales que se ofrecían a jóvenes estudiantes o titulados¹¹³. Pero como advirtió la Comisión Europea en la Comunicación de 5 de diciembre de 2012, *Hacia un Marco de Calidad para los Períodos de Prácticas*¹¹⁴, el recurso a los sistemas de prácticas no laborales como vía de acceso al empleo, planteaba importantes problemas. La escasa concreción

¹¹⁰ F. CAVAS MARTÍNEZ, *La reforma de los contratos formativos y el fomento del empleo juvenil*, en A. MONTOYA MELGAR, F. CAVAS MARTÍNEZ (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Civitas, 2011, pp. 161-162.

¹¹¹ Datos recientes publicados por el Servicio Público de Empleo constatan el escaso uso de esta modalidad contractual, en continuado descenso desde el año 2016. *Vid.* MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Jóvenes y Mercado de Trabajo*, Informe Jóvenes, 2022, n. 34, p. 16.

¹¹² Un riesgo que fue puesto de manifiesto por la propia Comisión como se indica en J.M. MORALES ORTEGA, *La Estrategia de emprendimiento y empleo joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa*, cit., nota 53, p. 92, en relación con pp. 96-97.

¹¹³ E. ROALES PANIAGUA, *Prácticas no laborales: entre la formación y la empleabilidad*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *op. cit.*, pp. 326-327; M.L. MOLERO MARAÑÓN, *El desafío de la contratación en el empleo juvenil*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (ed.), *op. cit.*, pp. 88-90.

¹¹⁴ [COM\(2012\)728 final](#).

de su normativa reguladora y el débil control de la Administración ha permitido su uso abusivo: prácticas de mala calidad y no acordes con la titulación de sus destinatarios¹¹⁵.

6. Las nuevas políticas en España para afrontar los retos del futuro

Para evitar otra “generación perdida”¹¹⁶ el Gobierno de España, con el apoyo económico de los nuevos instrumentos de financiación comunitarios para contrarrestar el impacto de la pandemia (Next Generation EU) y de los fondos previstos en el marco financiero plurianual¹¹⁷, ha puesto en marcha el [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#) de 27 de abril de 2021 que contiene 10 políticas palanca y 30 componentes orientadas a corregir desequilibrios y afrontar los futuros retos de una sociedad global y digitalizada que transita hacia la economía verde y responder a los perfiles profesionales necesarios para cubrir la demanda de empleo cualificado que exige el sistema productivo y la globalización de la economía¹¹⁸. En ellas se presta especial atención al desarrollo de oportunidades vitales y profesionales para las generaciones futuras.

Sin entrar en el detalle de cada una de ellas y por lo que respecta a los jóvenes, la nueva agenda de políticas públicas de empleo contiene un despliegue de reformas importantes que contienen medidas ambiciosas, orientadas a corregir los déficits de gestión de los servicios públicos de empleo, mejorar la empleabilidad y capacidades de los jóvenes reforzando su capital humano mediante la reforma de la educación¹¹⁹, la universidad, la

¹¹⁵ *Vid.* E. ROALES PANIAGUA, *op. cit.*, p. 329 en relación con p. 340.

¹¹⁶ Así se expresa el Parlamento en su Resolución [2022/C 184/02](#), cit.

¹¹⁷ A raíz de las conclusiones del Consejo Europeo de 21 de julio de 2020 en relación con las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria originada por el Covid-19, y de la necesidad de realizar un esfuerzo conjunto que impulse la convergencia, la resiliencia y la transformación de la UE, la Comisión Europea puso en marcha un paquete de medidas que aúna el marco financiero plurianual 2021-2027 reforzado y un Instrumento Europeo de Recuperación (Next Generation EU) cuyo elemento central es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

¹¹⁸ El Plan contempla una inversión total de 140.000 millones de euros, de los cuales, 70.000 millones se corresponden con transferencias previstas bajo el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y 12.400 millones con el instrumento REACT-EU. *Vid.* GOBIERNO DE ESPAÑA, [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#), 2021, p. 186.

¹¹⁹ Las últimas modificaciones introducidas en materia educativa han sido la LO 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (en *BOE*, 1º abril 2022, n. 78); el [RD 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria](#) (en *BOE*, 30 marzo 2022, n. 76); [RD 95/2022, de 1º de febrero, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas](#)

formación profesional (componentes 20 y 21) y políticas activas de empleo, impulsando la formación profesional y el emprendimiento con un despliegue importante de ayudas e incentivos a la contratación (componente 23).

Al cumplimiento de dichos componentes y enfocado al desempleo juvenil destacamos especialmente las reformas llevadas a cabo por el RD-Ley 32/2021 en los contratos formativos (art. 11 ET). En sus dos variantes contractuales: contrato de formación en alternancia y contrato para la obtención de una práctica profesional¹²⁰ se pretende el reforzamiento del valor de la formación como pilares esenciales de esta modalidad contractual. Posición que no se debió perder en las reformas precedentes.

A subrayar también las reformas realizadas respecto a los límites de la contratación temporal, que reformulan las modalidades contractuales y refuerzan la contratación indefinida y la lucha contra la precariedad laboral. Igualmente destacable resulta el Plan de Garantía Juvenil Plus (2021-2027) de trabajo digno para las personas jóvenes¹²¹. Siguiendo con el objetivo central que viene caracterizando a planes anteriores (mejorar la cualificación de las personas jóvenes para que adquieran las competencias profesionales y técnicas necesarias para acceder al mercado laboral) y dar cumplimiento a los Objetivos 5 y 8 de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, el Plan contempla un conjunto de acciones para el empleo juvenil de las que cabe señalar el mayor acceso a la información con nuevas herramientas (una línea telefónica de atención gratuita y un espacio virtual para búsqueda y selección de ofertas de empleo y actividades formativas).

Y dentro de las actuaciones contempladas en el componente 23 y dirigida a

[mínimas de la Educación Infantil](#) (en BOE, 2 febrero 2022, n. 28); [RD 157/2022, de 1º de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria](#) (en BOE, 2 marzo 2022, n. 52); [RD 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato](#) (en BOE, 6 abril 2022, n. 82). Y en fecha reciente la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1º de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en BOE, 6 septiembre 2022, n. 214).

¹²⁰ En el contrato de formación en alternancia la formación teórico-práctica que se recibe permite la obtención de la titulación o certificado de profesionalidad que corresponda. En cambio, en el contrato para la obtención de una práctica profesional, como su propio nombre indica, el sujeto recibe la práctica profesional adecuada a la titulación que posee. *Vid.* un estudio detallado de esta modalidad contractual en J.R. MERCADER UGUINA, A. MORENO SOLANA, [La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes](#), en [Trabajo, Persona, Derecho Mercado, 2022, n. monográfico](#).

¹²¹ El Plan de Garantía Juvenil Plus (2021-2027), aprobado el 8 de junio de 2021, cuenta con una inversión de 4.950 millones de euros de los que 3.263 millones de euros se reciben del Fondo Social Europeo.

la modernización de las políticas activas de empleo se señala la nueva Estrategia de Empleo 2021-2024. De ella subrayamos dos aspectos. Por un lado, que dentro de sus objetivos estratégicos¹²², y a diferencia de las Estrategias correspondientes a los períodos 2017-2020 y 2013-2016, no se refieren de forma específica al colectivo juvenil. Pero ello no significa que se le otorgue una menor importancia, sino que las acciones para los jóvenes se diseñan con un enfoque holístico que atienda las circunstancias de acceso y mantenimiento del empleo, ofreciendo una atención integrada en forma de itinerarios que permitan combinar servicios y programas de activación en función de las necesidades concretas y coordinadas con medidas de intervención y protección social. Por otro, el seguimiento y la evaluación de resultados a través de indicadores de esfuerzo e impacto, el análisis de satisfacción de las personas y las empresas que utilizan los servicios o participan en los programas y la comparación de resultados como instrumento de mejora y aprendizaje destinatarios y el mantenimiento.

7. Reflexión final

Del trabajo realizado se desprenden reflexiones que coinciden con estudios precedentes en afirmar que la inserción laboral y social de los jóvenes es un factor clave para que puedan cumplir sus expectativas vitales de emancipación, desarrollo personal y formación de una familia. Sin embargo, los graves problemas a los que se enfrentan para poder acceder al mercado de trabajo dificultan su integración plena en la sociedad agravando su posición de precariedad y los riesgos de exclusión social. Esta situación estructural caracteriza a la sociedad española diferenciándola de sus socios comunitarios.

También se evidencia el esfuerzo gubernamental realizado hacia este colectivo vulnerable, objeto de un amplio despliegue de normas, acciones y medidas de insuficientes resultados, así como los intentos de corrección y de mejora. De ahí que valoremos positivamente el giro realizado en las políticas públicas socializadoras. Políticas que están en consonancia con el Pilar Europeo de Derechos Sociales y con los Objetivos de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, que ponen el foco de atención en el individuo y en su bienestar económico y social y que se están traduciendo en múltiples medidas de carácter transversal en los distintos Estados.

¹²² Enfoque centrado en las personas y en las empresas, la coherencia con la transformación productiva, la orientación hacia resultados, la mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo y la gobernanza y cohesión del Sistema Nacional de Empleo.

De especial interés son las nuevas políticas y estrategias de empleo juvenil que se están poniendo en marcha y que siguen las directrices de la UE (situar la sostenibilidad, la inclusión social y el bienestar de los ciudadanos en el centro de la estrategia económica de la Unión, en la necesidad de integrar los objetivos sociales, el progreso social, el bienestar social, la sostenibilidad y la mejora del medioambiente en todas sus políticas y en el progreso coordinado de los Estados miembros).

Medidas que, en su vertiente formativa, tienen como paradigma el modelo alemán que incide en la educación y la formación profesional como elementos fundamentales para abordar los nuevos desafíos socioeconómicos de futuro y para el acceso y mantenimiento de los jóvenes al mercado de trabajo.

Y para evitar y corregir situaciones de exclusión social y favorecer su inclusión laboral, especialmente de los más necesitados e incidiendo en de menor de edad, se atiende a la diversidad de este colectivo con actuaciones específicas orientadas a la formación o al empleo acompañadas de otras políticas transversales y de actuaciones conjuntas de las distintas administraciones públicas y también de entes públicos y privados implicados en la atención juvenil en otras facetas de su vida como la vivienda, salud, familia, etc.

A nuestro modo de ver, la senda iniciada por las políticas activas de empleo en España parece ir en la dirección adecuada, hecho que valoramos de manera positiva. Sin embargo, se ha de reconocer que se trata de un conjunto de medidas muy ambiciosas, cuyos resultados no tendrán efectos a corto plazo, porque se tratan de medidas que precisan de un período de tiempo más prolongado para poder observar su impacto en el mercado de trabajo. No obstante, coincidimos en que la coyuntura actual y los fondos europeos deben ser aprovechados para la puesta en marcha de medidas correctoras de los déficits estructurales y aperturen la senda hacia un crecimiento económico ascendente, sostenible y socialmente inclusivo.

8. Bibliografía

ADECCO GROUP INSTITUTE (2022), [*Anuario del Mercado de Trabajo 2022*](#)

ADECCO GROUP INSTITUTE (2022), [*I Barómetro Adecco Outsourcing sobre productividad y eficiencia*](#)

CAVAS MARTÍNEZ F. (2011), *La reforma de los contratos formativos y el fomento del empleo juvenil*, en A. MONTOYA MELGAR, F. CAVAS MARTÍNEZ (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Civitas

- COMISIÓN EUROPEA (2022), [*Educación y formación profesionales. Capacidades para hoy para el futuro*](#)
- COMISIÓN EUROPEA (2022), [*Sobre la Alianza Europea para la Formación de Aprendices*](#), en ec.europa.eu, 20 enero
- COMISIÓN EUROPEA (2020), [*Discurso de la presidenta Von der Leyen en la sesión plenaria del Parlamento Europeo sobre el paquete de recuperación de la UE*](#), en ec.europa.eu, 27 mayo
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2020), [*Jóvenes y Mercado de Trabajo en España*](#), Informe, n. 2
- ESCODERO RODRÍGUEZ R. (2016), [*El sistema nacional de Garantía Juvenil: entre un amplio número de medidas y unos resultados aún insuficientes*](#), en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (ed.), [*Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el derecho, la sociología y la economía*](#), Centro Reina Sofía sobre adolescencia y juventud, FAD
- EURODESK ESPAÑA (2022), [*Eurostat: Tasa de paro zona euro diciembre 2021*](#), en www.eurodesk.es, 2 febrero
- EUROPEAN COMMISSION, [*Commissioner Schmit visit spotlights youth employment organisation in Duisburger Werkkiste*](#), en ec.europa.eu/european-social-fund-plus
- EUROPEAN COMMISSION (2013), [*Employment package*](#), en ec.europa.eu, 6 febrero
- EUROSTAT (2022), [*Involuntary part-time employment as percentage of the total part-time employment for young people by sex and age*](#), en ec.europa.eu/eurostat, 4 julio
- EUROSTAT (2022), [*Youth unemployment by sex, age and educational attainment level*](#), en ec.europa.eu/eurostat, 4 julio
- EUROSTAT (2022), [*Statistics on young people neither in employment nor in education or training \(NEET\)*](#), en ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained, 15 junio
- EUROSTAT (2022), [*Number of enterprises in the non-financial business economy by size class of employment*](#), en ec.europa.eu/eurostat, 18 mayo
- EUROSTAT (2022), [*Early leavers from education and training by sex and labour status*](#), en ec.europa.eu/eurostat, 28 abril
- EUROSTAT (2021), [*Foreign citizens more likely than nationals to be over-qualified*](#), en ec.europa.eu/eurostat, 26 enero
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., CALVO GALLEGO F.J. (dirs.) (2013), *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo
- FERNÁNDEZ R. (2022), [*Tasa de paro juvenil en los países de la Unión Europea en 2021-2022*](#), en es.statista.com, 3 agosto
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), [*España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*](#)

- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), [*Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*](#)
- HERNÁNDEZ BEJARANO M. (2014), [*El período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: un ejemplo de vulneración de la Carta Social Europea. Sentencia nº 412/13 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013*](#), en [*Temas Laborales*](#), n. 124, pp. 227-243
- HERNÁNDEZ BEJARANO M. (2013), *Reformas introducidas en el contrato para la formación y el aprendizaje tras la Ley 3/2012, de 6 de julio*, en E. CASTELLANO BURGUILLO, I. FERIA BASILIO (dirs.), *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Punto Rojo Libros
- ILO (2020), [*What stands between youth and decent jobs?*](#), § [*Being poor despite having a job*](#), en www.ilo.org, 21 febrero
- INE (2021), [*El número de empresas activas disminuyó un 1,1% durante 2020 y se situó en 3,37 millones. El 18,0% de las empresas activas tenía 20 o más años y el 18,5% menos de dos*](#), Nota de prensa, 13 diciembre
- LÓPEZ AHUMADA J.E. (2021), [*Reflexiones sobre la situación del empleo juvenil y el fomento de su empleabilidad: mercado de trabajo y políticas de empleo en la Unión Europea y España*](#), en [*Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*](#), n. 12, pp. 21-37
- MAUDOS J. (2021), [*Productividad y reformas estructurales, esa es la cuestión*](#), en [*Cuadernos de Información Económica*](#), n. 285, pp. 45-52
- MERCADER UGUINA J.R., MORENO SOLANA A. (2022), [*La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes*](#), en [*Trabajo, Persona, Derecho Mercado*](#), n. monográfico, pp. 63-88
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO (2022), [*Cifras PyME. Datos enero 2022*](#)
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO (2022), [*Estructura y dinámica empresarial en España. Datos a 1 de enero de 2021*](#)
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), [*Jóvenes y Mercado de Trabajo*](#), Informe Jóvenes, n. 32
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2022), [*Jóvenes y Mercado de Trabajo*](#), Informe Jóvenes, 2022, n. 34
- MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL (2019), [*Segunda evaluación intermedia del Programa Operativo de Empleo Juvenil 2014-2020*](#)
- MOLERO MARAÑÓN M.L. (2016), [*El desafío de la contratación en el empleo juvenil*](#), en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (ed.), [*Jóvenes y Empleo. Una mirada desde el derecho, la sociología y la economía*](#), Centro Reina Sofía sobre adolescencia y juventud, FAD
- MORALES ORTEGA J.M. (2014), [*Las políticas de empleo en la Unión Europea y la Garantía Juvenil: antecedentes, contexto y contenido*](#), en J.M. MORALES ORTEGA (dir.),

Jóvenes y políticas de empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil, Bomarzo

MORALES ORTEGA J.M. (2013), *La Estrategia de emprendimiento y empleo joven y la Ley 11/2013, en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa*, en en M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGO (dirs.), *La estrategia de emprendimiento y empleo joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Bomarzo

MORENO MÍNGUEZ A. (2015), [La empleabilidad de los jóvenes en España: Explicando el elevado desempleo juvenil durante la recesión económica](#), en [Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales](#), n. 1, pp. 3-20

NACIONES UNIDAS (2021), [Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2021](#)

NACIONES UNIDAS (2018), [La Agenda para el Desarrollo Sostenible](#), en [www.un.org](#), 1º noviembre

NIETO ROJAS P. (2018), [Estrategias de inclusión social de los jóvenes no cualificados en el marco del sistema de garantía juvenil. Una aproximación comparada](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 3, pp. 86-105

OECD (2022), [Temporary employment](#), en [data.oecd.org](#), 1º septiembre

OFICINA DE INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA (2022), [Alemania](#), Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación

OIT (2021), [La COVID-19 y el mundo del trabajo. Séptima edición. Estimaciones actualizadas y análisis](#), Observatorio OIT, 25 enero

OIT (2020), [Prevenir la exclusión del mercado de trabajo: Afrontar la crisis del empleo juvenil provocada por la COVID-19](#), Nota OIT, 30 junio

OIT (2020), [El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas](#), Observatorio OIT, 18 marzo

RAYA MELLADO P. (2011), [¿Por qué es tan baja la tasa de paro en Alemania?](#), en [eXtoikos](#), n. 3, pp. 81-85

ROALES PANIAGUA E. (2014), *Prácticas no laborales: entre la formación y la empleabilidad*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Jóvenes y políticas de empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Bomarzo

RODRÍGUEZ, J. RAMOS C. (2016), [El sistema español de Garantía Juvenil y Formación Profesional Dual en el contexto de la Estrategia Europea de Empleo](#), ICEI Working Paper, n. 1

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO (2017), [¿Han sido determinantes las políticas de la UE en cuanto al desempleo juvenil? Evaluación de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil](#), Informe Especial, n. 5

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO (2015), [Garantía juvenil de la UE: Se han dado los primeros pasos pero la aplicación del programa presenta riesgos](#), Informe Especial, n. 3

VALVERDE ASENSIO A.J. (2014), *El sistema de garantía juvenil y la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *Jóvenes y políticas de empleo. Entre la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Garantía Juvenil*, Bomarzo

Páginas web

Decent Jobs for Youth: <https://www.decentjobsforyouth.org/>, sección *About*

Erasmus+: <http://www.erasmusplus.gob.es/>

EURES: https://ec.europa.eu/eures/public/index_es

Mujer embarazada y barreras en el acceso al empleo*

José Enrique RUIZ SAURA**

RESUMEN: La igualdad de la mujer en el acceso al empleo es un pilar básico para la cohesión social en España y en el conjunto del espacio comunitario, lo cual hace que sea un objetivo que debe guiar permanentemente la actuación de los poderes públicos y de los operadores jurídicos. Y esta cuestión es aún más relevante cuando la tutela antidiscriminatoria tiene como destinataria a una mujer en estado de gestación o en un momento inmediatamente posterior al parto. Por ello, a nivel nacional y en el seno la Unión Europea, la doctrina jurisprudencial ha llevado a cabo una extensa reflexión sobre el alcance y extensión del ordenamiento jurídico para dispensar la protección necesaria ante una desigualdad histórica en el ámbito del trabajo, como es la soportada por la mujer frente al hombre. Esta ingente actividad llevada a cabo por los más altos tribunales en los últimos años requiere una ordenación y sistematización para la efectiva construcción jurisprudencial del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en la coyuntura del acceso a un puesto de trabajo.

Palabras clave: Mujer, embarazo, discriminación, acceso al empleo, igualdad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptualización *iuslaboralista* de la conducta discriminatoria. 3. Breve repaso a la protección contra la discriminación por embarazo en el ordenamiento nacional e internacional. 4. La construcción jurisprudencial del derecho a la igualdad en el acceso al empleo de la mujer embarazada. 4.1. Discriminación de una trabajadora embarazada antes de existir la propia relación laboral. 4.2. Discriminación en el proceso de selección. 4.3. ¿Es necesaria la intencionalidad del acto discriminatorio? 4.4. ¿Cabe la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo sin haberse acreditado el conocimiento del embarazo por parte de la empresa? 5. Conclusiones y propuesta *lege ferenda*. 6. Bibliografía.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación *La actividad sindical y derechos colectivos en las relaciones laborales del siglo XXI*, realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

** Investigador Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo, Universidad de Murcia (España).

Pregnant Women and Barriers in Access to Employment

ABSTRACT: The equality of women in access to employment is a basic pillar for social cohesion in Spain and in the community space as a whole, which makes it an objective that must permanently guide the action of public authorities and legal operators. And this issue is even more relevant when the anti-discriminatory guardianship is addressed to a pregnant woman or at a time immediately after childbirth. For this reason, at the national level and within the European Union, the jurisprudential doctrine has carried out an extensive reflection on the scope and extension of the legal system to provide the necessary protection in the face of historical inequality in the field of work, such as the endured by women against men. This enormous activity carried out by the highest courts in recent years requires ordering and systematization for the effective jurisprudential construction of the right to equality and non-discrimination based on sex in the context of access to a job.

Key Words: Woman, pregnancy, discrimination, access to employment, equality.

1. Introducción

La igualdad de oportunidades constituye una garantía de protección contra la exclusión social, especialmente, en el ámbito laboral. De tal manera que la misma, en el modelo actual de Estado de derecho vigente en nuestro entorno, repercute en el ejercicio en libertad y con autosuficiencia de otros derechos sociales inherentes a la persona. Una casuística ejemplificativa de ello se da en determinados supuestos de mujeres víctimas de violencia de género, a las cuales la posibilidad de una reinserción laboral que les permita superar la dependencia económica de su agresor, puede suponerles un acicate para romper su silencio¹.

Dada su importancia, a lo largo de los últimos años, se han arbitrado fórmulas y mecanismos para enfrentar la desigualdad originada por motivos de género en el ámbito del trabajo, siendo destacable en este sentido la protección del embarazo de la mujer trabajadora. No en vano, desde el inicio de las relaciones laborales modernas, se han reiterado las situaciones en las que ésta ha tenido que lidiar con una cultura empresarial arcaica que ha “penalizado” (y casi estigmatizado) laboralmente a la maternidad. Esto se ha producido de diversas formas: bien excluyendo a la mujer del acceso al empleo, atribuyéndole unas condiciones de trabajo más desventajosas o, directamente, extinguiendo su relación laboral unilateralmente al constatar el advenimiento de una maternidad en el corto plazo. Y ello, bajo el pretexto de que el rol de madre supone para la mujer una “distracción” de sus cometidos laborales, o por considerar un perjuicio hacia la empresa el acogimiento a la baja maternal, entendiéndose que ejercer este derecho generaría la “molestia” de soportar la ausencia temporal de dicha trabajadora y tener que recurrir a alguien externo que la sustituyera, teniendo que desarrollar un proceso de adaptación para una vacante de corta duración².

Además, dada la precariedad laboral inherente a una parte importante de la población activa femenina, también se ha incidido en la necesidad de una protección jurídico-legal que evite a la trabajadora embarazada cualquier perjuicio psicofísico derivado de un temor fundado a quedar fuera del mercado laboral³. Así como llegar al triste extremo de sopesar una

¹ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, *El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente*, en *Lan Harremanak*, 2012, n. 25, p. 24.

² J. SÁNCHEZ PÉREZ, *La discriminación laboral por razón de embarazo*, en C. Molina Navarrete (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019, p. 355.

³ A. DE LA FUENTE, *La precariedad y el paro tienen rostro de mujer*, en *www.publico.es*, 5 marzo

interrupción voluntaria de su gestación ante el riesgo de perder un puesto de trabajo que suponga su único medio de subsistencia⁴.

En consecuencia, atajar todo lo posible la discriminación en el acceso al empleo, es una medida que favorece la cohesión social, especialmente, si es por razón de sexo. Así mismo, en el caso de la protección del embarazo de la mujer trabajadora, además de facilitar su inserción laboral, la tutela antidiscriminatoria de los poderes públicos incide transversalmente en otras cuestiones sensiblemente importantes para nuestro modelo de protección social. De hecho, los problemas acentuados de la mujer para el acceso a un empleo estable y de calidad en nuestro mercado de trabajo⁵, son un factor determinante en el retraso generalizado de la edad de las mujeres españolas para ser madres, en la disminución del número de hijos de las familias o encontrarse en la tesitura de tener que decantarse por una planificación vital enfocada íntegramente a la carrera profesional en detrimento de la maternidad⁶. Por tanto, la lucha por la igualdad entre ambos sexos en el ámbito del trabajo también es una herramienta que puede contribuir a superar los bajos índices de natalidad y hacer frente al progresivo envejecimiento poblacional que pone en riesgo la sostenibilidad del sistema público de pensiones para las próximas generaciones⁷.

Todo lo expuesto revela la importancia de que, la actividad legislativa, doctrinal y jurisprudencial en materia de tutela antidiscriminatoria, esté a la altura de las necesidades sociales de nuestro tiempo y contribuya a poner en su justo valor el papel de la mujer como madre y como trabajadora.

2. Conceptualización *iuslaboralista* de la conducta discriminatoria

Se entiende que concurre una conducta discriminatoria por razón de sexo cuando se realiza una acción que genera un resultado perjudicial para la mujer trabajadora que la sufre, ya sea por ver cercenados sus derechos o sus

2021.

⁴ J. SANCHEZ PEREZ, *op. cit.*, p. 347.

⁵ Según el INE, en España, la brecha de género (hombres/mujeres) en las tasas de empleo de la población de 16 y más años alcanzó valor de 11,1 puntos en el año 2020 (aumento de 0,1 puntos con respecto a los valores de 2015). *Vid.* INE, [Tasas de empleo según grupos de edad. Brecha de género](#), en www.ine.es, 28 mayo 2021.

⁶ EL PAÍS, [Desastre demográfico](#), en elpais.com, 21 junio 2021.

⁷ Según las previsiones de la ONU para el año 2050, España quedaría situada entre los tres países más envejecidos del mundo, junto a Corea del Sur y Japón (*vid.* J. SÁNCHEZ PÉREZ, *No hay niños en el parque*, en F. ORTIZ CASTILLO, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, 2014).

legítimas expectativas profesionales. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional (TC), que también ha puntualizado que el concepto de “discriminación” no sólo comprende las acciones lesivas basadas estrictamente en que la persona trabajadora sea mujer en lugar de hombre, sino que también abarca la concurrencia de razones o circunstancias vinculadas inequívocamente con el sexo de esa persona. Y esto es lo que ocurre con el embarazo, que es una circunstancia exclusivamente propia del género femenino⁸.

El TC ha formulado este criterio sobre la base de que, para la adecuada consideración de los parámetros contenidos en el art. 14 de la Constitución Española de 1978 (CE) en lo tocante a la igualdad de la mujer en el seno de las relaciones laborales, «es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre»⁹.

Por su parte, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, señala en su consideración 23^a que, en base a lo que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo». Esto implica que, cualquier comportamiento atentatorio contra la mujer trabajadora que se plantee o pueda plantearse su condición de madre en un futuro, ha de estar comprendido dentro del concepto de discriminación de género¹⁰.

En consecuencia, es clara la importancia de que los poderes públicos, los operadores jurídicos y los interlocutores sociales ejerzan su labor con la voluntad de aplicar y controlar el cumplimiento de la normativa en materia de protección contra la discriminación por razón de sexo, con la necesidad de superar los obstáculos que dimanaban de las desventajas estructurales que ha arrastrado tradicionalmente la mujer en el ámbito social y económico. Y para ello, es fundamental priorizar una interpretación finalística del derecho del trabajo presidida por los objetivos sociales de igualdad plena en el seno

⁸ STC 3/2007, de 15 de enero (rec. 6715/2003), FJ 2; *vid.* también STC 173/1994, de 7 de junio (rec. 18/1992), FJ 2; STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; STC 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, o STC 17/2003, de 30 de enero (rec. 1150/1999), FJ 3.

⁹ STC 3/2007, cit., FJ 2.

¹⁰ J. SÁNCHEZ PÉREZ, *La discriminación laboral por razón de embarazo*, cit., p. 342.

de las relaciones laborales contenidos en la normativa de aplicación, en detrimento de limitarse a la mera aplicación de la literalidad de la norma en abstracto¹¹. Esto es, legislar y juzgar con perspectiva de género es enormemente relevante para el cometido señalado.

Y como es obvio, esta voluntad requerida no debe reservarse a la casuística ya conocida por ser reiterada, sino que debe estar abierta a las nuevas realidades de nuestro tiempo. Una clara muestra de ello fue el criterio flexibilizador y tuitivo de la norma (en este caso, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia) contenido en la doctrina del asunto *Mayr*¹². En esa ocasión, el TJUE entendió que la prohibición legal de despedir sin causa justificada a trabajadoras embarazadas durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad debía hacerse extensivo al momento de iniciarse un proceso de la fecundación *in vitro*, aunque la perseguida fecundación aún no hubiera tenido lugar. De tal manera que se determinó que, el mero hecho de que la mujer se someta a este tratamiento de fecundidad es por sí mismo determinante para que la normativa despliegue su máxima protección ante las amenazas al empleo de la trabajadora (apartado 50)¹³.

3. Breve repaso a la protección contra la discriminación por embarazo en el ordenamiento nacional e internacional

Como se ha indicado en líneas anteriores, el trato desigual motivado por una característica relacionada con el sexo de la persona tiene una especial incidencia en la legislación de protección de las mujeres embarazadas y la maternidad, tanto de ámbito nacional como en los ámbitos comunitario e internacional¹⁴. Como veremos a continuación, la tutela legal y judicial a la mujer que se encuentra en estado de gestación y pretende acceder a un empleo en igualdad de condiciones que un hombre, ha sido abordada paulatinamente por el legislador.

En lo que respecta a la legislación nacional, cabe comenzar poniendo de

¹¹ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, *op. cit.*, p. 29.

¹² STJUE 26 febrero 2008, asunto C-506/06, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*.

¹³ F. NAVARRO NIETO, *El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria*, en *Temas Laborales*, 2015, n. 130, p. 115.

¹⁴ *Ibidem*, p. 110.

relieve que, en su art. 9.2, la CE contiene un mandato expreso a los poderes públicos para que lleven a cabo una labor proactiva en la promoción de las condiciones necesarias para una igualdad de derechos real de la persona. Este mandato se hace extensivo a todos los ámbitos de la vida social, entre los cuales se incluye la vertiente laboral, como es natural. Y, si cabe, tiene mayor significado cuando su destinatario es un colectivo históricamente discriminado, como es el caso de la mujer trabajadora.

Siguiendo en esta línea, cabe resaltar que, si bien el art. 14 CE no otorga de una forma expresa la protección a la maternidad o la natalidad, sí es por sí mismo un precepto que conduce a repudiar cualquier conducta referida a una distinción o trato de menoscabo a la mujer dentro de su la relación laboral a raíz de su condición de madre. De hecho, el TC expuso en su sentencia 108/2019, de 30 de septiembre (rec. 2925/2018) que el art. 14 CE «quiere otorgar tutela subjetiva, sin duda, pero asimismo modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos, entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población no sólo en posiciones desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE».

Como consecuencia de ello, se dispone de preceptos normativos posteriores que inciden en esa protección. En esa línea, es destacable la aportación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹⁵, en relación con la garantía de la igualdad de la mujer en el trabajo. No en vano, en consonancia con la Directiva 92/85/CEE ya citada, esta ley añadió a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo supuesto de nulidad del despido adicional a los ya previstos hasta ese momento en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET): el supuesto de extinción contractual por voluntad del empresario de las trabajadoras en cualquier momento de su periodo de gestación.

En este sentido, no es cuestión baladí el grado de protección reforzada que la referida norma establece para el mantenimiento del puesto de trabajo de la mujer en estado de gestación, llegando incluso a superar sensiblemente el mandato de mínimos contenido en la antedicha directiva comunitaria para el legislador nacional. De hecho, así vino a señalarlo con meridiana claridad la STC 92/2008, de 21 de julio (rec. 6595/2006):

¹⁵ En *BOE*, 6 noviembre 1999.

es sobre este panorama legislativo y jurisprudencial consolidado sobre el que actuó la reforma del legislador de la Ley 39/1999 [...]. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo [...].

[...]

Frente a esta claridad interpretativa no puede oponerse el hecho de que la Directiva comunitaria prevea expresamente la necesidad de comunicación del estado de embarazo; antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, cuya transposición omite íntegramente, advirtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva.

Así mismo, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)¹⁶, traspuso al ordenamiento interno la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Y, además, vino a señalar expresamente en su art. 8 que «Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

En el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, sus primeros tratados económicos ([Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero \(TCECA\)](#)¹⁷ y [Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica \(TCEEA\)](#)¹⁸) y el [Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea \(TCEE\)](#)¹⁹ no incluyeron la igualdad entre mujeres y hombres dentro de sus objetivos prioritarios iniciales, pero esta omisión en su derecho originario fue abordada con prontitud a nivel general, y también particularmente en el ámbito laboral. Tanto es así que, desde el año 1957, comenzó a desarrollarse el principio de igualdad retributiva (hoy recogido en el art. 157 TFUE). De hecho, uno de los derechos fundamentales de la UE es que «La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos inclusive en materia de

¹⁶ En BOE, 23 marzo 2007.

¹⁷ También llamado Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951.

¹⁸ También llamado Tratado EURATOM, firmado el 25 de marzo de 1957.

¹⁹ También llamado Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957.

empleo, trabajo y retribución»²⁰. Sin olvidar la Directiva 76/207/CEE, vigente durante décadas y que fue después modificada por la Directiva 2002/73/CEE²¹. El contenido de esta directiva también se hace extensivo a circunstancias especiales sensiblemente ligadas al sexo de la persona trabajadora, como es el caso del embarazo y la maternidad.

Posteriormente, entró en escena la Directiva 2006/54/CE, que fijó como objetivo la garantía «del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación» (art. 1). Para ello, señala tres ámbitos de actuación específica por parte de los poderes públicos:

- a. el acceso al empleo, incluida la promoción y la formación profesional;
- b. las condiciones de trabajo, incluida la retribución;
- c. los regímenes profesionales de la Seguridad Social.

Además, en el estricto ámbito de la tutela antidiscriminatoria, el art. 2.2.c de la norma establece taxativamente que, dentro del concepto de “discriminación”, ha de incluirse «el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE»²². Así mismo, en su art.14.1.a, incluye dentro del campo de protección de la antedicha tutela antidiscriminatoria «Las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción»²³.

A nivel internacional, en este ámbito de lucha contra la discriminación por razón de sexo, es destacable la importancia de lo contenido en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979) y los Convenios OIT. Particularmente, el Convenio C103, sobre la protección de la maternidad (ratificado el 17 de agosto de 1965), el Convenio C111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado el 6 de noviembre de 1967), y el Convenio C156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (ratificado el 11 de septiembre de 1985).

²⁰ Art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

²¹ M. NOGUEIRA GUSTAVINO, *op. cit.*, p. 44.

²² *Vid.* F. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 111.

²³ *Vid.* M. NOGUEIRA GUSTAVINO, *op. cit.*, pp. 32-33.

4. La construcción jurisprudencial del derecho a la igualdad en el acceso al empleo de la mujer embarazada

4.1. Discriminación de una trabajadora embarazada antes de existir la propia relación laboral

Actualmente, resulta una cuestión incontrovertida que el embarazo de la mujer dificulta su acceso al trabajo en muchas ocasiones. Por ello, la discriminación en la contratación de una trabajadora por este motivo es una circunstancia que, para la doctrina jurisprudencial, merece una actuación protectora similar a la que los poderes públicos han de dispensar a los supuestos extinción contractual por la referida causa. De tal forma que, cuando el trabajo sea compatible con el estado de embarazo de la trabajadora, su falta de contratación implicará una discriminación por razón de sexo, por ser ésta una situación temporal que sólo sufren las mujeres. En esta línea, resalta lo expuesto por el TC en la citada sentencia 173/1994:

Puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental (STC 166/1988), o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo; ilícito por discriminatorio.

Igualmente, ya se habían pronunciado en términos muy similares las sentencias *Dekker*²⁴ y *Stoeckel*²⁵, que determinaron la existencia de una discriminación directa por razón de sexo cuando es su embarazo la causa de la no contratación de la trabajadora demandante, siendo contraria a derecho esta decisión empresarial aunque la misma se basara aludiendo a razones objetivas²⁶. Posteriormente, el TJUE reiteró en la sentencia

²⁴ STJUE 8 noviembre 1990, asunto C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*.

²⁵ STJUE 25 julio 1991, asunto C-345/89, *Procedimiento penal entablado contra Alfred Stoeckel*.

²⁶ En el caso *Dekker*, cit., la trabajadora participó en un proceso de selección, siendo reconocida como la candidata más apta por el comité evaluador. Sin embargo, la empresa rechazó su contratación a causa de estar embarazada de tres meses. Concretamente, bajo el argumento de no poder asumir financieramente la sustitución de la trabajadora durante su ausencia por maternidad (aclárese que, en el modelo de cobertura social holandés, no se prevé asumir el coste de la baja si ésta se produce en los seis primeros meses de relación laboral).

*Thibault*²⁷ que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres (por ejemplo, la baja por maternidad) nunca puede suponer un trato peyorativo, ni con respecto a su acceso al empleo, ni en lo tocante a sus condiciones de trabajo. En síntesis, el TJUE ha señalado que, cualquier negativa a una contratación laboral por causa del embarazo de la aspirante, constituye una discriminación directa asociada al sexo.

Por su parte, la sentencia *Silke-Karin Mahlburg*²⁸ declara que incumple la Directiva 76/207/CEE la conducta empresarial de no contratar a una mujer en situación de riesgo durante el embarazo para un puesto de trabajo cuya duración estaba prevista por tiempo definido. De tal forma que ni siquiera sería justificativo de dicha conducta la imposibilidad legal de la trabajadora para ocupar el puesto durante el periodo en que se desarrolle su embarazo, sin perjuicio de su incorporación posterior. Además, la sentencia *Busch*²⁹ estableció que, para los casos de riesgo en la seguridad o la salud de la trabajadora o de repercusión negativa en su embarazo o en la posterior lactancia, recae sobre el empleador la obligatoriedad de adoptar las medidas necesarias para una adaptación provisional de las condiciones de trabajo o, como última solución, de efectuar, un cambio de puesto de trabajo. La fundamentación de esta sentencia es plenamente coincidente con lo resuelto posteriormente en la STSJ Baleares 162/2013, de 25 de marzo (rec. 486/2012), ante un supuesto equiparable:

También se aborda en el recurso, como situación discriminatoria por razón de sexo, el supuesto de la no contratación de la mujer embarazada por el hecho de que no pueda cumplir durante todo su embarazo la totalidad de las tareas relacionadas con su empleo, sin que el perjuicio económico padecido por el empresario justifique su no contratación [...].

[...]

La situación de embarazo de la actora, y el no poder realizar su trabajo en el Servicio de la Unidad de Neonatos, a la que por su posición tenía derecho a ser contratada, no es causa que justifique su postergación en el acceso al trabajo de acuerdo a la doctrina jurisprudencial del TJCE expresada, pudiendo la entidad demandada adoptar las medidas posibles para evitar los riesgos laborales de la situación de embarazo, como el relevarla de la turnicidad, evitando su trabajo nocturno, o bien mediante traslado a otra unidad u otras medidas que evitaran jornadas o servicios no adecuados o

²⁷ STJUE 30 abril 1998, asunto C-136/95, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) c. Evelyne Thibault*.

²⁸ STJUE 3 febrero 2000, asunto C-207/98, *Silke-Karin Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*.

²⁹ STJUE 27 febrero 2003, asunto C-320/01, *Wiebke Busch c. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*.

aconsejados a una trabajadora embarazada, como estaría obligada a adoptarlas con una trabajadora fija, incluso a darla de baja médica por riesgo en situación de embarazo, pero en ningún caso, impedirle el acceso al trabajo.

Por último, debe hacerse referencia dentro de este repaso al asunto *Sarkatzis Herrero*³⁰, la cual resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n. 30 de Madrid que, aunque no abordaba directamente un hecho litigioso relacionado con la exclusión en el acceso al empleo, sí se refirió a otra circunstancia derivada de ella. Básicamente, se trató la controversia de cuál sería la fecha ajustada a derecho que debiera ser tomada como referencia a efectos de computar la antigüedad de la funcionaria demandante: si la de su nombramiento (pese a que se encontraba inactiva laboralmente por estar de baja por maternidad), o bien, la de su efectiva toma de posesión, una vez finalizado el permiso. El TJUE, finalmente, llega a la conclusión final de que la antigüedad de la trabajadora debe ser computada desde que fue nombrada funcionaria. Lo contrario, supondría permitir que su condición de madre en el momento de acceder al empleo público incidiera en una menor antigüedad para ella, es decir, que le ocasionara una penalización (intolerable por ser contraria al art. 14 CE). En su fundamentación, la sentencia se apoya en la doctrina jurisprudencial comunitaria de que «Al ejercer las mujeres los derechos que el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 les confiere, no se les puede tratar de modo desfavorable en cuanto al acceso al empleo ni en cuanto a las condiciones de trabajo». Así mismo, finalizó señalando que «el aplazamiento de la toma de posesión [...], consecutivo al permiso de maternidad del que disfrutó la interesada, constituye un trato desfavorable en el sentido de la Directiva 76/207».

4.2. Discriminación en el proceso de selección

Distintos tribunales han abordado casuísticas relacionadas con actuaciones llevadas a cabo por la empresa o, incluso, por el servicio de intermediación en la búsqueda de empleo, en las fases previas a adoptarse la decisión final sobre si la trabajadora es o no contratada. A continuación, destacaremos dos pronunciamientos muy relevantes sobre esta cuestión.

En primer lugar, se alude a la STC 214/2006, de 3 de julio (rec. 5499/2003), que trata sobre lo acontecido en torno a una trabajadora que había iniciado

³⁰ STJUE 16 febrero 2006, asunto C-294/04, *Carmen Sarkatzis Herrero c. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*.

su maternidad y se vio imposibilitada para acceder a una oferta de trabajo gestionada desde el servicio público de empleo. El motivo fue que el referido organismo suspendió la condición demandante de empleo de la trabajadora unilateralmente, actuando así por considerar que, debido a su reciente maternidad, no podría incorporarse al trabajo durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto (como mínimo).

El TC determinó que el servicio público de empleo había actuado de manera discriminatoria, y consideró que se excedió en sus cometidos al apartar a la trabajadora de la oferta de empleo:

Nada hay en las actuaciones que permita apreciar que por las concretas características del puesto de trabajo ofertado existiera algún tipo de incompatibilidad temporal que impidiera tanto un leve retraso en la fecha de incorporación de la trabajadora como una suspensión inicial de su relación laboral hasta la fecha de finalización del período de descanso por maternidad [...]. Por lo demás, como apunta la recurrente, en último término sería el propio ofertante de empleo el que debería haber valorado, en su caso, qué obstáculos podrían derivarse de la situación particular de una concreta candidata de cara a su eventual contratación, sin perjuicio de la consideración que, desde la perspectiva constitucional, hubiera de merecer tal valoración. Pero no corresponde a la función del INEM el condicionar de antemano la decisión, haciendo suya, por esa vía, la hipotética conducta discriminatoria en que pudiera haber incurrido el ofertante de empleo.

En segundo lugar, se hará mención a la STSJ Canarias 192/2014, de 7 de abril (rec. 923/2012), que recoge en sus hechos probados lo acontecido durante una entrevista de trabajo de la mercantil AENA Aeropuertos SA en sus instalaciones del Aeropuerto Tenerife Norte. Concretamente, quedó acreditado que los entrevistadores preguntaron a la aspirante al puesto de trabajo por los detalles de su situación familiar, esto es, cuestiones referidas a su estado civil e hijos. Además, en el transcurso de la entrevista, le hicieron hincapié en las dificultades que tendría en la búsqueda de colegio para sus hijas y para que su marido encontrase un empleo en Tenerife. Incluso, la aspirante fue advertida del rechazo por parte de la empresa hacia una empleada que iniciara una baja por maternidad en un futuro próximo. Finalmente, tras la finalización de todo el ciclo de entrevistas a las distintas aspirantes, el puesto ofertado fue asignado a la otra candidata finalista que concurría con la actora, la cual acreditó a la empresa estar soltera y no tener hijos. El TSJ de Canarias resolvió lo siguiente:

Como acertadamente apunta la Magistrada de instancia, el hecho de

someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios (pues ya había manifestado su disponibilidad a desplazarse), supone una conducta discriminatoria, puesto que la trabajadora se ha visto obligada revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad³¹, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado.

[...]

Y a ello nada obsta el hecho cierto de que la candidata finalmente seleccionada para el puesto al que aspiraba la Sra. Lorenza fuera también mujer, pues en el presente caso (como ocurre en numerosas ocasiones) la discriminación hacia la mujer se produce hacia ésta por un factor añadido inherente a su sexo, el ser “madre”, y la situación de maternidad.

Por tanto, a la vista de lo expuesto en este apartado, se constata que el juzgador ya cuenta con antecedentes claros para fundamentar una futura actuación judicial que vele por el derecho de cualquier trabajadora a intentar participar y superar un proceso de selección para un puesto de trabajo de su interés, sin que el elemento de la maternidad (ya sea confirmada o simplemente posible a posteriori) pueda suponer obstáculo de ningún tipo.

4.3. ¿Es necesaria la intencionalidad del acto discriminatorio?

A lo largo de las últimas dos décadas, el TC ha abordado el elemento de intencionalidad para la resolución de varios recursos de amparo promovidos por trabajadoras que, debido a razones vinculadas a su embarazo o posterior maternidad, han sufrido algún tipo de perjuicio de índole laboral. Una de las conclusiones que puede extraerse de este periodo es que, la intencionalidad de quien comete el acto discriminatorio contra la mujer, no se considera en sí misma un requisito necesario para determinar la existencia de vulneración de derechos fundamentales.

La última vez que el TC ha abordado la cuestión de la intencionalidad del acto lesivo discriminatorio recaído sobre una trabajadora por razón de su embarazo, ha sido en la citada sentencia 108/2019. Esta resolución es destacable porque lleva a cabo un análisis riguroso de la doctrina presente hasta ese momento y expone una exhaustiva fundamentación jurídica que, como se ha señalado³², supone consolidar la construcción jurídica de la

³¹ En el contexto de la entrevista, la actora tuvo que indicar que se había practicado una ligadura de trompas para no tener más hijos (FJ 2 *in fine*).

³² E. ROJO TORRECILLA, *La protección contra la discriminación por razón de maternidad*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 7, p. 1.

tutela antidiscriminatoria por razón de la maternidad con independencia de que exista o no intencionalidad en la decisión discriminatoria.

Concretamente, los hechos analizados por esta resolución tratan sobre la convocatoria de un proceso selectivo por parte del Instituto Nacional de Estadística (INE) para la cobertura de una plaza de personal laboral, en el cual la demandante quedó en primer lugar obteniendo indiscutiblemente el derecho a ocupar dicha plaza. No obstante, se dio la particularidad de que la trabajadora había dado a luz pocos días antes de la fecha prevista para su incorporación al puesto, motivo por el que solicitó formalmente la reserva de ese puesto «hasta el momento en que se pudiera incorporar». Sin embargo, la petición de la candidata al empleo fue rechazada por el INE, quien procedió a la contratación de quien había obtenido la segunda mejor puntuación en el proceso selectivo y desechó la posibilidad de que la demandante ocupase su plaza en el momento inmediatamente posterior a finalizar su baja por maternidad. La parte demandada, como parte de su argumentación, expuso una total ausencia de ánimo discriminatorio por parte del empleador. Como muestra de ello, señaló que la plaza había sido finalmente ocupada por otra mujer madre de una menor a la que, incluso, se le había facilitado la reducción de su jornada de trabajo para favorecer su conciliación laboral y familiar.

Frente a ello, el TC reitera su tesis de que la vulneración del derecho fundamental a la igualdad (particularmente, el vinculado a la maternidad) puede producirse con independencia de que no haya intencionalidad lesiva hacia la víctima. Y adopta esta posición debido a que, la relevancia del acto discriminatorio, radica en que el contenido esencial de ese derecho se vea menoscabado de forma objetiva. En este caso, el referido menoscabo tiene lugar, ya que la trabajadora no pudo reservar su puesto de trabajo mientras se encontraba en situación de posparto, sin que el INE se mostrara mínimamente flexible con la trabajadora para permitirle conservar su derecho a ese empleo.

Se remite en este punto a lo fundamentado en las citadas STC 3/2007 y STC 92/2008 y en la STC 74/2008, de 23 de junio (rec. 4975/2006). Así mismo, en relación a ello cabe traer a colación que la STC 233/2007, de 5 de noviembre (rec. 6219/2005), al juzgar la discriminación a la mujer por razón de maternidad, vino a señalar que, para hacer efectivo el derecho a la igualdad de mujeres y hombres contemplado en el art. 14 CE, el tribunal «ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato».

También se observa que la casuística de este procedimiento guarda mucha similitud con la de la STC 66/2014, de 5 de mayo (rec. 3256/2012). Esta

resolución trató el caso de una funcionaria en prácticas que pidió, sin que le fuera concedido, el aplazamiento de su incorporación al curso práctico necesario para tomar posesión de la plaza de empleada pública con categoría de titular. Al igual que ha ocurrido en esta última resolución del TC, en aquella se dictaminó la existencia de vulneración de los derechos de la recurrente por razón de su maternidad, por haberse producido una situación de perjuicio objetivo a la trabajadora por causa de su maternidad. Para ello, el TC señaló la obligación del órgano administrativo competente de adoptar cualquier alternativa viable para evitar que la maternidad de la trabajadora acabase siendo un impedimento para acceder a ese empleo, algo que fue incumplido aunque no hubiese ánimo doloso en ello.

En la STSJ Murcia 789/2018, de 19 de septiembre (rec. 601/2018), fue seguido un criterio similar al de las sentencias reseñadas en los párrafos anteriores. En esa ocasión, se analiza el supuesto de una trabajadora que tenía un derecho preferente a ser contratada temporalmente para sustituir a un trabajador fijo en el servicio de limpieza del Hospital Virgen de La Arrixaca (Murcia), con ocasión del disfrute de las vacaciones anuales por este último. Y todo ello, en virtud de una práctica empresarial que se había venido observando reiteradamente. La controversia surgió cuando la empresa prescindió de su contratación alegando que el puesto de trabajo que debía ocupar no era susceptible de adaptarse a su estado biológico (embarazo) «por ser muy elevado el riesgo de enfermedades transmisibles y no ser posible eliminar el riesgo totalmente». Para esta decisión se basó en lo indicado por el servicio de prevención de la empleadora, que, entre otras cosas, expuso lo siguiente en su informe: «limitación para trabajos con riesgo de caída, exposición a radiaciones ionizantes y al riesgo de contagio de enfermedades trasmisibles».

El tribunal entiende que lo acontecido se corresponde con un episodio de discriminación a la trabajadora por su condición de mujer embarazada, ya que la empresa no demostró haber hecho un esfuerzo por agotar todas las posibilidades existentes para destinar a la trabajadora en cualquier otra zona del hospital que no conllevara riesgo alto de contagio para ella, lo cual podría hacer en ejercicio de sus facultades de gestión y organización del trabajo. Así lo señaló en su FJ 4:

Acreditada la existencia de indicios suficientes de la infracción denunciada del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, la empresa no acredita que su decisión de no contratar a la trabajadora estuviera basada exclusivamente en que el puesto de trabajo estaba sometido a un riesgo de contagio de enfermedad transmisible.

En consecuencia, el tribunal entendió que se produjo la vulneración del derecho de la trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo, remitiéndose a la ya mencionada STC 74/2008, que hace referencia a un caso similar.

4.4. ¿Cabe la tutela antidiscriminatoria en el acceso al empleo sin haberse acreditado el conocimiento del embarazo por parte de la empresa?

Como se ha indicado anteriormente, la doctrina jurisprudencial ha recordado en varias ocasiones³³ que la nulidad del despido establecida normativamente para el caso de las trabajadoras embarazadas es un aspecto que guarda estrecha vinculación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo que proclama el art. 14 CE. Es por ello que el legislador nacional ha querido que se consideren nulos los despidos de las trabajadoras embarazadas «desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad», al margen de haberse producido o no la previa comunicación al empresario del embarazo de la mujer trabajadora.

El TC³⁴ señaló que, de esta forma, se opta por la nulidad autónoma y objetiva del despido de una mujer en estado de gestación, lo cual implica establecer una garantía absoluta e incondicionada para las trabajadoras embarazadas:

todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3.1 del Código Civil) además del criterio último y superior, que es el de interpretación conforme a la Constitución, conducen a considerar que la nulidad del despido tiene en el art. 55.5.b ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración como procedente por motivos no relacionados con el mismo.

Llegados a este punto, surge un nuevo interrogante sobre el alcance de ese “carácter automático” preconizado por el TC. Se trata de que, el cumplimiento del deber que recae sobre los poderes públicos de dispensar una protección reforzada de la prohibición de discriminación que establece el art. 14 CE, es la razón de ser de que rija en nuestro ordenamiento la

³³ Por ejemplo, en la antedicha STC 92/2008 y, posteriormente, en la STSJ Canarias 878/2013, de 29 de mayo (rec. 267/2013).

³⁴ STC 74/2008, cit.; STC 92/2008, cit.

nulidad objetiva del despido de la trabajadora, sin necesidad de acreditación del conocimiento del estado de gestación por parte de la empresa. Pero cabe plantearse qué ocurriría en el caso de otras vicisitudes homologables al despido, como puede ser la de dejar sin efecto la contratación prevista de una trabajadora en estado de gestación, ya que podría entenderse que estas situaciones son igualmente susceptibles de protección *ex art. 14 CE* y cabe la misma interpretación finalista de ese precepto constitucional.

Esta cuestión fue abordada de forma expresa por el TSJ de Murcia en su antedicha sentencia 789/2018. En esa ocasión, el tribunal entendió que, si bien existe una presunción *iuris tantum* de que los despidos de trabajadoras en estado de gestación obedecen a un móvil discriminatorio por el mero hecho de coincidir en el tiempo la extinción contractual y la situación de embarazo de la trabajadora, esta presunción no es extensible a otro tipo de perjuicios soportados por la trabajadora embarazada, como es el caso de la anulación sorpresiva del inicio de una relación laboral prevista. Por tanto, sí sería exigible para este último supuesto que la trabajadora cargue procesalmente con la obligación de acreditar indicios de la vulneración de su derecho a la igualdad, entre los cuales se incluye probar que el embarazo no era una situación desconocida por el empleador que incumplió con la contratación prevista. Así lo fundamentó en su FJ 3:

En el presente caso nos encontramos ante una denuncia de discriminación por sexo (embarazo) ante la decisión de la empresa demandada de no proceder a la contratación temporal de la demandante, a la que tenía derecho de conformidad con las prácticas que reiteradamente se han venido aplicando para la cobertura temporal de tal tipo de vacantes, causadas por el disfrute de vacaciones del personal fijo, por lo que resulta aplicable la jurisprudencia del TC y del Tribunal Supremo, según la cual por la trabajadora demandante es preciso acreditar indicios de la vulneración denunciada del derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo, lo que produce la inversión de la carga de la prueba incumbiendo a la empresa acreditar la ausencia de la discriminación alegada [por todas, *vid.* STC 29/2002, de 11 de febrero (rec. 198/1998); STC 30/2002, de 11 de febrero (rec. 1481/1998); STC 17/2003, cit.; STC 342/2006, de 11 de diciembre (rec. 812/2004)].

Procede en consecuencia rechazar la denuncia jurídica que se formula en el recurso afirmando que procede estimar la discriminación denunciada con independencia del conocimiento por parte de la empresa de la situación de gestación de la trabajadora demandante.

Una vez visto lo anterior, puede llegarse a la conclusión de que, en esta ocasión, el TSJ de Murcia adoptó un posicionamiento en parte equiparable al recogido anteriormente en la STC 173/2013, de 10 de octubre (rec.

3773/2011), para fundamentar el fallo desestimatorio del recurso de amparo planteado también por otra mujer trabajadora en estado de gestación³⁵. En este caso, la cuestión abordada guardaba un cierto paralelismo con la anterior, pues se debatía si era necesario acreditar el conocimiento del embarazo de la trabajadora por parte de la empresa que extinguió su contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba (además de cualquier otro indicio de discriminación), es decir, al finalizar su relación laboral poco tiempo después de haberse iniciado la misma.

Cabe recordar que, en otros supuestos como el que se analizó en la STSJ Galicia 26 julio 2018 (rec. 1301/2018), es decir, cuando la trabajadora encinta en periodo de prueba sí ha comunicado su futura maternidad a la empleadora, se le ha requerido a ésta que acreditase que la finalización prematura de ese contrato obedece a causas ajenas a la condición de gestante de la empleada³⁶ (aunque en la comunicación de no superación del periodo de prueba se hubiera omitido una justificación clara de tal decisión empresarial).

Pues bien, en el caso analizado por la referida STC 173/2013, el elemento diferenciador es que, en el momento de determinarse la no superación del periodo de prueba, no constaba la comunicación del embarazo a la empresa. De tal forma que el TC no pasó por alto esta circunstancia y determinó que, para poder entrar a valorar la existencia de móvil discriminatorio en el cese de la actora, era exigible que la empresa fuera fehacientemente conocedora de la futura maternidad de esa empleada, considerándose ésta como una condición *sine qua non*:

la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero), entiende el Tribunal que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora.

³⁵ A. MARTÍN VALVERDE, *Nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada: alcance de la doctrina constitucional y bases para una revisión crítica (análisis de la STC 173/2013)*, en *Actualidad Laboral*, 2014, n. 4, p. 4.

³⁶ En el caso de autos, la actividad probatoria de la empleadora se basó en poner de relieve la lentitud y deficiencia de la empleada en sus cometidos de limpieza de pota y calamar, dentro de la actividad laboral desempeñada para una empresa de elaboración de productos congelados.

Por tanto, el posicionamiento del TC en la antedicha sentencia es que la protección reforzada frente al despido de las trabajadoras en estado de gestación no es extensiva al «desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, ya que son dos situaciones diferentes», esto es, ese régimen de tutela reforzada que se establece en el art. 55.5.b ET estaría rebajado cuando la relación laboral aún esté inmersa en el periodo de prueba³⁷.

Como se ha dicho, parece que el TSJ de Murcia asumió un criterio similar al de la resolución del TC indicada *ut supra*. Aunque, atendiendo al criterio flexibilizador y tuitivo apelado en la introducción de este estudio, se entendería más acertado y, sobre todo, más acorde a la tutela antidiscriminatoria a la que insta nuestra carta magna, el voto particular formulado por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos a la referida sentencia del TC. De la argumentación del mismo, destacamos el siguiente extracto (que también podría hacerse extensivo al incumplimiento de la formalización del contrato previamente pactado con una trabajadora embarazada):

Como fundamento de la inexistencia de resultados inconstitucionales, se invocan los perfiles propios del periodo de prueba y las consiguientes diferencias entre los institutos laborales comparados. Y ante semejante argumentación, la pregunta que aflora es esta: ¿cuál es el soporte que consentiría el que esas peculiaridades de la prueba pudieran habilitar un distinto y menos intenso régimen de tutela antidiscriminatoria? Es este, sin embargo, un interrogante al que no se responde. Seguramente, porque no hay razón que justifique constitucionalmente la conclusión alcanzada [...]. De un lado, asigna una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral, tal y como sucede, precisamente y enunciada la idea en términos relacionales, con el periodo de prueba frente al régimen extintivo ordinario del contrato de trabajo [...]. De otro, implica subestimar la concurrencia del factor biológico personal tutelado, reduciendo su relevancia constitucional en función de circunstancias ajenas al contenido esencial del derecho, como son los factores contractuales enunciados en la transcripción de la Sentencia que he realizado líneas atrás.

Cabe por tanto, mantenerse a la expectativa de que el TC pueda valorar la modulación de su criterio en años venideros para, de esta manera, hacerlo más extensivo a acciones discriminatorias acaecidas con carácter previo a que la relación laboral pre-acordada con la trabajadora embarazada dé

³⁷ J. SÁNCHEZ PÉREZ, *La discriminación laboral por razón de embarazo*, cit., p. 352.

comienzo.

5. Conclusiones y propuesta *lege ferenda*

El objetivo de la diversa normativa sobre tutela antidiscriminatoria por motivos de género que integra en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico está claramente definido: velar por que la ciudadanía en su conjunto disponga de un escenario justo y equitativo para el acceso al conjunto de derechos y libertades que les son reconocidos de manera básica en el modelo *iustifilosófico* neoconstitucional, tal y como se configura hoy. Particularmente, un ámbito de actuación muy sensible para enfrentar el histórico trato desigual entre mujeres y hombres es el mundo laboral.

Siendo el legislador comunitario consciente de lo anterior, ha convertido a la igualdad entre mujeres y hombres y, particularmente, a la no discriminación por motivos de género en el ámbito del trabajo, en uno de los fines prioritarios del acervo normativo de la UE. Muestra de ello son leyes como la Directiva 92/85/CEE, que implantó una protección reforzada a la mujer trabajadora desde el inicio de su embarazo hasta el término de su periodo de baja por maternidad, e incluso más allá. A ello ha de añadirse la jurisprudencia del TJUE, que ha venido a señalar como discriminación directa cualquier tipo de perjuicio que pudiese recaer sobre la trabajadora por motivos relacionados con su maternidad, tanto actual como futura (*v.gr.* ver los citados asuntos *Dekker* o *Silke-Karin Mahlburg*).

Esta actividad de las instituciones comunitarias ha tenido su reflejo en el ordenamiento jurídico español, que ha asumido los objetivos de igualdad preconizados por la UE implantando leyes llamadas a efectuar una tutela antidiscriminatoria extensa y ambiciosa. Éste es el caso de la LOI y, anteriormente, de la Ley 39/1999, la cual modificó el articulado sobre despido contenido en el ET para incorporar la nulidad automática de cualquier despido sin causa de una trabajadora embarazada o que hubiese iniciado recientemente su maternidad (art. 55.5.b). Este precepto ha sido destacado entre otros porque, tanto a efectos de desplegarse la garantía constitucional contenida en el art. 14 CE, como de cumplir con el mandato a los poderes públicos recogido en el art. 9.2 CE, convierte en no decisivo el hecho de que la trabajadora hubiera comunicado o no a la empresa su estado de gestación antes de ser despedida.

La doctrina jurisprudencial de los tribunales españoles, haciéndose eco de los pronunciamientos del TJUE y de la referida normativa nacional y supranacional, han mostrado igualmente una ingente actividad en este sentido. De hecho, la protección jurisdiccional a la trabajadora embarazada

se da incluso antes de existir la propia relación laboral, incluso a raíz de un trato injustificado a una mujer que tenga la mera aspiración a acceder a un puesto de trabajo. Y además, al margen de la subjetividad del autor de la conducta discriminatoria, se ha establecido que la tutela debe operar cuando concurra simple y llanamente un hecho perjudicial para la mujer trabajadora.

No obstante, hasta ahora, el TC ha puesto un condicionamiento claro a la aplicación de lo preceptuado en el mencionado art. 55.5.b ET: las decisiones extintivas que afectan a trabajadoras embarazadas pueden considerarse ajustadas a derecho y no requieren justificación objetiva por parte de la empresa siempre que tengan lugar en el periodo de prueba y que no se haya acreditado que la empresa fuera conocedora del embarazo.

Llegados a este punto, hacemos nuestras las voces críticas contenidas en el voto particular a la citada STC 173/2013. Y, en consecuencia, se aboga por una reinterpretación finalística de la protección a la mujer embarazada establecida en la Ley 39/1999 y en el ET. De tal manera que, con perspectiva de género, el régimen de protección reforzada del puesto de trabajo de la mujer embarazada no vea limitada su aplicación por encontrarse la formalización de la relación laboral aún en una fase inicial, como es el caso de estar pendiente la firma de un contrato de trabajo ya convenido entre las partes (*v.gr.* llamamientos en bolsas de trabajo) o de encontrarse la trabajadora en periodo de prueba.

En consecuencia, planteamos una reformulación legal del ET que extienda la nulidad automática señalada *ut supra* a otros supuestos de finalización de la relación laboral de una trabajadora embarazada. De tal manera que, durante el periodo de gestación de ésta, sea siempre obligatorio para la empresa justificar que cualquier extinción contractual por voluntad de la misma obedece a razones objetivas plenamente justificadas y, por tanto, ajenas a la futura maternidad. Y ello con independencia de cuál sea el momento en que se encuentre la relación laboral, e incluso cuando no estuviese acreditado que la mercantil tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora que ha salido involuntariamente de su plantilla. Esto es, aun tratándose de una supuesta no superación del periodo de prueba, también debería recaer esta exigencia sobre el empleador.

Así mismo, se hace necesario una revisión de los arts. 96.1 y 181.2 LRJS. De modo que la mera condición de embarazada (sea alegado o no su desconocimiento por la contraparte) de aquella mujer que haya sufrido un perjuicio del tipo de ver anulada una contratación laboral prevista o acordada, constituya en sí misma un indicio suficiente para que opere la inversión del *onus probandi* hacia el empleador a efectos de determinar si su conducta es atentatoria contra el derecho fundamental a la igualdad de esa

trabajadora.

6. Bibliografía

- DE LA FUENTE A. (2021), *La precariedad y el paro tienen rostro de mujer*, en www.publico.es, 5 marzo
- EL PAÍS (2021), *Desastre demográfico*, en elpais.com, 21 junio
- FABREGAT MONFORT G. (2008), *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch
- INE (2021), *Tasas de empleo según grupos de edad. Brecha de género*, en www.ine.es, 28 mayo
- MARTÍN VALVERDE A. (2014), *Nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada: alcance de la doctrina constitucional y bases para una revisión crítica (análisis de la STC 173/2013)*, en *Actualidad Laboral*, n. 4, pp. 1-4
- MONSALVE CUÉLLAR M.E. (coord.) (2019), *Género y no discriminación. Análisis transversal e interdisciplinar*, Aldebarán
- NAVARRO NIETO F. (2015), *El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria*, en *Temas Laborales*, n. 130, pp. 83-133
- NOGUEIRA GUSTAVINO M. (2012), *El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente*, en *Lan Harremanak*, n. 25, pp. 19-52
- NOGUEIRA GUSTAVINO M. (2008), *La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n. 73, pp. 171-204
- PÉREZ DEL RÍO T. (2009), *La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, págs. 59-63
- ROJO TORRECILLA E. (2019), *La protección contra la discriminación por razón de maternidad*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 7, pp. 1-11
- SÁNCHEZ PÉREZ J. (2019), *La discriminación laboral por razón de embarazo*, en C. Molina Navarrete (coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
- SÁNCHEZ PÉREZ J. (2014), *No hay niños en el parque*, en F. ORTIZ CASTILLO, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum

SELMA PENALVA A. (2018), *Discriminación por maternidad*, en C. Sánchez Trigueros (dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Boletín Oficial del Estado

VICENTE PALACIO A. (2012), *En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social*, en *Lan Harremanak*, n. 25, pp. 191-229

Normativa Europea

[Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea \(TCEE\)](#), 25 marzo 1957

[Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica \(TCEEA\)](#), 25 marzo 1957

[Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero \(TCECA\)](#), 18 abril 1951

Adaptación del puesto de trabajo para personas afectadas de trastorno del espectro del autismo

Alicia SÁNCHEZ GUERRERO*

RESUMEN: El objetivo principal de este trabajo es la elaboración de un catálogo de buenas prácticas que recoja estrategias y acciones implementadas por empresas y organizaciones sobre cómo afrontar y actuar en diferentes situaciones que discurren en el devenir de la relación laboral de las personas trabajadoras con trastorno del espectro del autismo (TEA). A través del estudio de la normativa de prevención de riesgos laborales, de la experiencia de diversas entidades que aglutinan al colectivo TEA y conociendo las fortalezas y debilidades de esta población, se profundiza en su acercamiento e incorporación al entorno laboral. Destacamos como la adaptación del puesto de trabajo se convierte en una de las herramientas de mayor trascendencia en el proceso de inclusión laboral en la empresa ordinaria. Esta investigación se realizó con la finalidad de elaborar unas bases que sirvan asimismo para futuras propuestas que pretendan abordar el TEA desde la perspectiva de las relaciones laborales.

Palabras clave: Discapacidad, inclusión, adaptación, autismo, trastorno, ergonomía, empleo, accesibilidad, prevención de riesgos laborales, derechos humanos.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Perspectiva histórica. 1.2. Uso terminológico. 1.3. Discapacidad en los centros de trabajo. 1.4. Discapacidad psíquica en los centros de trabajo. 2. Justificación. 3. Objetivos. 4. ¿Qué es el TEA? 5. Aproximación al tratamiento de la discapacidad en prevención de riesgos laborales. 5.1. Medidas para la adaptación al puesto de trabajo para personas trabajadoras con TEA. 5.2. Persona trabajadora con discapacidad y TES con TEA. 5.3. Riesgos psicosociales y su prevención. 5.4. La adaptación psicosocial al puesto de trabajo de la persona con TEA. 6. Evaluación de riesgos adaptada. 6.1. Análisis y evaluación de riesgos. 6.2. Adaptación a puesto de trabajo y ajustes razonables. 6.3. ¿Qué son los ajustes razonables? 6.4. La importancia del análisis de puesto de trabajo para las personas trabajadoras con TEA. 6.5. Empleo con apoyo. 7. Características generales y características de las personas trabajadoras dentro del espectro del autismo. 7.1. Fortalezas y debilidades. 7.2. Incidencia en la relación laboral de la diversidad inherente al espectro autista. 7.3. Principales riesgos a los que está sometido el colectivo de referencia en el transcurso de la relación laboral. 8. Buenas prácticas y experiencia empírica. 8.1. Contenido y alcance de la investigación. 8.2. Resultados

* Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Málaga (España); Graduada Social y Coordinadora de Igualdad, Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla (España).

obtenidos del análisis cuantitativo. 8.3. Resultados obtenidos del análisis cualitativo. 8.4. Análisis, propuestas de valor y buenas prácticas. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

Workstation Adaptation for People Affected by Autism Spectrum Disorder

ABSTRACT: The aim of this project is to develop a set of good practices that includes strategies and actions implemented by organizations about how to act in different situations which occur during the employment relationship of workers with autism spectrum disorder (ASD). Through the study of the prevention of occupation risks law, the experience of different entities that work with people from the ASD community and knowing the strengths and weaknesses of this neurodiversity. The ability of the ASD community to adapt to a job position becomes in one of the most important tools in the process of labour inclusion in an ordinary company. This research is carried out in order to elaborate some bases which also fit for future proposals that seek to approach ASD from the perspective of labour relations.

Key Words: Disability, inclusion, adaptation, autism, disorder, ergonomics, employment, accessibility, prevention of occupational risks, human rights.

1. Introducción

1.1. Perspectiva histórica

El concepto de discapacidad ha experimentado una extraordinaria evolución a lo largo de la historia: desde las culturas antiguas en que se asociaba a poderes sobre naturales o castigos divinos hasta la llegada de la industria que demandó una división técnica del trabajo y sentó las bases del modo de producción capitalista que conocemos. Surge así el empleo de la fuerza del trabajo donde los propietarios de los medios de producción (empresarios) procuraron contratar a quienes fueran capaces de realizar tareas repetitivas durante largas horas en condiciones laborales en principio inhumanas. Se describe un contexto en que surgió el concepto de discapacidad por primera vez como incapacidad para el trabajo.

No será hasta el siglo XV cuando aparecen las primeras instituciones con un carácter eminentemente segregador y estigmatizante, instituciones de control como las concibe Foucault¹ y Althusser², combinándose en ellas tanto el control físico del cuerpo como el control ideológico de la mente. Estas instituciones nacieron para “encarrilar” a quienes no encajaban en sociedad, ya sea porque no podían o no querían. Y aunque no todas las personas con discapacidad fueron institucionalizadas, la mera existencia de estas instituciones fue marcando con claridad en la conciencia colectiva el destino para ellas. En este sentido, y abundando en la problemática de la asistencia en cuanto a una parte de la sociedad y su relación con el trabajo más que en el mero auxilio, no es sino a mediados de XIV cuando, según Castel, se «desprende la cuestión social del trabajo». Y así,

La pobreza, e incluso la indigencia completa, no otorgan títulos suficientes para beneficiarse con la asistencia. Son principalmente objeto de la ayuda quienes no pueden subvenir a sus propias necesidades porque son incapaces de trabajar³.

Ya en los albores del siglo XX se comienza a percibir la discapacidad desde un enfoque asistencial con la implicación del Estado, pero bajo una perspectiva excesivamente paternalista, reforzando la dependencia y las actitudes de discriminación social y laboral. De este modo, el tratamiento

¹ Cfr. M. FOUCAULT, *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Fondo de Cultura Económica, 2006.

² Cfr. L. ALTHUSSER, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Nueva Visión, 1988.

³ Vid. R. CASTEL, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, 1997, pp. 38 y 54.

de las personas con discapacidad pretende alcanzar su total mejoría o, en su defecto, una adecuada adaptación de la persona. Como efecto de esta concepción, desde el punto de vista político y jurídico la discapacidad se enmarcaría en la legislación de la asistencia y la seguridad social. En este contexto, la atención sanitaria adquiere un rol fundamental. De ahí que, ligado a este modelo exclusivamente médico, tras la Primera Guerra Mundial, surgieran las leyes de servicios sociales para los veteranos de guerra con discapacidad y, en la década de los sesenta, dicha legislación de servicios sociales se extendiera a todas las personas con discapacidad.

Hacia la segunda mitad del siglo XX, se conforman las primeras asociaciones de personas con discapacidad y sus familias para la defensa de sus derechos. En el año 1982 se produce un punto de inflexión con la aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI) que establece, por primera vez, la obligatoriedad de incorporar un porcentaje no inferior al 2% de trabajadores con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores. Sin embargo, no es hasta la década de los 2000 cuando comienza a abandonarse la perspectiva asistencial y paternalista, que concibe a la persona con discapacidad como dependiente, inactiva e improductiva, para evolucionar hacia un nuevo enfoque en el que se considera que la persona con discapacidad cuenta con habilidades, competencias, recursos y potencialidades, si se le brindan los apoyos necesarios. Así,

A lo largo de las dos últimas décadas ha ido ganando protagonismo el denominado “Paradigma de los Apoyos”, deudor a la vez de la filosofía de la normalización de los años 70 y del movimiento de vida independiente y de integración comunitaria fuertemente desarrollado en los 80, y asociado al énfasis que, desde la década de los 90, se ha puesto en la noción de calidad de vida. El cambio fundamental que conlleva consiste en dejar de centrar la atención en los déficit de la persona con discapacidad para centrarla en su autodeterminación y su inclusión⁴.

En 2000, la OMS establece una definición de discapacidad que supone un antes y un después pues alude a que la discapacidad

es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en

⁴ CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS, *Vivir mejor. Cómo concebimos la atención residencial. Pautas básicas para una atención de calidad a las personas con discapacidad*, 2011, p. 18.

situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive⁵.

Así, se conforma la discapacidad como un fenómeno complejo que no contempla al individuo de forma aislada, sino en su interacción con la sociedad y en la que lo “social” es un factor determinante en la capacidad de la persona.

En la actualidad, persisten aún multitud de aspectos históricos, culturales y de desconocimiento, que perpetúan las actitudes de sobreprotección, posicionan las políticas de empleo basadas en subsidios o subvenciones como la única opción económica para las personas con discapacidad y conducen a la inactividad y a la dependencia. En este sentido y desde el ámbito de la Seguridad Social, podemos señalar la prestación económica por hijo con discapacidad a cargo (discapacidad igual o mayor al 65%) que establece, entre los requisitos para la percepción de la misma, la convivencia y dependencia económica del beneficiario (que sería su progenitor o progenitora afiliado y cotizante a la Seguridad Social), considerando que está a su cargo, aun cuando realice trabajo por cuenta propia o ajena, si los ingresos obtenidos por éste no superan el salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

En el ámbito sociolaboral, se potencian programas de apoyo al empleo dirigidos principalmente hacia los centros especiales de empleo cuyo objetivo principal es el de proporcionar a las personas trabajadoras con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y debiendo facilitar (en teoría) la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo.

1.2. Uso terminológico

Tras este repaso histórico, resulta necesario abordar la terminología para referirnos a las personas con discapacidad pues hay una parte de la sociedad que considera que la utilización del término “discapacidad” influye en el pensamiento de manera negativa. Al referirnos, dirigirnos o mencionar a personas con discapacidad en medios de comunicación o redes sociales, se muestran términos que quizá pudieran considerarse como mejorables⁶. En

⁵ BIENESTAR Y PROTECCIÓN INFANTIL, *Organización Mundial de la Salud (OMS) y Discapacidad*, en www.bienestaryproteccioninfantil.es, 30 noviembre 2020. *Vid.* también OMS, *Informe mundial sobre la discapacidad*, 2011.

⁶ «Quizás la palabra más extendida es “minusválido”, y tiene un calado muy alto en la

este sentido, por ejemplo, en 1986 fueron sustituidos en todos los textos de la Administración Pública los términos de *subnormalidad* y *subnormal* (RD 348/1986, de 10 de febrero), por *minusvalía* y *persona con minusvalía*, pero estos términos por su connotación peyorativa son suprimidos en España en el año 2007 por *persona con discapacidad*, siendo su uso obligatorio en los textos normativos a partir de entrar en vigor la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, desde el 1º de enero de 2007 (DA 8ª). La palabra *discapacidad* es elegida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por consenso en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006), y ratificado por España en 2008 (Instrumento de ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 13 de diciembre de 2006).

La palabra *discapacidad* adquiere en nuestra cultura ciertas connotaciones peyorativas pues pudiera parecer que la persona no fuera capaz y, sin darnos cuenta, quizá tendamos con el uso del lenguaje a discriminar a un amplio colectivo de personas. Pasa lo mismo con la palabra *minusválido* que viene a significar en sentido literal que una persona es menos válida, siendo una manera no inclusiva de hablar sobre la misma. Por este motivo, se ha empezado a utilizar el término alternativo *diversidad funcional*. Este pretende sustituir a la palabra *discapacidad* o *minusválido*, empleando una terminología no negativa que reconozca a este colectivo como a personas con capacidades diferentes entre sí. Pero, más allá del uso del lenguaje y como veremos más adelante, pretendemos retratar una realidad socio laboral que precisamente supera esta dicotomía para profundizar en el concepto de persona en este caso *con discapacidad*.

Así también, Ruiz Santamaría en las reflexiones que realiza al analizar la idea de la *discapacidad* a lo largo de la historia⁷ habla del *modelo de la diversidad funcional* como modelo reciente que se caracteriza «por enfocar la

sociedad. De ella se extrae el prefijo “minus” que significa menos, y el término “válido” que hace referencia a la persona que vale, que tiene condiciones estimables, que es útil, así pues, el término “minusválido” es el menos válido, que disminuye el valor que sufre la persona, con lo cual, es una palabra con connotaciones sociales negativas y supone una depreciación de la persona» (M. SÁNCHEZ CABALLERO, *Términos adecuados para referirnos a personas con discapacidad*, en *Asepau*, 2016, n. 1, p. 43). También para referirnos «a personas con una discapacidad intelectual, como pueden ser las personas con autismo o son síndrome de Down, se utilizan términos ofensivos como “retrasado” o “subnormal”. El prefijo “sub-” significa bajo o debajo de, indicando inferioridad» (*ibidem*, pp. 43-44).

⁷ J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019.

discriminación desde el plano de los derechos y la ética» y «considerando que estas personas tienen funcionamientos diferentes y que, aceptando esa diversidad en las formas de funcionar, algunas personas son discriminadas por su diversidad funcional y otras no».

Por el contrario, existen algunas entidades en el ámbito de la discapacidad como el CERMI⁸, que prefieren la denominación *discapacidad*. El motivo viene dado porque consideran que *diversidad funcional* no identifica la realidad del colectivo y de su movimiento social, resultando confuso y contrario a la búsqueda de la inclusión. En este sentido también Plena Inclusión⁹ afirma que hablar de “diversidad funcional” o de “capacidades diferentes”:

conlleva invisibilizar el tipo de Apoyos o Necesidades que demanda la persona contribuyendo al uso de eufemismos y asimilación del colectivo de manera desigual. Con “diversidad funcional” o “capacidades diferentes” la Discapacidad no queda definida ya que se elimina la caracterización concreta y propia que nos permite identificar su naturaleza (física, intelectual, sensorial, etc.).

La introducción del *aspecto social* en el entendimiento del concepto de discapacidad y la introducción del concepto de *diversidad funcional* como más aceptado, no hace sin embargo que la igualdad de derechos y la inclusión sociolaboral se garanticen pues, aunque esta expresión se asume como más correcta, en palabras de Toboso Martín¹⁰,

no se considera (ni siquiera de manera minoritaria) que la diversidad funcional sea valiosa, respetable ni enriquecedora. Por lo tanto, no se considera que deban ponerse los medios necesarios para garantizar la expresión de los diferentes funcionamientos posibles. Uno de los objetivos principales que pretendemos abordar mediante la propuesta del paradigma de la diversidad funcional es, precisamente, avanzar en el establecimiento de las condiciones sociales y culturales necesarias para que la diversidad funcional llegue a ser considerada como una más de las diversidades humanas estimadas valiosas, respetables y enriquecedoras¹¹.

⁸ El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, también conocido como CERMI, es la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad.

⁹ Plena inclusión es una red de organizaciones que vela por el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo en España. Se fundó en 1964 y aglutina a 17 federaciones y 884 asociaciones.

¹⁰ M. TOBOSO MARTÍN, *Diversidad funcional: hacia un nuevo paradigma en los estudios y en las políticas sobre discapacidad*, en *Política y Sociedad*, 2018, n. 3, p. 791.

¹¹ *Vid.* la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo.

Así, la discapacidad «es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»¹². «Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación»¹³. Y precisamente, la adaptación a puesto de trabajo es una de las formas de acceder en igualdad de condiciones al trabajo.

A la pregunta de cuál sería el término adecuado que se debiera utilizar considerando que hace unos años a las personas con discapacidad se les llamaba *deficientes* o *minusválidos*, dejando paso al término *discapacitados* y utilizándose ahora el término *diversidad funcional*, a nuestro entender y dentro de la temática en la que se enmarca este trabajo, consideramos más adecuado aludir a personas *con discapacidad*, y en nuestro ámbito, *personas trabajadoras con discapacidad*, por ser el término más extendido en normativa y legislación que regula el objeto de esta investigación. No obstante, aludiremos indistintamente a ambos términos en la redacción.

1.3. Discapacidad en los centros de trabajo

La discapacidad en los centros de trabajo, como destacan Alcover de la Hera y Pérez Torres, se ha percibido tradicionalmente

de manera negativa o problemática, utilizándose enfoques basados en conceptos como estereotipo, prejuicio [...], incapacidad o discriminación¹⁴.

Una experiencia común a las personas con discapacidad es la de enfrentarse a conductas y actitudes estigmatizadoras. Quienes son percibidos como portadores de *estigma* no son responsables de él, ya que depende de aquellos que poseen el poder social, económico y político para estigmatizar a otros¹⁵.

Es importante subrayar estos aspectos, ya que los resultados de las

¹² Art. 2 del RDL 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 (LGDPD).

¹³ Art. 35.1, RDL 1/2013.

¹⁴ C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2011, supl. 1, p. 207.

¹⁵ *Ibidem*, p. 214.

investigaciones muestran que algunas de las mayores dificultades para la integración y normalización de las personas con discapacidad en contextos de trabajo se encuentra en los estereotipos y las actitudes negativas de buena parte de los empleadores y de los compañeros hacia ellas y hacia su capacidad de trabajar¹⁶.

Siempre según Alcover de la Hera y Pérez Torres¹⁷,

algunos estudios sugieren tener en cuenta la presencia de dos tipos de juicio previo que pueden hacerse sobre los trabajadores con discapacidad. Por un lado, existe una postura favorable o positiva en la que es necesario considerar aspectos como la deseabilidad social, el paternalismo o la denominada “norma de amabilidad” según la cual existe un sesgo de valoración positiva hacia las personas con discapacidad, aun cuando sus resultados no sean adecuados.

A sensu contrario, la discapacidad en los lugares de trabajo se ha considerado en muchas ocasiones con visiones centradas en el estereotipo, en el estigma o en la incapacidad.

Como resultado de ello las políticas y prácticas organizacionales y las disposiciones legales y normativas se han orientado hacia la compensación, la protección, la adaptación o los riesgos específicos asociados con este colectivo de la fuerza de trabajo¹⁸.

En este sentido, la propia adaptación del puesto de trabajo que es el eje central de este trabajo y que tiene su dimensión en los deberes impuestos por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), olvida en cierta medida la dimensión *persona* pues no todas las personas con discapacidad necesitan una *adaptación estandarizada*. Así, puede evidenciarse que más allá de un cumplimiento legal preceptuado por la norma sería necesaria una adecuación para que la persona con discapacidad pudiera desarrollar todas sus capacidades y talentos con verdadera vinculación a largo plazo de esta, la persona, con la organización.

Sin embargo, en los últimos años y vinculado al movimiento más amplio dirigido a valorar la diversidad en las organizaciones, han surgido modelos y teorías que tratan la discapacidad de modo más positivo. Así, desde una

¹⁶ Vid. J.O. BERRY, J.A. MEYER, *Employing people with disabilities: Impact of attitude and situation*, en *Rehabilitation Psychology*, 1995, vol. 40, n. 3, pp. 211-222, como citados en C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op cit.*, pp. 214 y 221, referencia 45.

¹⁷ C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op cit.*, p. 213.

¹⁸ *Ibidem*, p. 207.

perspectiva integradora o sistémica se analiza la variabilidad – evitando valoraciones positivas o negativas – en cómo las personas con diferentes discapacidades interactúan y afrontan las demandas y situaciones de trabajo en función de los recursos, el apoyo y las respuestas que brindan tanto la organización como los compañeros y el grupo de trabajo¹⁹.

La participación de las personas con diversidad funcional en una organización «depende de un gran número de factores. Como todo grupo *minoritario* que puede ser incluido en la denominada *gestión de la diversidad*²⁰, los condicionantes no solo se refieren a los habituales dentro de las organizaciones – factores individuales, grupales y de gestión/dirección –, sino también [...] de los *contextos externos* a las organizaciones, entre los que se encuentran la cultura nacional, el contexto ocupacional, el industrial, el legal, el familiar/comunitario y el económico» y en el tipo de diversidad que se esté gestionando. Así mismo, se han de tener en cuenta también los relacionados con «dos tipos de resultados: los *resultados del trabajo o productivos*, en los que se incluyen los resultados organizacionales, los del grupo de trabajo y los individuales, y los resultados ajenos al trabajo, como son los familiares/comunitarios y los sociales. Todos ellos interactúan entre sí»²¹.

Aunque las políticas de igualdad, de no discriminación, de fomento del empleo y del ejercicio de la ciudadanía plena, así como la creciente sensibilidad de las organizaciones hacia la gestión de la diversidad favorecida por el movimiento de la *Responsabilidad social corporativa*²², se han

¹⁹ C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op. cit.*, p. 207.

²⁰ La gestión de la diversidad es un elemento estratégico para la empresa y viene dada por las iniciativas que en su mayoría están asociadas a la alta dirección, cuyo compromiso es determinante para la efectiva inclusión e integración de las personas con discapacidad. Aunque la gestión de diversidad se asocia tradicionalmente a la gestión de personas, lo cierto es que su eficacia depende de su alcance y penetración en todos los niveles de la organización, incluida la relación con los clientes y los proveedores. Implica gestionar grupos humanos heterogéneos de forma que se integren las características individuales de las personas para lograr su satisfacción en el puesto de trabajo y su máximo rendimiento, repensando la estructura de la organización y sus procesos.

²¹ C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op. cit.*, p. 207.

²² «La Responsabilidad Social Corporativa (RSC) es la *forma de conducir los negocios de las empresas que se caracteriza por tener en cuenta los impactos que todos los aspectos de sus actividades generan sobre sus clientes, empleados, accionistas, comunidades locales, medioambiente y sobre la sociedad en general. Implica el cumplimiento obligatorio de la legislación nacional e internacional en el ámbito social, laboral, medioambiental y de Derechos Humanos, así como cualquier otra acción voluntaria que la empresa quiera emprender para mejorar la calidad de vida de sus empleados, las comunidades en las que opera y de la sociedad en su conjunto*» (OBSERVATORIO DE RSC, *Introducción a la Responsabilidad Social Corporativa*, 2014, p. 5).

traducido en indudables mejoras y avances sustanciales en el acceso, la integración, la normalización y la calidad de vida laboral de las personas con discapacidad, es cierto que *aún queda mucho por hacer*²³.

1.4. Discapacidad psíquica en los centros de trabajo

Y si difícil es y ha sido el camino de la normalización en la percepción de la discapacidad en las organizaciones, lo cierto es que la mayoría de las empresas están sensibilizadas con la discapacidad física, pero no tanto con la psíquica. Por este motivo podemos decir que existe una doble situación de desventaja en el acceso al mundo laboral de las personas con este tipo de discapacidad: por un lado, con respecto a las personas trabajadoras sin discapacidad y, por otro lado, con respecto a otras personas con discapacidad física.

Algunas investigaciones sugieren que existen preferencias hacia diferentes tipologías de discapacidad en los procesos de selección y contratación pues parece ser que las personas con discapacidad física tienen una valoración más favorable que las que poseen discapacidad mental y psíquica²⁴, aludiendo a la elección de un tipo de discapacidad *más visible* o a la influencia de la visión estigmatizadora de las discapacidades de tipo psíquico. Esta dificultad se agrava si hablamos del trastorno del espectro autista (TEA), que viene dada por las dificultades características de estos trastornos: déficit en las habilidades sociales, en la función ejecutiva y en la comunicación.

El Trastorno del Espectro Autista (TEA) es una discapacidad del desarrollo que puede provocar problemas comunicativos, sociales y conductuales significativos. Se llama “Trastorno del espectro” porque puede tener una gran variedad de síntomas distintos. Es un trastorno que comienza en la niñez y dura toda la vida²⁵.

²³ C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op. cit.*, p. 219.

²⁴ Cfr. D.L. STONE, A. COLELLA, *A model of factors affecting the treatment of disabled individuals in organization*, en *The Academy of Management Review*, 1996, vol. 21, n. 2, F.M. NAFUKHO, R.T. ROESSLER, K. KACIREK, *Disability as a Diversity Factor: Implications for Human Resource Practices*, en *Advances in Developing Human Resources*, 2010, vol. 12, n. 4, B.S. BELL, K.J. KLEIN, *Effects of disability, gender, and job level on ratings of job applicants*, en *Rehabilitation Psychology*, 2001, vol. 46, n. 3, S.J. CESARE, R.J. TANNENBAUM, A. DALESSIO, *Interviewers' Decisions Related to Applicant Handicap Type and Rater Empathy*, en *Human Performance*, 1990, vol. 3, n. 3, B.J. JONES, B.J. GALLAGHER, J.M. KELLEY, L.O. MASSARI, *A survey of Fortune 500 corporate policies concerning the psychiatrically handicapped*, en *The Journal of Rehabilitation*, 1991, vol. 57, n. 4, pp. 31-35, como citados en C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op. cit.*, p. 212.

²⁵ P. GARCÍA TABUENCA, *Trastorno del Espectro Autista (TEA)*, en *Anales UNED Calatayud*,

Durante los últimos años, el fenómeno del desempleo en España ha generado un enorme drama social, aún más alarmante cuando hablamos de colectivos de personas con discapacidad. Y, más – si cabe –, al considerar que el TEA²⁶ es la discapacidad *invisible*; es decir, no se aprecia física o cognitivamente, pero tiene unos efectos sociales incapacitantes dentro de un entorno laboral sin control. A ello hay que añadir un aspecto más que dificulta su integración laboral: es la gran variabilidad entre personas con TEA. Si bien existe un rango de características definitorias del trastorno, no todas las personas las presentan todas ni en el mismo grado. Las personas con TEA tienen afán en comunicarse, pero desconocen cómo se hace pues, aunque puede que se expresen correctamente, quizá utilicen un vocabulario que a veces puede resultar pedante en ciertos ambientes. Les cuesta comprender las reglas sociales no escritas, esperar un turno, dar las gracias y también tienen dificultades para entender un chiste, una metáfora, el sarcasmo y por supuesto cómo se puede hacer una broma. A todo ello se añaden las dificultades que pueden presentar para mantener el contacto ocular, las estereotipias, la rigidez y otras características que afectan a cómo son vistos por otros compañeros e incluso por la empresa ya que a menudo pueden ser tildados de *bichos raros* o incluso de *locos*, con las connotaciones negativas que ello conlleva para la persona con TEA (ansiedad o depresión, por ejemplo). Así, estas situaciones de *mobbing* se producen al ser vistos como inferiores debido a estas diferencias, arrastrando en muchas ocasiones este tipo de episodios desde la edad escolar en la que el niño o el joven con TEA es frecuentemente objeto de burlas y de *bullying* («casi la mitad de los niños autistas sufren *bullying* alguna vez en su vida»)²⁷. Termina la víctima por sentirse culpable ante los abusos de poder que en el mundo laboral sufren por parte de compañeros y/o superiores, intentando agradar para ser incluidos de forma real y efectiva en la organización.

Estas situaciones dificultan la autonomía de los jóvenes y adultos con TEA, asignatura pendiente de las organizaciones que atienden a este colectivo, mucho más volcadas con la infancia. Y es que la autonomía y la independencia personales son importantísimas para el óptimo desarrollo de la vida adulta, pero en el caso de una persona con déficit en su ámbito social

[2016, n. XXII](#), p. 149.

²⁶ «El TEA es un trastorno de origen neurobiológico que afecta a la configuración del sistema nervioso y al funcionamiento cerebral, dando lugar a dificultades en dos áreas principalmente: la comunicación e interacción social y la flexibilidad del pensamiento y de la conducta» (AIPA, *¿Qué es el TEA?*, en [aipaaociacion.org](#), 2021).

²⁷ Véase PLAZATEA, *Acoso escolar a personas con TEA: Ghosting, Bullying y el autismo*, en [plazatea.net](#), 16 junio 2021.

– como es el caso – la autonomía se convierte en una necesidad clínica para garantizar su bienestar emocional y su crecimiento personal.

Y si, como se ha destacado anteriormente, ya es difícil la inclusión laboral de las personas con esta *discapacidad invisible* y social que es el TEA se añade a esta la dificultad que más adelante se analizará de que hasta los propios servicios médicos que a instancias de la empresa deben vigilar la salud de las personas trabajadoras en cualquier organización carecen de la formación y el conocimiento suficiente para abordar las dificultades relacionadas con la realización de su trabajo y por tanto aconsejar las medidas de adaptación necesarias, por no decir que hasta la propia formación e información en materia de prevención de riesgos laborales no es totalmente accesible.

En este sentido, resulta muy ilustrativa la analogía del iceberg para describir este concepto, en el que una parte de la diversidad es visible y nos sirve para entender la importancia de aquello que no es visible a priori en las personas y que debe ser puesto en valor²⁸ y así, ninguna de las dos partes del iceberg puede ser ignorada.

2. Justificación

Una vez que hemos visto la evolución histórica en el concepto de discapacidad, hemos analizado las razones por las que entendemos que deba ser utilizado al menos en el ámbito laboral el término discapacidad frente a diversidad funcional. Y lo hacemos, no tanto por lo que significa, sino por la utilidad y la visibilidad que pueda conllevar el primer término frente al segundo. Resulta pues de suma importancia, analizar cómo es vista la discapacidad en las empresas y organizaciones como fiel reflejo de cómo son vistas en la sociedad. Se hace pues necesaria una visión de cómo se actúa desde el punto de vista organizacional y más concretamente de seguridad y salud laboral en las empresas y organizaciones para elaborar un catálogo de buenas prácticas. De esta forma, analizaremos en este trabajo aspectos relacionados con la discapacidad en prevención de riesgos laborales y cómo se ponen en funcionamiento los mecanismos empresariales para el cumplimiento normativo en cuanto a la adaptación del puesto, pero siempre con la mirada en la discapacidad que es objeto de este estudio, el TEA que definiremos brevemente en primer lugar para continuar describiendo al hilo de la argumentación muchas de sus dificultades y capacidades. Finalizaremos con un apartado más específico

²⁸ M.B. CASANOVA, *Diversidad, fuente de Innovación y Conocimiento*, I Congreso Internacional Alares, 20-21 febrero 2008.

donde profundizaremos en algunas definiciones y características con el que trataremos de facilitar la comprensión de los aspectos más destacables de este espectro.

3. Objetivos

La autora de este trabajo ha podido constatar por su experiencia como directiva en entidades circunscritas al ámbito de la discapacidad cómo muchas familias prefieren que la persona con discapacidad no deje de percibir la aludida prestación económica por hijo con discapacidad a cargo, incompatible con un trabajo remunerado superior pero que, comprobado en asociaciones que aglutinan a personas con discapacidad, no hace más que perpetuar el modelo de empleo protegido en perjuicio de una inclusión verdadera en la empresa ordinaria, aspecto éste que configura el eje de la total inclusión laboral de la persona con discapacidad. Es más, la misma existencia de esta prestación hace que muchos padres y madres no impulsen el acceso al empleo de sus hijos e hijas con discapacidad.

Y a sabiendas de que las discapacidades *visibles* (que en su gran mayoría son las físicas), son las que reciben más atención desde un punto de vista de accesibilidad en el empleo, entendemos que las discapacidades psíquicas y/o mentales, encuentran muchas más trabas en el proceso de adaptación al empleo ordinario y normalizado y, sin duda, los TEA dentro de esa novedosa y desconocida categoría de discapacidad social, mucho más. Parece que estas trabas se convierten para el autismo en un absoluto desconocimiento de los protocolos específicos de acceso y posterior adecuación del puesto.

Este trabajo pretende analizar cómo la adecuada adaptación del puesto de trabajo para las personas trabajadoras con TEA, que es la población objeto de este estudio, es un instrumento primordial para la plena inclusión en el mundo laboral. Y es que, a día de hoy, la tasa de actividad de las personas con discapacidad en general es aún muy baja (35%). En otras palabras, un 65% de las que tienen edad laboral no tiene empleo ni lo busca²⁹. En el colectivo TEA, «4 de cada 10 personas con TEA no ha trabajado nunca, estando el 77%, en situación de desempleo. De estas personas, el 53% manifiesta un deseo real de trabajar»³⁰.

Desde el punto de vista desde el que se aborda esta investigación, se aludirá

²⁹ Vid. INE, *El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD). Año 2018*, Nota de prensa, 18 diciembre 2019.

³⁰ R. VIDRIALES FERNÁNDEZ, C. HERNÁNDEZ LAYNA, M. PLAZA SANZ, *Empleo y Trastorno del Espectro del Autismo. "Un potencial por descubrir"*, Autismo España, 2018, p. 26.

frecuentemente a personas trabajadoras con discapacidad y más concretamente como se verá más adelante y en la terminología establecida en la LPRL de “trabajadores especialmente sensibles” (TES). Y, además, se pretende tratar en este trabajo como la prevención de riesgos laborales en la empresa ordinaria se convierte en una herramienta transformadora encaminada a derribar barreras y favorecer la inclusión plena en el empleo de las personas con discapacidad y más concretamente de las personas con TEA. En este sentido, hay que destacar que las personas con discapacidad intelectual, mental o del desarrollo tienen mayores dificultades de acceso a la educación, al empleo y a la participación en la sociedad debido a las barreras no solo físicas sino sociales y cognitivas.

4. ¿Qué es el TEA?

El TEA se define como una disfunción neurológica crónica con una fuerte base genética que se manifiesta desde edades tempranas en los síntomas que se conocen como la *triada de afectación* o *triada de Wing*³¹, estos son: interacción social, comunicación y falta de flexibilidad en el razonamiento y comportamientos. López Gómez, Rivas Torres y Taboada Ares lo definen en términos generales como

un trastorno neuropsicológico [...] que se manifiesta con una alteración cualitativa de la interacción social y de la comunicación así como con unos patrones comportamentales restringidos, repetitivos y estereotipados con distintos niveles de gravedad³².

En cuanto a la incidencia en la población, este es uno de los trastornos que más afecta a la población y, según la OMS afecta a 1 de cada 160 nacimientos, presentando una mayor prevalencia en hombres que en mujeres.

Como ya hemos aclarado anteriormente, las características de las personas con TEA son muy variables, pero, a pesar de ello, destacamos a continuación algunos ejemplos de los comportamientos a los que se refieren las definiciones anteriores.

³¹ Cfr. L. WING, J. GOULD, *Severe impairments of social interaction and associated abnormalities in children: Epidemiology and classification*, en *Journal of Autism and Developmental Disorders*, 1979, vol. 9, n. 1.

³² S. LÓPEZ GÓMEZ, R.M. RIVAS TORRES, E.M. TABOADA ARES, *Revisión sobre el autismo*, en *Revista Latinoamericana de Psicología*, 2009, n. 3, p. 557.

Cuadro 1 – Comportamientos comunes a las definiciones

Comportamientos de comunicación e interacción social	Comportamientos restringidos o repetitivos
Poco contacto visual o contacto visual inconsciente	Repiten ciertas conductas o tener comportamientos inusuales como repetir palabras y gestos
Parece como que no ven o no escuchan a otras personas (a menudo se muestran ensimismados)	Muestran un elevado interés por determinados temas como números, datos, mapas, marcas de coches, etc.
No suelen responder cuando se les llama o se demoran en hacerlo	Se detienen en pequeños detalles de los objetos mostrando demasiado interés por ellos
Tienen dificultades para seguir conversaciones	Se molestan frecuentemente por los cambios que les desvíen de su habitual rutina
Frecuentemente hablan durante largo tiempo sobre un tema de su interés, sin permitir que los otros intervengan o respondan y no advierten que los demás son indiferentes a su discurso	Suelen ser más o menos sensibles a ciertos ruidos, texturas en la ropa, sabores, entre otros
Sus gestos o expresiones faciales a veces no coinciden con lo que están diciendo	
Su tono de voz es monótono o a veces disonante	
No suelen predecir las reacciones del otro, les cuesta entender el punto de vista de los demás	

Fuente: elaboración propia basada en las definiciones de S. LÓPEZ GÓMEZ, R.M. RIVAS TORRES, E.M. TABOADA ARES, [Revisiones sobre el autismo](#), en [Revista Latinoamericana de Psicología, 2009, n. 3](#)

5. Aproximación al tratamiento de la discapacidad en prevención de riesgos laborales

El art. 2 del Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo³³ introduce una serie de conceptos

³³ El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un protocolo adicional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Fue adoptado el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor al

que se consideran vertebradores en la gestión de la discapacidad en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, a saber:

- la *comunicación* que incluirá la visualización de textos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;
- el *lenguaje* que abarcará tanto el lenguaje oral como otras formas de comunicación no verbal;
- la *discriminación por motivos de discapacidad* considerando cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito laboral. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;
- los *ajustes razonables* o las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;
- el *diseño universal* como diseño no solo de productos sino de entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. Este diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

La gestión de la seguridad y salud del colectivo de personas con discapacidad presenta en la práctica a los técnicos de los servicios de prevención cierta incertidumbre sobre todo para los externos (o ajenos) por no entrar en el grado de insatisfacción que por lo general y según la experiencia de esta autora tienen las PYME respecto de ellos. En esta línea y muy en consonancia con las conclusiones del informe elaborado por el INSHT en cuanto a la organización preventiva de las empresas en España con respecto a otros países europeos, se evidencian

las críticas vertidas sobre el exceso de cargas administrativas en la implementación de medidas preventivas de salud y seguridad en el trabajo son el eco de determinadas obligaciones de carácter documental – generalmente la obligación de información, de comunicación y de

mismo tiempo que la Convención el 3 de mayo de 2008.

notificación – que forman parte del proceso mismo de gestión³⁴.

Sobre este asunto, se concluye en este estudio que

los déficits de integración de la prevención en la gestión de la empresa [...] deberían conllevar un refuerzo en esta línea, tal como han proclamado las Estrategias europea y española de Seguridad y Salud en el Trabajo. La integración de la prevención significa su imbricación transversal en los procesos de gestión empresarial como un continuum. Esta integralidad es la base de su efectividad.

Este enfoque es el adoptado por la Directiva Marco sobre salud y seguridad en el trabajo. La “filosofía” subyacente en esta legislación reside en establecer (o promover) un sistema de gestión de la salud y seguridad que permita su integración en la gestión general de la empresa, donde los procedimientos (como ocurre con la organización del trabajo, con la producción, ...) son parte esencial del sistema y contribuyen a su funcionamiento eficaz³⁵.

Abundando en ello en el caso particular que nos ocupa y en la señalada burocratización de los Servicios de Prevención Ajenos (SPA) que en su mayoría intervienen en las pequeñas y medianas empresas españolas, estos no disponen de la información suficiente acerca de la discapacidad en general y mucho menos del autismo, un gran desconocido en ese ámbito. Los técnicos suelen hacerse valer de determinadas guías publicadas a tal efecto por sindicatos³⁶, diferentes organismos o por entidades y organizaciones cercanas a la discapacidad. Concretamente, en el colectivo TEA no se dispone de demasiada información así que habrá que acudir a entidades que aglutinen al colectivo. Y así, analizada nuestra experiencia empresarial con dos SPA y desde nuestra perspectiva, podemos concluir que más allá de la entrevista con la persona trabajadora cuando se procede al reconocimiento médico en el proceso de vigilancia de la salud, si en esta entrevista el trabajador no ofrece al facultativo más información que la contenida en el certificado de discapacidad, no existe indicación alguna por parte de este en cuanto a las restricciones o adaptaciones para su puesto de trabajo.

Como elementos para conseguir la total integración de las personas con discapacidad existe lo que llamamos *empleo protegido*: por un lado, tendríamos los centros ocupacionales, destinados a personas con discapacidad severa

³⁴ INSHT, [La organización preventiva de las empresas en España: características distintivas respecto a otros modelos europeos](#), 2015, p. 188.

³⁵ *Ibidem*, pp. 188-189.

³⁶ Vid. I. PASTOR FLORES, [Guía de salud laboral y discapacidad](#), CCOO, 2019.

(superior al 65%); por otro lado, tenemos los centros especiales de empleo, reservados a personas con discapacidad con disminución de entre el 33 y el 65% y con capacidad laboral suficiente, pero en entorno protegido con actividad laboral. Y, finalmente, hablaríamos del empleo con apoyo, que se realiza en entornos ordinarios y cuyo objetivo es facilitar el paso al empleo ordinario realizándose un seguimiento continuo de la relación laboral en este último caso.

Pero cuando el grado de discapacidad o, mejor dicho, de funcionalidad³⁷ de la persona con discapacidad le permite ejecutar las tareas que se le exigen con suficiente autonomía, éste puede ocupar un puesto de trabajo en un empleo ordinario. En este caso, el empleo con apoyo también sigue siendo la fórmula más adecuada no solo para la adaptación inicial sino para el desenvolvimiento a través de toda la vida laboral de la persona trabajadora con autismo leve o moderado en la empresa. Y en cuanto al TEA, se hace necesario identificar no grados³⁸, como popularmente se comenta en cuanto al autismo, sino tipos o niveles de gravedad en base en el funcionamiento y en la necesidad de apoyos dentro del espectro autístico³⁹.

Este trabajo se centra pues en la inserción laboral en el *empleo ordinario*⁴⁰ aunque consideramos más acertada la utilización de la expresión *inclusión laboral* frente a integración. En este sentido, exponemos la experiencia empresarial de la que suscribe en el desarrollo del Programa *Juntos Somos Capaces* junto con la Asociación Evolutio, experiencia a través de la cual se

³⁷ «La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud aprobada en 2001, más comúnmente conocida como CIF, constituye el marco conceptual de la OMS para una nueva comprensión del funcionamiento, la discapacidad y la salud. Se trata de una clasificación universal útil para múltiples usos y sectores que pretende establecer un marco y un lenguaje estándar para describir la salud y las dimensiones relacionadas con ella. Se la denomina habitualmente CIF porque pone el acento más en la salud y el funcionamiento que en la discapacidad, entendiendo *funcionamiento* como lo referente a las funciones corporales, las actividades y la participación y la *discapacidad* como lo relativo a deficiencias, limitación de actividades o restricción de la participación. Es, pues, una perspectiva corporal, individual y social. Adicionalmente la CIF también considera los *factores contextuales* (ambientales y personales) que interaccionan con estos componentes» (J.A. FERNÁNDEZ-LÓPEZ ET AL., *Funcionamiento y discapacidad: la Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF)*, en *Revista española de salud pública*, 2009, n. 6, p. 776).

³⁸ Se abordarán estos grados en el § 6.

³⁹ Vid. S. LÓPEZ GÓMEZ, R.M. RIVAS TORRES, *El trastorno del espectro del autismo: Retos, oportunidades y necesidades*, en *Informes Psicológicos*, 2014, n. 2, p. 18.

⁴⁰ La sección 2ª LGDPD indica que se desarrollarán medidas para compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad, tales como la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa. En el art. 41 se enuncia además como apoyo a esta inclusión servicios de empleo con apoyo regulados por el RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

crea una figura más allá del preparador laboral del empleo con apoyo a la que podríamos denominar *persona de enlace*⁴¹, que es un compañero o compañera de la persona con TEA y que con la formación adecuada recibida de la propia empresa y por dicha entidad (a través de su preparador laboral) constituye el mayor punto de apoyo del trabajador.

5.1. Medidas para la adaptación al puesto de trabajo para personas trabajadoras con TEA

Cada día son más voces que se refieren a los TEA como una discapacidad de tipo social. La sociedad en la que la persona con TEA debe desenvolverse no suele estar preparada para la inclusión social de un concepto de diversidad tan *novedoso*. Y podemos entenderlo como novedoso ya que es algo desconocido, y por tanto genera cierto *reparo* social. Una persona es excluida socialmente cuando no puede participar en actividades sociales a pesar de su deseo de participación; «lo que clasifica la Discapacidad Social es el proceso y no la persona que se encuentra en el mismo»⁴². Las personas con TEA, en su mayoría no presentan problemas de movilidad, o de salud, pero sí presentan carencias en los aspectos de comunicación y manejo social, en algunos casos bastante importantes.

Para evitar que los trabajadores con TEA puedan encontrarse con ciertas dificultades en su entorno laboral es preciso realizar un estudio pormenorizado de sus necesidades que tengan como punto de partida un adecuado conocimiento de la realidad de estas personas trabajadoras – también a nivel social y familiar – para así poder adecuar el entorno de trabajo, tanto de su puesto de trabajo, como de la empresa en su totalidad. Esta necesidad se ha de considerar en todo momento por las empresas para garantizar la inclusión laboral y traduciendo estas acciones en la adopción de medidas, tanto colectivas como individuales que beneficiarán a toda la plantilla.

Así pues, se proponen a continuación una serie de pasos a seguir de carácter general para la adecuada adaptación del entorno de trabajo a la persona trabajadora con TEA:

1. *descripción del puesto de trabajo:*

- relación pormenorizada de los requisitos para el desempeño de las funciones del puesto;

⁴¹ Véase § 8.4, apartado *Estrategias: catálogo de buenas prácticas*.

⁴² S. PISONERO, *La discapacidad social, un modelo para la comprensión de los procesos de exclusión*, en *Zerbitzuan*, 2007, n. 41, p. 104.

- descripción de las tareas específicas que conlleva el puesto;
 - detalle de los equipos de trabajo, medios técnicos y tecnológicos necesarios para la realización de la actividad laboral;
2. *descripción del entorno de trabajo:*
 - condiciones de accesibilidad a la empresa, personas y lugares a los que acudir, emplazamientos y localización;
 - elaboración de planos con las limitaciones de movilidad por las instalaciones y la ubicación de aseos, salidas, salas de descanso, etc.;
 - descripción de las personas que componen la plantilla con fotografías y anticipación de características personales;
 3. *conocer las habilidades y capacidades de la persona trabajadora:*
 - estudio de necesidades tanto a nivel laboral como personal y familiar;
 4. *definición de medidas para la adaptación del puesto de trabajo y/o la accesibilidad y comunicación de estas a la persona trabajadora.*

5.2. Persona trabajadora con discapacidad y TES con TEA

En el ámbito laboral

se considera trabajador con discapacidad a aquella persona que podría en algún momento tener dificultades para desempeñar determinadas actividades o tareas exigidas por su puesto de trabajo, el cual suele estar configurado según parámetros y criterios que no tienen en cuenta la diversidad funcional, sino que se ciñen a lo estándar⁴³.

Actualmente, se considera que las dificultades y desventajas de las personas con discapacidad no se deben única y exclusivamente a sus propios déficits y limitaciones sino a la interacción entre éstos y las carencias, obstáculos y barreras que existen en el entorno social y laboral, es decir, se relacionan los riesgos específicos del puesto de trabajo y las concretas características de la persona con discapacidad. Por tanto, ni TES es todo trabajador con una discapacidad reconocida, ni todo trabajador con discapacidad reconocida puede considerarse, por esa sola condición, TES.

Y las dos herramientas fundamentales de las que la empresa dispone para determinar la especial sensibilidad de la persona trabajadora son los

⁴³ FUNDACIÓN PREVENT, *Guía para conseguir una prevención de riesgos laborales inclusiva en las organizaciones 2010*, Comunidad de Madrid, 2013, p. 1 del *Prólogo*. *Vid.* el art. 22 LPRL, en relación con el art. 31.3.f: el deber de vigilancia de la salud empresarial no se proyecta en relación con la salud en general, sino que se limita a la prevención de los riesgos inherentes al trabajo concreto que se desempeña.

reconocimientos médicos dentro de su obligación de vigilancia de la salud y el análisis de los puestos de trabajo. Como tercera herramienta, Plena Inclusión⁴⁴ propone el *Método Perfiles* según el cual se aportan dos tipos de perfiles, a saber: las capacidades de la persona y las exigencias de la tarea, perfiles que quedan recogidos en la llamada *Gráfica de Perfiles*⁴⁵. Introducimos aquí pues la figura del *empleo con apoyo* que veremos más adelante como método para la adecuación del puesto de trabajo para personas trabajadoras con discapacidad. Así, «los empresarios tomarán las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta»⁴⁶.

De TES y sus características versa el art. 25.1, primer párrafo, LPRL que establece una protección específica pues nuestro ordenamiento jurídico prevé como principio general de la tutela de seguridad y salud recogida en la Constitución la adaptación del trabajo a la persona – art. 15.1.d LPRL – que deberá tenerse presente en la ejecución de la prestación de servicios por parte de la persona trabajadora en cualquier relación laboral. Tal norma, que en nuestro Derecho nacional por influencia del ordenamiento comunitario ha producido un cambio trascendente pues el principio de *adecuación de trabajador al trabajo* (recogido en los arts. 123 y 196 de la Ley General de la Seguridad Social), ha sido desplazado, pasando a jugar un papel meramente complementario con respecto al principio de la *adaptación del trabajo a la persona* en lo relativo al empleo de personas con discapacidad.

Además, la LPRL ha querido establecer un tratamiento legal específico para los trabajadores con alguna especial sensibilidad a determinados riesgos. Literalmente indica:

el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo⁴⁷.

Así, como podemos observar, para las personas con TEA este artículo se convierte en la clave de la protección de la seguridad y salud partiendo todo de la consideración de TES.

Sin embargo, la especial sensibilidad no debe ser una categoría sino un

⁴⁴ Información recogida por la que suscribe del Primer Congreso de la Diversidad, celebrado en noviembre de 2019 en la Universidad Juan Carlos I de Madrid.

⁴⁵ *Vid.* S. MUÑOZ (coord.), [Las personas con discapacidad intelectual en la función pública: informe sobre situación, recomendaciones y apoyos tecnológicos](#), Plena inclusión España, 2018.

⁴⁶ Art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

⁴⁷ Art. 25.1 LPRL.

principio general de adaptación del puesto a la subjetividad de cualquier persona trabajadora. Y ello porque cubriremos tanto al trabajador que tiene una característica personal diferencial, como al que está recibiendo tratamiento médico durante un periodo determinado, como al que presenta una gran discapacidad y requiere de un diseño ergonómico específico. No obstante, la *condición de TES a los riesgos derivados del trabajo* no comporta que, de forma inmediata y directa, el mismo deba ser calificado como una persona discapacitada, conforme a lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE.

Porque las empresas deben dirigir sus esfuerzos no solo a elaborar catálogos o listados de trabajadores, sino a adaptar los puestos considerando que la Prevención de Riesgos Laborales no consiste únicamente en proteger la salud ni en cumplir con requerimientos legales que se eternizan en burocratización, ni en la selección de personal por razones de salud sino también en propiciar la empleabilidad, a través de la adaptación de los puestos a la subjetividad del trabajador.

En este sentido y, de cómo la empresa pueda tener conocimiento de la condición de la persona con TEA y, por ende, de su especial sensibilidad, aparte de por la evaluación de su salud, es muy interesante que éste haya accedido a la misma a través de alguna entidad de intermediación acreditada y especializada que podrá en primer lugar hacer un estudio de los perfiles y formará e informará al empresario de las características particulares de la persona candidata o aspirante. Y en la actualidad, no sólo las entidades que se circunscriben al colectivo TEA son las únicas que tienen esa especial información, sino que hay muchas otras que tienen especial vinculación a la orientación laboral y vocacional de la persona candidata y están muy orientadas a la búsqueda de empleo. Como ejemplo, citaremos compromiso que el Grupo Fransan (de la que la autora de este trabajo es socia directora) tiene con la Asociación Evolutio, la Fundación Adecco y la Fundación Konecta respectivamente.

En la práctica, la persona trabajadora con TEA que tenga reconocida legal y administrativamente esta condición y que esté en posesión de un certificado de discapacidad, es reconocida como TES debiendo haber sido comunicada a la empresa tal condición y a partir de ese momento le será de aplicación la protección prevista en el art. 25 LPRL que conlleva una obligación de hacerla específica por parte de la empresa. En este sentido se debe matizar que a las personas con TEA les pueden afectar en mayor medida que al resto de la población los *factores psicosociales* del trabajo y la organización de la empresa y, de ahí, apelando a la *textualidad* del término, su consideración de TES, pues si tenemos en cuenta que los llamados *riesgos psicosociales* son aquellos que hacen referencia a *los factores psicológicos* que

«intervienen en la realización del trabajo [y que] provienen fundamentalmente de la organización del mismo»⁴⁸ o son «aquellas características de las condiciones de trabajo y, sobre todo, de su *organización* que afectan a la salud de las personas a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos a los que también llamamos estrés»⁴⁹, la autora de este trabajo, a la vista de las personas trabajadoras con TEA a las que dirige y ha dirigido, ha podido constatar que son más proclives al estrés y a la ansiedad que cualquier otro TES⁵⁰. En este sentido y fruto de esta investigación, véase lo manifestado por el trabajador con TEA entrevistado en el § 8.3, punto 5.

5.3. Riesgos psicosociales y su prevención

Flores, Jenaro, González-Gil y García-Calvo⁵¹ han propuesto un modelo que supone una primera aproximación al análisis de la calidad de vida laboral de las personas con discapacidad. Analizan estos autores que existe una percepción de desequilibrio entre las demandas laborales y los recursos disponibles y que esta percepción en sí misma genera estrés (como principal riesgo psicosocial) y supone una disminución de la calidad de vida laboral percibida, lo que tiene consecuencias tanto para la persona trabajadora como para la organización. Por ello, un aspecto que requiere atención específica es el relativo a la prevención de todo tipo de acoso en el trabajo dirigido hacia las personas con discapacidad, así como al establecimiento de mecanismos de detección y de sanción eficaces cuando se produzcan.

En este sentido, cabe señalar que el colectivo TEA puede ser más vulnerable aun que el resto de las personas trabajadoras con discapacidad a este tipo de comportamientos de abuso, de hostigamiento y de daño psicológico o moral debido a la dificultad que pueden presentar para interactuar de forma regular o normativa con los otros y/o la presencia de comportamientos particulares (por ejemplo, estereotipias motoras). Esta

⁴⁸ P. RIVAS VALLEJO, *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n. extra., p. 247.

⁴⁹ S. MONCADA I LLUÍS, C. LLORENS SERRANO, T.S. KRISTENSEN, S. VEGA MARTÍNEZ, *El método COPSQQ (ISTAS21, PSQCAT21) de evaluación de riesgos psicosociales*, NTP INSHT, 2005, n. 703, p. 1. Por similitud, encontramos una ficha (concretamente la n. 6), con recomendaciones para el trabajador por patologías psiquiátricas, en M.T. VICENTE HERRERO, M.V. RAMÍREZ INIGUEZ DE LA TORRE, *Fichas para el manejo del trabajador especialmente sensible en Salud Laboral*, AEEMT, 2019.

⁵⁰ Vid. B.A. ZABOSKI, E.A. STORCH, *Comorbid autism spectrum disorder and anxiety disorders: a brief review*, en *Future Neurology*, 2018, vol. 13, n. 1.

⁵¹ N. FLORES, C. JENARO, F. GONZÁLEZ-GIL, P.M. GARCÍA-CALVO, *Análisis de la calidad de vida laboral en trabajadores con discapacidad*, en *Zerbitzuan*, 2010, n. 47.

circunstancia se ve agravada por el hecho de que es muy posible que carezcan tanto de habilidades para detectarlo como de estrategias de afrontamiento eficaces, por lo que resulta ineludible para los responsables de la organización, los supervisores y los compañeros la adopción de medidas que prevengan este tipo de riesgo psicosocial⁵².

5.4. La adaptación psicosocial al puesto de trabajo de la persona con TEA

La empresa está obligada a mantener y promover un ambiente laboral sano, garantizando que el trabajo realizado por el personal no dé lugar a lesiones psíquicas. Así pues, la empresa debe establecer, por un lado, una razonable adaptación del puesto de trabajo a la persona con TEA seleccionada – art. 15.1.d LPRL – en coordinación con la normativa de los ajustes razonables recogidos en los arts. 2.m y 23, apartados 2 y 3, LGDPD y, por otro, un nivel de seguridad y salud de los trabajadores adecuado. Lo esencial desde el punto de vista de esta autora es partir del binomio puesto de trabajo-características de la persona trabajadora para concretar la evaluación de riesgos y para determinar hasta qué punto necesita adaptación al mismo⁵³. Y es en el momento en el que la empresa conoce que el trabajador seleccionado presenta algún TEA cuando debiera poner en marcha una evaluación de riesgos y vigilancia de la salud específica para dar cumplimiento a los arts. 15, 16, 22 y 25 LPRL.

Mención aparte tendría el ámbito de la vigilancia de la salud, pudiendo ser ésta el medio por el cual la empresa conozca que la persona trabajadora tiene TEA. Sin embargo, en la práctica habitual, y como anteriormente hemos mencionado, casi ningún servicio de prevención ajeno conoce qué es el TEA. En principio, todo puesto de trabajo que desempeñe una persona trabajadora con discapacidad mental es susceptible de ser adaptado y, de hecho, también como regla general, necesitará ser modificado en alguna medida para adecuarse a las características del empleado, pero

⁵² Vid. M. LENDÍNEZ EXTREMERA, *Acoso y maltrato en el autismo*, en *Revista Internacional de Apoyo a la Inclusión, Logopedia, Sociedad y Multiculturalidad*, 2017, n. 1.

⁵³ Para ambas obligaciones tendrá en cuenta, como recuerda la STS 25 junio 2008 (rec. 70/2007), «los riesgos laborales que puedan aparecer como consecuencia tanto de las condiciones objetivas del puesto de trabajo (los equipos que se utilicen en el mismo, el ambiente en el que se desarrolla, etc. [...]), como las condiciones subjetivas de las personas que van a desarrollar esa concreta tarea» (C. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, *La adaptación psicosocial del puesto de trabajo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad mental*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Dykinson, 2018, p. 247, § 1.3).

cuando el servicio de vigilancia de la salud es informado sobre esta condición, necesita del informe de un servicio de salud. Principalmente, en personas con TEA podríamos hablar de una adaptación *progresiva* al puesto de trabajo pues una de las claves del éxito en la adaptación es precisamente que estos trabajadores puedan interiorizar una serie de rutinas, y eso sólo se consigue con esa progresión.

Hay abundantes trabajos sobre prevención de riesgos laborales para las personas con discapacidad en general, pero se obvia la problemática específica de los trabajadores con discapacidad mental, intelectual, del desarrollo o TEA.

Según Martínez Mínguez⁵⁴,

En la práctica, nos encontramos con que la norma solo resuelve los casos en que las condiciones de sensibilidad son evidentes, fácilmente reconocibles, o por declaración expresa y suficientemente acreditada del propio trabajador.

Sin embargo, cuando la sensibilidad no es notoria, se dificulta tanto el conocimiento del trabajador, porque puede ocurrir que ni él mismo sea consciente de su propia vulnerabilidad; como del empresario, que tampoco tendrá conocimiento de la misma. La única vía de solución para estos casos, y que vincularía al empresario, sería que a través de los oportunos reconocimientos médicos se detectase que el trabajador posee las condiciones subjetivas de especial sensibilidad⁵⁵.

No existen más medios al alcance de la detección de la sensibilidad, salvo el de vigilancia de la salud, con el único inconveniente de que tiene carácter voluntario y que en el procedimiento se debe respetar el derecho fundamental a la intimidad del trabajador y la confidencialidad acerca de su estado de salud (art. 16 CE y 22.2 LPRL).

Y este es el caso de la discapacidad *invisible* que es el TEA.

En este sentido resulta muy interesante la guía para empleadores relativa a la salud mental y empleo elaborada por el INSHT en 2015⁵⁶ que establece una serie de recomendaciones que, pese a estar pensadas para personas con problemas de salud mental, podrían extrapolarse a las personas con TEA. Lo primero que se hace para pensar en las concretas adaptaciones de un puesto de trabajo debe ser que los SPA pregunten a la propia persona

⁵⁴ S. MARTÍNEZ MÍNGUEZ, [La prevención de riesgos laborales en los trabajadores especialmente sensibles](#), Trabajo Fin de Grado, Universidad de Valladolid, 2016, p. 28.

⁵⁵ A. MORENO SOLANA, [La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles](#), Tirant lo Blanch, 2010, p. 59, como citada en S. MARTÍNEZ MÍNGUEZ, [op. cit.](#), p. 28, nota 32.

⁵⁶ M. GÁLVEZ HERRER, M.D. SOLÉ GÓMEZ, [Salud mental: etapas para su promoción en la empresa](#), NTP INSHT, 2015, n. 1.045.

trabajadora dado que se requiere una perspectiva individualizada. En la práctica, la persona con TEA que es entrevistada por el SPA en raras ocasiones obtiene un informe de adaptación por ignorancia de lo que significa tener autismo para el servicio médico. Por eso, muchos médicos de vigilancia de la salud insisten en que sea un especialista el que mediante un certificado les informe de las dificultades que pueda presentar la persona con TEA. En este proceso también deben ser consultados a los representantes de los trabajadores – si los hubiere – para que se impliquen, sobre todo, los delegados de prevención, Comité de Seguridad y salud. Y muy importante resulta el hecho de que se haga partícipe al resto de la plantilla, a través de acciones abiertas hacia la diversidad, para evitar que las personas con discapacidad se sientan señaladas. Y, como hemos visto con anterioridad, siendo el riesgo psicosocial uno de los que mayor prevalencia tienen en las personas autistas, se hace imprescindible como adaptación psicosocial al puesto de trabajo para las personas trabajadoras del colectivo, el desarrollo de herramientas para facilitar la comunicación interna dentro de la empresa, resultando esta medida fundamental como principal adaptación.

Comunicación interna

De la misma manera que el número de los factores psicosociales es muy amplio, también lo es el número de fuentes de riesgo o de estrés. En este sentido y en cuanto a la cultura organizacional, una mala comunicación interna, bajos niveles de apoyo, falta de definición de las propias tareas o una inadecuada comprensión de los objetivos organizacionales, pueden afectar tanto a la salud psicológica como a la salud física. Y a nivel individual las acciones que ponga en marcha la empresa deben ir orientadas a la formación del personal y directivos en el manejo de situaciones conflictivas y habilidades de comunicación⁵⁷.

Así, para el diseño de estas estrategias de comunicación hay que tener en cuenta no solo los medios de comunicación tradicionales sino las redes sociales y los medios alternativos que cumplen funciones con cercanías importantes para los individuos, porque les hablan en su propio idioma, en su propia *jerga*. En este sentido, muestra la experiencia que, mediante la utilización de un grupo de WhatsApp interno, la comunicación se hace más fluida por la fácil introducción de pictogramas, emoticonos y otras herramientas que este tipo de lenguaje ha proporcionado y que resulta muy

⁵⁷ B. MORENO JIMÉNEZ, C. BÁEZ LEÓN, *Factores y Riesgos Psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSHT, Universidad Autónoma de Madrid, 2010.

dinamizador en este tipo de comunicación. Porque «La racionalidad de la acción comunicativa se halla orientada hacia la comprensión intersubjetiva, en la búsqueda permanente del entendimiento. De esta manera, la racionalidad de la acción comunicativa alcanzaría su plenitud en el ejercicio sin trabas del diálogo y el intercambio de ideas»⁵⁸, ya que el diálogo es un modo de usar el lenguaje con el fin de lograr acuerdo entre los interlocutores; hay comunicación, hay un acto comunicativo cuando habla y acuerdo se reconocen recíprocamente.

Otros factores de adaptación psicosocial

La empresa asimismo puede solicitar el asesoramiento y formación de las entidades y organizaciones que representen a las personas con TEA. La teoría es que se consiga incluir dentro de la planificación de riesgos laborales de la empresa las adaptaciones⁵⁹ o apoyos que precisan las personas trabajadoras con TEA para realizar con garantías su puesto de trabajo. Y como existe cierto paralelismo y ante la falta de información para los trabajadores con TEA, podríamos contemplar la adaptación psicosocial del puesto de trabajo para las personas con discapacidad mental que ha tenido en cuenta de Fuentes García-Romero de Tejada, aunque el autor señale que «la adaptación psicosocial del puesto de trabajo específica para trabajadores con problemas de salud mental no se abarca en los trabajos que versan sobre la seguridad y salud de las PCD»⁶⁰. Para este autor «los ajustes del puesto de trabajo para conseguir la máxima potencialidad de las PCD deben realizarse “en el lugar de trabajo, en el sitio de trabajo y en las condiciones de trabajo”»⁶¹ entendiendo que estos ajustes deben darse más en las condiciones de trabajo que en lo relacionado con la arquitectura o estructura del puesto de trabajo que son más relevantes en discapacidades físicas e incluso sensoriales o intelectuales. Por ello, para la discapacidad que es objeto de este estudio deben tenerse en cuenta aspectos como la organización de la empresa, el contenido del trabajo, la forma de ejecución de las tareas e incluso el organigrama establecido pues es una característica fundamental de los TEA la asunción de instrucciones concretas y su preferencia por las instrucciones y esquemas para su mejor procesamiento.

⁵⁸ L.R. NAVARRO DÍAZ, *Aproximación a la comunicación social desde el paradigma crítico: una mirada a la comunicación afirmadora de la diferencia*, en *Investigación & Desarrollo*, 2008, n. 2, p. 336.

⁵⁹ Art. 14.e LPRL.

⁶⁰ C. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 249.

⁶¹ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo*, 2002, p. 25, como citada en C. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 250.

En este sentido, habría que analizar y evaluar entre otros aspectos:

1. la duración del contrato de trabajo y el periodo de prueba;
2. la duración de la jornada de trabajo y las paradas para descanso, bocadillo, etc.;
3. la turnicidad;
4. los tiempos de la persona trabajadora para adaptarse a los cambios en las funciones del puesto de trabajo;
5. el tiempo o la duración de la acogida o el periodo que transcurre en la formación específica para su puesto de trabajo, localización y entorno social;
6. el seguimiento y el apoyo que el trabajador puede requerir tanto por profesionales sociosanitarios como por la persona designada en la empresa como *persona de enlace*.

Especial mención, por tanto, por su carácter incuestionable, al papel de la dirección y gerencia de las organizaciones ya que, según Alcover de la Hera y Pérez Torres⁶²,

el apoyo organizacional a la diversidad⁶³ es la percepción que los empleados tienen sobre las acciones que realiza la empresa para promover los valores de diversidad. Este apoyo no solo incluye la identidad personal y grupal de los miembros de la organización, sino también las actitudes individuales y las acciones de los directivos hacia los grupos minoritarios⁶⁴.

Hay que señalar además que la participación de las empresas como agentes implicados es clave en la Agenda 2030. «El grupo de las personas con discapacidad está incluido como uno más sobre los que enfocar los retos planteados»⁶⁵. En concreto, dentro de los objetivos en los que están implicadas las personas con discapacidad nos encontramos con el Objetivo 8, *Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*⁶⁶.

Estos valores deben reflejarse en las políticas y prácticas de la organización

⁶² C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op cit.*, p. 212.

⁶³ Veremos ejemplos en el § 8.4, apartado *Estrategias: catálogo de buenas prácticas*.

⁶⁴ Vid. M.C. TRIANA, M.F. GARCÍA, A. COLELLA, *Managing diversity: How organizational efforts to support diversity moderate the effects of perceived racial discrimination on affective commitment*, en *Personnel Psychology*, 2010, vol. 63, n. 4, como citadas en C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op cit.*, p. 212, referencia 33.

⁶⁵ M. LALOMA GARCÍA, *ODS y discapacidad. Plan de trabajo*, CERMI, Cinca, 2018, p. 35.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 45, tabla 3.

para integrar a las personas con discapacidad⁶⁷. Como señala Spataro⁶⁸ es importante que la alta dirección esté atenta al sistema de valores subyacente a la cultura y que sea transmisora de la contribución que realizan los trabajadores con discapacidad.

De esta forma, tanto el estilo de dirección como el estilo de liderazgo influyen sobre la manera de abordar la inclusión y el trato de las personas con discapacidad en la empresa. [...]

“[...] Esta *flexibilidad* del líder que utiliza un estilo situacional tiene importantes implicaciones en aquellos trabajadores con discapacidad que necesitan autonomía en su puesto u orientación específica dependiendo de su nivel de disposición a cumplir con las tareas asignadas”⁶⁹.

Por lo tanto, fomentar una cultura inclusiva y orientada a la diversidad, donde predomine un estilo de dirección participativo debería ser uno de los primeros pasos en la prevención de riesgos psicosociales en trabajadores con discapacidad [y por descontado en los trabajadores con TEA]⁷⁰.

Y, es más, el personal en su totalidad tiene un papel importantísimo en este proceso y en particular en una de las medidas en la adaptación que será lo que denominamos *Plan de Acogida*.

Plan de Acogida

La realidad es que hoy día las empresas están compuestas por personas de muy diferentes colectivos y la diversidad es una de las notas características y fuente de riqueza, así, la necesidad de adaptar a las organizaciones en la acogida de su plantilla para que ésta se lleve a cabo de la manera más cómoda y ágil posible. El *Plan de Acogida* se convierte en una inestimable ayuda para las empresas y organizaciones en una gestión adecuada y planificada de la acogida de los nuevos trabajadores, logrando un aumento en la satisfacción de la persona recién incorporada y repercutiendo positivamente en el clima y convivencia laborales. Y, especialmente, un

⁶⁷ Vid. L. SCHUR, D. KRUSE, P. BLANCK, *Corporate Culture and the Employment of Persons with Disabilities*, en *Behavioral Sciences and the Law*, 2005, vol. 23, n. 1, como citados en C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op cit.*, p. 212, referencia 32.

⁶⁸ Vid. S.E. SPATARO, *Diversity in Context: How Organizational Culture Shapes Reactions to Workers with Disabilities and Others Who Are Demographically Different*, en *Behavioral Sciences and the Law*, 2005, vol. 23, n. 1, como citada en C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op cit.*, p. 212, referencia 30.

⁶⁹ C.G. CUBERO, *Situational leadership and persons with disabilities*, en *Work*, 2007, vol. 29, n. 4, como citado en C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op cit.*, p. 212, referencia 34.

⁷⁰ C.M. ALCOVER DE LA HERA, V. PÉREZ TORRES, *op cit.*, p. 212.

manual de acogida y contratación de personas con discapacidad⁷¹ nos ayuda a conocer y valorar la diversidad como parte de la esencia de la empresa, como un proceso que aportará múltiples aprendizajes y satisfacciones. Particularmente, para las personas trabajadoras dentro del TEA, este Plan se convierte en el *manual de instrucciones* básico en su inclusión e incorporación debido a

las dificultades nucleares que afectan a áreas del desarrollo tan claves como son la comunicación, la socialización y la imaginación, generan en sí necesidades de adaptación que directamente las compensen: utilización de sistemas alternativos y aumentativos de comunicación; estrategias para favorecer la expresión de necesidades, estados físicos y emocionales; desarrollo de habilidades sociales; y materiales para favorecer la estructuración, anticipación y planificación⁷².

El *Plan de Acogida* debe resolver las dudas y temores que la persona recién incorporada pueda tener, facilitándole su integración. Y estos serían los puntos básicos que tendría que recoger dicho manual, a saber:

- recepción del candidato/a y visualización de las instalaciones;
- presentación de la empresa;
- organigrama;
- descripción del puesto de trabajo;
- formación;
- normas y reglas. Reglamento de régimen interno, código de vestimenta;
- comunicación;
- política de prevención de riesgos laborales;
- condiciones de trabajo;
- beneficios sociales.

6. Evaluación de riesgos adaptada

De igual forma que en referencia a la discapacidad sensorial, en esta fase será ajustada la evaluación previa del puesto de trabajo a ocupar por el trabajador, es decir, se reevaluará el puesto teniendo en cuenta esta discapacidad de la persona que va a ocuparlo, aplicando el llamado

⁷¹ M. MEDEIROS ET AL., *Manual para la acogida y contratación de personas con discapacidad*, Inserta Empleo, 2018.

⁷² J.L. CUESTA ET AL., *Trastorno del espectro del autismo: intervención educativa y formación a lo largo de la vida*, en *Psychology, Society, & Education*, 2016, vol. 8, n. 2, p. 169.

Coefficiente de Especial Sensibilidad⁷³, tendremos que tener en cuenta que el TEA puede afectar a diferentes factores pero todos ellos relacionados con otras alteraciones del neurodesarrollo frecuentemente asociadas al trastorno como la discapacidad, intelectual, el trastorno por trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) o los tics-trastorno de Tourette. Estos factores pueden traducirse en alteraciones de conducta, así como referirse a comorbilidades relacionadas con problemas de salud mental como la ansiedad o la depresión⁷⁴ aspectos todos estos a tener muy en cuenta en esta mencionada reevaluación. Hablaremos en este apartado de evaluación de riesgos.

6.1. Análisis y evaluación de riesgos

En el art. 4 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, se cita la necesidad de evaluar el puesto en el que se vaya a incorporar un trabajador, cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto. Una evaluación de riesgos es un examen detallado de lo que podría perjudicar la salud de las personas en el lugar de trabajo, con objeto de determinar si las medidas preventivas son suficientes o si debería realizarse un mayor esfuerzo para preservar la salud de los trabajadores. El objetivo es garantizar que nadie se lesione o se ponga enfermo.

Un principio básico de la prevención es el de adaptar el trabajo a la persona, por eso es fundamental conocer las limitaciones tanto físicas, como psíquicas o sensoriales del trabajador. Y así, según la Mutua Asepeyo⁷⁵,

La evaluación de riesgos es un proceso dirigido a estimar la magnitud de los riesgos que no han podido ser evitados, a través del cual obtenemos la información necesaria para tomar la decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas, y si es necesario, sobre qué tipo de medidas: eliminación o reducción del riesgo, control periódico de las condiciones, sistemas de organización, métodos de trabajo y el estado de salud de los trabajadores.

La finalidad, por lo tanto, es determinar si es necesario tomar medidas preventivas debido a la existencia de peligros, que si no son controlados,

⁷³ Vid. FOMENT DEL TREBALL NACIONAL, *Guía para la gestión preventiva de los puestos ocupados por personas con discapacidad sensorial*, 2009, p. 14.

⁷⁴ A. HERVÁS, I. RUEDA, *Alteraciones de conducta en los trastornos del espectro autista*, en *Revista de Neurología*, 2018, supl. 1.

⁷⁵ ASEPEYO, *Plan de adecuación al puesto de trabajo de las personas con discapacidad*, 2010, p. 2.

puedan ser en un futuro causa de accidente o enfermedad profesional⁷⁶.

El proceso de establecimiento de medidas destinadas a los trabajadores con discapacidad debe coordinarse entre todos los que participan en la gestión preventiva y, particularmente, en la evaluación de riesgos, a fin de que se cumplan las obligaciones en virtud de la legislación sobre seguridad y salud y la legislación en materia de lucha contra la discriminación. Todas las etapas del proceso de gestión de riesgos deben tener en cuenta los planteamientos de lucha contra la discriminación, con el objeto de modificar o adaptar, si hace falta, el entorno de trabajo, los equipos de trabajo y la organización del trabajo, y garantizar que los riesgos y la discriminación sean eliminados o, al menos, minimizados.

No obstante,

Las evaluaciones de riesgo generales o genéricas deberán también, tener en cuenta las diferencias individuales de los trabajadores. Es importante no dar por hecho que todos los trabajadores son iguales, ni formular hipótesis sobre los riesgos para la salud y la seguridad asociados a una discapacidad determinada⁷⁷.

6.2. Adaptación a puesto de trabajo y ajustes razonables

En muchas ocasiones, las empresas confunden la terminología ya que no es lo mismo el concepto de *ajustes razonables* y las *medidas de fomento del empleo*⁷⁸. Así, y según Font García⁷⁹, mientras los ajustes razonables para la persona con discapacidad «son específicos para esa persona con discapacidad y son además derechos en el puesto de trabajo», las medidas de fomento de empleo – subvenciones a la contratación, bonificaciones a la Seguridad

⁷⁶ Vid. FUNDACIÓN PREVENT, *op. cit.*, p. 35 del § 5.

⁷⁷ ASEPEYO, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁸ Vid. la LISMI, modificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introduce un nuevo artículo, el 37-*bis*, que establece que, «Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad». La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, regula también la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación (art. 3). El art. 38 LISMI establece que la accesibilidad y la adaptación de los puestos de trabajo, podrá acogerse a ayudas específicas, que deben incluirse dentro de las políticas activas de empleo.

⁷⁹ J. FONT GARCÍA, *Ajustes razonables en el ámbito laboral*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *op. cit.*, p. 196.

Social o la cuota de reserva de 2% en empresas de más de 50 trabajadores – *no son específicas* para esa persona y existen antes de que se produzca la contratación⁸⁰.

La primera noticia que tiene la empresa de la condición de la persona trabajadora con discapacidad es la acreditación de su grado mediante la resolución o tarjeta acreditativa de su grado⁸¹ que en Andalucía es expedida por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de acuerdo con la competencia territorial establecida en el art. 7 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Sin embargo, no existe documento alguno que acredite cuáles deben ser los ajustes razonables o las necesidades que pueda tener esta persona trabajadora por lo que la empresa para realizar ese primer diagnóstico debe recurrir en primer lugar a la persona contratada mediante una entrevista personal. En el caso de las personas con TEA, esa entrevista personal en un principio no da a la empresa toda la información suficiente si no se recurre a entidades especializadas para consultar sobre su capacidad funcional pero siempre partiendo de la base de que los ajustes razonables deben suponer también según Font García un «aumento en la autonomía personal de la persona con discapacidad en el ejercicio de las funciones del puesto para el que ha sido contratada y para el que la persona con discapacidad debe estar debidamente cualificada»⁸². Recordemos aquí además la problemática de la burocratización y el desconocimiento por parte de los SPA que abordamos en el § 5.3 respecto al tratamiento de la discapacidad en prevención de riesgos laborales y que también obstaculiza estos primeros pasos de la persona con TEA dentro de la empresa.

Así, tal y como hemos visto, los ajustes razonables *no son generalizables para todas las personas con discapacidad* sino, de acuerdo con Font García,

⁸⁰ En este sentido, el RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, en su art. 8.4 aborda las *Adaptaciones y ajustes razonables* y establece que «La adaptación de medios y los ajustes razonables consisten en la puesta a disposición del aspirante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnologías asistidas que precise para la realización de las pruebas en las que participe, así como en la garantía de la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde estas se desarrollen».

⁸¹ Véase sobre declaración y calificación de discapacidad el art. 4 LGDPD.

⁸² J. FONT GARCÍA, *op. cit.*, p. 197. No obstante, en la entrevista personal a la persona trabajadora con TEA que es la primera herramienta de que disponemos para poder valorar las necesidades que tiene para poder implementar las medidas necesarias, nos podemos encontrar con que a priori no encontremos esas necesidades por la ya aludida particularidad de encontrarnos ante una discapacidad invisible, sin signos aparentes de ningún tipo de limitación o dificultad.

«específicos para cada persona con discapacidad»⁸³. Y todo ello a pesar de que las empresas tiendan a evitar la contratación de personas con discapacidad porque consideran que estas adaptaciones van a suponer un gran coste en contra de la conclusión general de que no solamente no va a ser gravoso, sino que va a resultar rentable ya que si la descripción de puesto de trabajo llevada a cabo por la empresa fuera correcta, se evitaría la arbitrariedad en la adecuación de los mismos siendo más sencillo implementar las medidas adecuadas si el diseño fuera universal y *objetivo*. En este sentido, facilita mucho el procedimiento establecido por la norma ISO 9001⁸⁴. Esta norma, «en su apartado 6.2, trata sobre los recursos humanos en una empresa». Según la norma para que una empresa «pueda satisfacer a sus clientes de manera eficaz» deberá ofrecer un producto de calidad» y en ese sentido, se considera que un recurso humano es de calidad cuando, entre otras razones, es competente en base a su «educación, formación, habilidades y experiencia» además de «cuando se encuentra *satisfecho en su puesto de trabajo*»⁸⁵.

Por tanto, en este trabajo nos centraremos en qué ocurre una vez que la persona ya ha sido contratada, seleccionada y ha accedido a su puesto de trabajo. Nos centraremos en cómo ha sido – o no – esa especial adaptación que ha tenido en su puesto de trabajo. Y así, lo que vamos a dibujar es un itinerario desde el principio, desde su llegada a la empresa.

6.3. ¿Qué son los ajustes razonables?

La lucha contra las discriminaciones constituye un importante reto para la Unión Europea. Los países miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para combatir cualquier tipo de discriminación, especialmente si tiene que ver con el empleo y el mercado de trabajo.

La publicación de la *Directiva 2000/78/CE*, aprobada por el *Consejo de la Unión Europea*, representa un avance muy importante en la lucha por la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, ya que, además de recoger el derecho de todos los ciudadanos a obtener un trato ausente de discriminación, introduce el concepto de “ajuste razonable” para restablecer la igualdad.

⁸³ J. FONT GARCÍA, *op. cit.*, p. 198.

⁸⁴ «La norma ISO 9001 es un estándar que regula todos los elementos que debe tener una organización para *tener un sistema efectivo de calidad*. Las organizaciones que cuenten con un certificado en ISO 9001 generan la garantía de que el servicio es de calidad» (ESCUELA EUROPEA DE EXCELENCIA, *Recursos humanos: la ISO 9001*, en www.nueva-iso-9001-2015.com, 4 agosto 2016). Las empresas investigadas cuentan entre otras con esta certificación.

⁸⁵ *Ibidem*.

El principio jurídico de igualdad de trato consiste en tratar de manera idéntica a una persona con relación a otra cuando se encuentran en una situación idéntica y tratarla de manera diferente cuando se encuentran en una situación diferente.

A partir de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea*, la igualdad de trato en el empleo y la ocupación no se concibe sin la existencia de ajustes razonables⁸⁶.

Según Font García,

los ajustes razonables tienen como objetivo proporcionar las mismas oportunidades para los empleados en el lugar de trabajo para que sus competencias y talento puedan ser utilizados plenamente. Al reconocer y acomodar las necesidades individuales, las empresas crean entornos de trabajo que fomentan la diversidad de su personal y, por lo tanto, contribuyen a un mayor éxito empresarial y a un mayor beneficio social⁸⁷.

El ajuste razonable pues abarcaría:

- Formación previa al empleo (formación profesional, orientación, prácticas [tutorizadas por entidades del sector]...)
- Procesos de selección (adaptar las pruebas de acceso [si bien la empresa puede siempre asesorarse de profesionales en esta área])
- Desempeño laboral (adaptar el puesto de trabajo)
- Formación laboral y en la utilización de productos de apoyo (adaptar las acciones formativas)
- Promoción profesional⁸⁸.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad define los ajustes razonables como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2).

La LGDPD a su vez los define «como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal y a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan carga desproporcionada o indebida, cuando requieran en su caso particular

⁸⁶ M. SEBASTIÁN HERRANZ, R. NOYA ARNÁIZ (coords.), *Adaptación de puestos de trabajo. Guía de referencia*, CEAPAT, 2009, p. 7.

⁸⁷ J. FONT GARCÍA, *op. cit.*, p. 202.

⁸⁸ M. SEBASTIÁN HERRANZ, R. NOYA ARNÁIZ (coords.), *op. cit.*, p. 7.

de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos»⁸⁹.

A continuación, se enumeran los diferentes tipos de ajustes razonables.

Recursos y herramientas

Son específicos para el desempeño de las funciones del puesto pudiendo ser productos de apoyo.

La norma UNE EN ISO 9999:2017 sobre clasificación y terminología de productos de apoyo para personas con discapacidad, los define como “cualquier producto (incluyendo dispositivos, equipo, instrumentos y software) fabricado especialmente o disponible en el mercado, utilizado por o para personas con discapacidad destinado a facilitar la participación; proteger, apoyar, entrenar, medir o sustituir funciones/estructuras corporales y actividades; o prevenir deficiencias, limitaciones en la actividad o restricciones en la participación”. Si se aplica dicha definición al puesto concreto sería cualquier producto existente en el mercado o diseñado especialmente para la persona con discapacidad contratada que le permita desarrollar las funciones del puesto con la mayor autonomía posible⁹⁰.

En el tipo de discapacidad que ocupa nuestro estudio, estaríamos hablando además de productos de acciones concretas.

Condiciones laborales

Se pueden realizar adaptaciones de las condiciones laborales siempre y cuando estas modificaciones no alteren el desarrollo del trabajo del resto de la plantilla. «Hay empresas que como ajustes razonables permiten el teletrabajo o la posibilidad de alternar éste con el trabajo presencial o la flexibilidad horaria»⁹¹.

Condiciones del entorno

«Si bien es de vital importancia la adaptación del propio puesto, no menos importantes son las adaptaciones del entorno laboral para que la persona con discapacidad pueda desenvolverse por el centro de trabajo en igualdad

⁸⁹ R. DE ASÍS, *Prólogo*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *op. cit.*, p. 23.

⁹⁰ J. FONT GARCÍA, *op. cit.*, p. 198.

⁹¹ *Ibidem*, p. 199.

de condiciones que el resto de los trabajadores»⁹². El entorno también incluiría a la familia sobre la que la empresa puede intervenir en forma de acciones que puedan beneficiar al resto de sus miembros propiciando la convivencia o la participación.

*Plan de Autoprotección*⁹³

Según Font García,

La existencia de un plan de autoprotección diseñado y pensado para todas las personas debe formar parte de las acciones socialmente responsables de las empresas. Hay que tener en cuenta que el plan de autoprotección incide no sólo en las actuaciones ante situaciones de emergencia sino también, y con carácter previo, en el análisis y evaluación de los riesgos y en la adopción de medidas preventivas y de control de estos⁹⁴.

La LPRL establece, en su art. 20,

que las empresas, en función de su tamaño y actividad, así como la posibilidad de presencia de personas ajenas en las mismas [subcontratación], deberán analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento⁹⁵.

Formación e información

De acuerdo con Font García,

Las mejores medidas para garantizar este derecho al empleo [de personas con discapacidad] serán aquellas que se diseñen teniendo en cuenta las características específicas de la actividad de la empresa, instalaciones y personas que las frecuenten, ya sean trabajadores, usuarios, y/o visitas potenciales, es decir, medidas personalizadas no generalistas
[...]

En lo que se refiere a la formación en prevención de riesgos laborales hay que garantizar que la persona con discapacidad esté en igualdad de

⁹² *Idem.*

⁹³ *Vid.* S. LÓPEZ RIERA, [Planes de emergencia, planes de autoprotección y medidas de emergencia](#), FDN INSHT, 2015.

⁹⁴ J. FONT GARCÍA, *op. cit.*, p. 199.

⁹⁵ *Idem.*

condiciones respecto a la formación, instrucción e información en esta materia⁹⁶.

Particularmente, destacamos el éxito en la designación y la formación específica recibida por uno de los trabajadores con TEA de la empresa investigada y dirigida por la que suscribe como recurso preventivo como excelente elemento de apoyo e impulso a la prevención en la empresa, muy acorde además con sus características de fiel observación de las normas y fidelidad a los objetivos en materia de seguridad y salud que tiene establecido⁹⁷.

Algunos ejemplos de acciones que no se pueden considerar ajustes razonables podrían ser:

- eliminar las funciones principales del puesto por razón de la discapacidad;
- rebajar los estándares de rendimiento que se aplican al resto de trabajadores;
- modificación de los horarios laborales;
- proporcionar productos de apoyo de uso personal para las actividades de la vida cotidiana pero no para el puesto de trabajo que ocupa;
- permitir comportamientos inadecuados o actitudes violentas hacia el empresario o hacia los compañeros de la persona con discapacidad;
- las medidas de accesibilidad universal que la empresa establezca en cumplimiento del RDL 1/2013; pues estas son medidas generalistas y los ajustes razonables son específicos para la persona trabajadora.

6.4. La importancia del análisis de puesto de trabajo para las personas trabajadoras con TEA

Se define el análisis de puesto de trabajo como el «proceso sistemático de

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 199-200.

⁹⁷ La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, incorporando a la LPRL un nuevo art. 32-*bis*, como una de sus principales novedades, la figura del *Recurso Preventivo* como posible solución a los problemas que pudieran derivar de la externalización de la prevención o de la asunción con recursos propios de la misma en determinadas operaciones o actividades, convirtiéndose en una herramienta preventiva en la lucha contra la siniestralidad laboral. Como bien especifica la NTP INSHT n. 994 de 2013, *El recurso preventivo*, p. 1, si bien dentro del marco legal esta figura no se encuentra definida, «se considera recurso preventivo a una o varias personas designadas o asignadas por la empresa, con formación y capacidad adecuada, que dispone de los medios y recursos necesarios, y son suficientes en número para vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas que así lo requieran».

recopilación de información para tomar decisiones relativas al trabajo. El análisis del puesto de trabajo identifica tareas, obligaciones y responsabilidades de un determinado trabajo»⁹⁸. Y con esta definición parece que estamos descubriendo la clave de lo que particularmente es indispensable para la persona TEA: que se identifique, describa y catalogue bien la tarea que tiene que realizar. Y así, el diseño del puesto se puede definir como «la actividad que se deriva del análisis del puesto y que persigue la mejora a través de aspectos tecnológicos y humanos que procuran la eficiencia organizacional y la satisfacción laboral del empleado»⁹⁹.

Este análisis, imprescindible para las personas con TEA, viene a tener las fases que a continuación describimos y que coinciden con el itinerario que la persona responsable de recursos humanos debe seguir en toda organización¹⁰⁰:

1. planificación los puestos y poner en conocimiento del personal los detalles para que así puedan colaborar aportando información sobre el puesto;
2. recogida de información por la persona responsable de ello;
3. compilación de los resultados obtenidos en un informe que se deberá registrar en el sistema de información de recursos humanos o en el sistema integrado de gestión de calidad que se tenga implementado, con el fin de tenerlo a disposición para cualquier consulta o modificación posteriormente;
4. control y evaluación periódicos de la información contenida en el informe a fin de que pueda ser consultada y modificada cuando sea preciso.

6.5. Empleo con apoyo

Como hemos señalado con anterioridad, ni los servicios de vigilancia de la salud de las empresas del tamaño de la que es objeto de este estudio y en su mayoría externalizados, ni los departamentos de recursos humanos suelen tener los conocimientos suficientes en cuanto a las características de la discapacidad que presenta la persona trabajadora. Para ello, se hace imprescindible la colaboración con entidades y/o asociaciones que conocen

⁹⁸ L. GÓMEZ-MEJÍA, D. BALKIN, R. CARDY, *Gestión de recursos humanos*, Prentice Hall, 2008, p. 77.

⁹⁹ G. BOHLANDER, A. SHERMAN, S. SNELL, *Administración de Recursos Humanos*, Paraninfo, 2003, p. 155.

¹⁰⁰ M.Á. SASTRE CASTILLO, E.M. AGUILAR PASTOR, *Dirección de recursos humanos. Un enfoque estratégico*, McGraw-Hill, 2003.

de primera mano al colectivo (en este caso de personas con autismo) de modo que el empleo con apoyo se constituye como un

sistema de apoyo estructurado consistente en una intervención para la inclusión laboral de la persona con diversidad funcional; el empleo con apoyo se realiza a través de un “mediador laboral”, encargado de “preparar” al trabajador en sus tareas en el mismo lugar de trabajo como un apoyo necesario e individualizado para su adaptación al puesto de trabajo¹⁰¹.

Estos preparadores laborales no solo asesoran técnicamente a las empresas sobre los tipos de adaptaciones que necesitan, sino que desde sus entidades preparan para el desarrollo de las habilidades necesarios para el acceso y la incorporación al empleo realizando, una vez incorporados, su seguimiento. Esta figura, que se centra fundamentalmente en la discapacidad intelectual, ayuda a que, en entornos laborales normalizados, la persona trabajadora con discapacidad pueda tener los apoyos necesarios para ejecutar su derecho al trabajo en las mismas condiciones laborales que otro trabajador con discapacidad en la misma categoría y en la misma empresa¹⁰².

Y, como ya vimos anteriormente, más que de empleo con apoyo hablaríamos de la figura del facilitador o persona de enlace pues el cambio de mentalidad en la organización no se gestiona. Facilitar el cambio implica apoyar a las personas para que primero visualicen, luego internalicen y posteriormente se involucren voluntariamente en introducir la diversidad como valor en la empresa, en este caso la discapacidad. Y no solo nos involucremos entregando el manual del que hablamos anteriormente como *Plan de Acogida* o haciendo jornadas de sensibilización o formación *in company*, porque en realidad, *facilitar*, se aprende dialogando, escuchando, participando y, sobre todo, sabiendo *interpretar* los mensajes subyacentes de las personas involucradas y obrar en referencia, no en consecuencia. En este sentido, Autismo España habla de “compañeros de trabajo” (apoyos naturales en la empresa en su *Programa de Empleo con Apoyo para personas con Autismo* de 2004).

Así, la figura del profesional de apoyo (preparador/a laboral, agente de

¹⁰¹ M.M. ROJAS BUENDÍA, *Ajustes y apoyos universales necesarios en el ámbito laboral ordinario para la inclusión social de las personas con diversidad funcional*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *op. cit.*, p. 227.

¹⁰² El art. 41 LGDPD establece que «Los servicios de empleo con apoyo son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes».

empleo) vuelve a destacarse como esencial para favorecer un óptimo desempeño en el puesto de trabajo, extendiéndolo no solo a la persona trabajadora sino también a la empresa en función de las circunstancias y necesidades que se presenten. Este apoyo es especialmente valorado por las propias personas con TEA, que identifican cuáles son las situaciones y cuestiones en las que les resulta de mayor utilidad.

Desde Autismo España también solicitan al empresariado que no se utilicen otras medias alternativas *excepcionales* que se determinan reglamentariamente reguladas en el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, puesto que no incentivan la contratación de personas con TEA. En palabras del propio colectivo,

Las medidas alternativas son una trampa. Las medidas alternativas para lo único que sirven son para que una empresa se lave la conciencia sin contratar a ése dándole dinero al Centro Especial de Empleo, o dándole dinero a la empresa que se dedica a lo que sea, porque fomenta la inserción. Creo que las entidades si de verdad nos lo plantearan, éticamente no deberíamos coger este dinero, porque debería ir dedicado a la inserción real de las personas [...] Entonces, yo que creo que esas medidas son al final una trampa y lo que hacen es perjudicar la inserción de las personas con discapacidad¹⁰³.

En este sentido la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, que entrará en vigor en enero 2021, regulará la obligatoriedad de comunicar las diferentes acciones y la aplicación de nuevas medidas empresariales basadas en Estrategias de Responsabilidad Social y Sostenible lo que puede hacer que se evidencien muchas de las buenas prácticas que se aplican en detrimento de las medidas alternativas reguladas en el RD 364/2005.

Sobre la regulación de dichas medidas alternativas, pone de manifiesto en una visión crítica Pérez Pérez:

una de las principales dificultades en la regulación de las medidas alternativas de carácter excepcional a la contratación de trabajadores con discapacidad es, precisamente, determinar las situaciones en las que se pueden producir, de modo que constituyan realmente una vía extraordinaria a la común de contratar personas con discapacidad por parte de las empresas obligadas a hacerlo por aplicación del artículo 38.1 de la LISMI (RCL 1982, 1051). En este sentido, parece que el planteamiento de la norma sigue esta premisa, pero su aplicación práctica, muy especialmente como consecuencia de la gestión del empleo llevada a cabo por los servicios

¹⁰³ R. VIDRIALES FERNÁNDEZ, C. HERNÁNDEZ LAYNA, M. PLAZA SANZ, *op. cit.*, p. 68.

públicos en esta materia, ha conseguido llegar a revertir la excepcionalidad hasta convertirla en alternatividad¹⁰⁴.

Así, se produce una contradicción pues, a pesar de que los exámenes de salud son voluntarios para las personas trabajadoras, la empresa está obligada a garantizar la vigilancia periódica de la salud en función de los riesgos del trabajo que desarrollan, siendo imprescindible para ello que esta conozca datos de salud de sus trabajadores¹⁰⁵. Por ello, la figura del previo consentimiento del trabajador/a tiene como objeto hacer compatible el deber empresarial con estos derechos fundamentales resultando ser más importante preservar el propio derecho a la intimidad del trabajador que la libertad de decidir si se protege o no, no solo en atención del interés general, sino también para neutralizar posibles responsabilidades empresariales¹⁰⁶. Esta circunstancia resulta a nuestro entender enormemente perjudicial para la persona con TEA pues si la empresa desconoce sus particularidades no podrá facilitarle los apoyos necesarios. Y a veces, la persona con TEA posee un cierto pudor a la hora de manifestar su condición debido fundamentalmente a las malas experiencias de inclusión en su etapa educativa e incluso en el ambiente familiar.

En la empresa ordinaria nos encontramos con un entorno habitual de trabajo, donde la persona con discapacidad desempeña las mismas funciones que cualquier otro trabajador, aunque en algunos casos sea necesario ajustar ciertas tareas a las necesidades del empleado. Y es aquí donde nos gustaría plasmar la idea de que, a pesar de que el art. 5.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no considera discriminatorias las medidas necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad, ocurre que un 70% de los contratos a personas con discapacidad están dentro del empleo protegido¹⁰⁷. Y es que, el empleo protegido que se articula a través de los Centros Especiales de Empleo y los Centros Ocupacionales no sería una alternativa de acuerdo con el Modelo Social que instaura la Convención encaminado a lograr la inclusión, teniendo más que ver este modelo con *integrar* ciertas formas de discapacidad, en estrecha relación con la falta de accesibilidad universal y con la ausencia de diseño para todos. En cualquier

¹⁰⁴ J. PÉREZ PÉREZ, *La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. Una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento*, en *Aranzadi Social*, 2012, n. 4, p. 8 del extracto.

¹⁰⁵ Art. 22 LPRL.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Vid.* SERVICIO DE INFORMACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD, [El 70% de los contratos a personas con discapacidad se hicieron dentro del empleo protegido](#), en [sid-inico.usal.es](#), 22 mayo 2017.

caso y como marca el Objetivo 1 en cuanto al empleo de la *Estrategia Española en Trastornos del Espectro del Autismo* se ha de «Fomentar el estudio de adaptaciones de la normativa que regula el empleo con apoyo, teniendo en cuenta las características de las personas con TEA para su incorporación al mercado de trabajo». En este sentido y al tratar el tema de la política de empresa, y al margen de la obligación que le es aplicable a las empresas de 50 o más trabajadores de cumplir con la reserva de puesto de trabajo prevista en la LGDPD, el mismo cumplimiento de la reserva de empleo o la realización de medidas alternativas – donaciones y acciones de patrocinio, constitución de enclaves, o la compra de bienes y servicios a centros especiales de empleo – no forma parte de la Responsabilidad Social Empresarial.

Sin embargo, en la actualidad, la mayoría de los apoyos que las personas con TEA disfrutan en su vida adulta provienen de su ámbito familiar y, también, en menor medida, de las entidades del movimiento asociativo, pero existen limitaciones por lo que algunas personas con TEA adultas se ven privadas de los apoyos y recursos que necesitan para llevar a cabo una vida independiente, orientándose las políticas actuales en gran medida a potenciar fórmulas de empleo protegido. Recientemente, se ha detectado un gran impulso en los programas de apoyo a la inclusión vinculadas al movimiento asociativo destinadas a la concienciación de la sociedad y el tejido empresarial, así como un creciente movimiento de autogestión. Muy llamativo en lo concerniente a la autogestión resulta el lema de este movimiento, “Nada sobre nosotros sin nosotros”, que es muy utilizado en los movimientos asociativos de las personas con diversidad funcional, que según la asociación CILSA SF, se origina en el lema usado por el colectivo en la contribución a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁰⁸.

7. Características generales y características de las personas trabajadoras dentro del espectro del autismo

Actualmente, el TEA se enmarca en la categoría llamada *trastornos del neurodesarrollo*. Dentro de esta categoría podemos encontrar también los trastornos del aprendizaje, del desarrollo intelectual, de la comunicación, TDAH y trastornos de las habilidades motoras. El espectro es muy amplio y para diferenciar entre la gran diversidad se establecen tres niveles de

¹⁰⁸ Vid. A. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El poder de la neurodivergencia*, Trabajo Fin de Grado, Universidad de Málaga, 2019.

gravedad:

- *Grado 1 – Necesita ayuda.* Popularmente conocido como Asperger. Personas que tienen habilidades para la comunicación verbal e interés por interactuar, pero sus intentos de acercamiento pueden resultar peculiares para otros;
- *Grado 2 – Necesita ayuda notable.* Solo tienen iniciativa para interactuar cuando el tema entra dentro de sus intereses. Utilizan frases muy sencillas y la expresión extraverbal suele ser muy llamativa;
- *Grado 3 – Necesita ayuda muy notable.* Es el grado más afectado del espectro. Se caracterizan por una comunicación verbal muy limitada con pocas palabras y una intención por interactuar escasa en la mayoría de los casos. Su conducta resulta extrema, uso de movimientos estereotipados continuos y persistentes.

Pero, a pesar de todas las clasificaciones mencionadas anteriormente, cabe decir que ninguna persona con TEA es igual a otra en cuanto a características observables, aunque en todos los casos se van a presentar en mayor o menor medida las siguientes características (criterios diagnósticos) establecidas en el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. DSM-5*¹⁰⁹:

Cuadro 2 – Características o criterios diagnósticos de los TEA

A. Deficiencias persistentes en la comunicación social y en la interacción social en diversos contextos, manifestado por lo siguiente, actualmente o por los antecedentes:

- deficiencias de reciprocidad socioemocional;
- deficiencias en las conductas comunicativas no verbales empleadas en la interacción social;
- deficiencias en el desarrollo, mantenimiento y comprensión de las relaciones.

B. Patrones restrictivos y repetitivos de comportamiento, intereses o actividades, que se manifiestan en dos o más de los siguientes puntos, actualmente o por los antecedentes:

- movimientos, utilización de objetos o habla estereotipados o repetitivos;
- insistencia en la monotonía, excesiva inflexibilidad de rutinas o patrones ritualizados de comportamiento verbal o no verbal;
- intereses muy restringidos y fijos que son anormales en cuanto a su intensidad o foco de interés;
- hiper o hiporreactividad a los estímulos sensoriales o interés inhabitual por aspectos sensoriales del entorno.

¹⁰⁹ *Vid. J. LUGO MARÍN, [Características psicopatológicas en adultos con Trastorno del Espectro Autista](#), Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2019.*

C. Los síntomas han de estar presentes en las primeras fases del período de desarrollo pero que pueden no manifestarse totalmente hasta que la demanda social supera las capacidades limitadas, o pueden estar enmascarados por estrategias aprendidas en fases posteriores de la vida.

D. Los síntomas causan un deterioro clínicamente significativo en lo social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento habitual.

E. La discapacidad intelectual y el TEA con frecuencia coinciden; para hacer diagnósticos de comorbilidades de un TEA y discapacidad intelectual, la comunicación social ha de estar por debajo de lo previsto para el nivel general de desarrollo.

Fuente: elaboración propia basada en AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. DSM-5*, 2014

7.1. Fortalezas y debilidades

A continuación, se van a utilizar los cuadros sobre *puntos fuertes* y *puntos débiles* de las personas con síndrome de Asperger (SA). El SA se engloba dentro de los TEA en su extremo de mayor funcionalidad, especialmente típico por no presentar discapacidad intelectual asociada, haber desarrollado lenguaje y capacidad de comunicación¹¹⁰, y cierto grado de interacción social. En este trabajo se van a adaptar los cuadros de puntos fuertes y débiles para desarrollar cómo los puntos fuertes se convierten en una oportunidad y una ventaja competitiva desde el punto de vista laboral, convirtiéndose los puntos débiles en los aspectos que se han de trabajar desde este ámbito en forma de acciones a emprender por parte de la empresa. Las características de este grupo – personas con SA – nos va a revelar información que nos permite comprender en mayor profundidad todo el espectro del autismo.

¹¹⁰ Cfr. M. MERINO MARTÍNEZ (coord.), *Habilidades socio-comunicativas de las personas con autismo en el entorno laboral*, Federación Autismo Castilla y León, 2008; M. DE LA IGLESIA GUTIÉRREZ, J.S. OLIVAR PARRA, *Autismo y síndrome de Asperger. Trastornos del espectro autista de alto funcionamiento. Guía para educadores y familiares*, CEPE, 2007.

Cuadro 3 – Características de las personas con SA

RELACIONES SOCIALES			
Puntos fuertes	Oportunidades y fortalezas	Puntos débiles	Acciones a emprender (empresa)
Ingenuidad, honestidad, nobleza	Compromiso con la <i>marca</i> y adhesión a sus valores	Problemas para comprender las reglas complejas de interacción social	Formación y sensibilización
Lealtad y fidelidad incondicional	Posibilidad de ocupar puestos de responsabilidad y confianza	Dificultades para compartir emociones	Potenciar acciones de ocio compartidas que sean de sus áreas de interés
Importante memoria facial y de los nombres de las personas, aunque haga mucho tiempo que no se reúnen	Importante para determinados puestos de trabajo de control y supervisión	Deseo de relacionarse con sus compañeros, pero fracasan en conseguirlo	Encuentros "outdoor" o acciones de ocio compartido y dirigido Voluntariado corporativo
Seriedad, sentido del humor sencillo, sinceridad	Muy valorado en mandos intermedios	Parcialmente cocientes de su soledad y de su dificultad de relación	Acciones para potenciar el trabajo en equipo
Objetividad en sus calificaciones e impresiones sobre el resto de las personas	Pueden ejercer como recursos preventivos	Suelen ser vistos por sus compañeros como no aliados	Acciones de sensibilización en el cumplimiento general de las normas y su importancia en el sistema de gestión
Voluntariedad y perseverancia en el punto de vista que consideran correcto	Consideración de las normas Buenos recursos preventivos	Desconocimiento de las normas no escritas y dificultad de asunción de estas	Promover reuniones de equipo para que se puedan exponer diferentes puntos de vista sobre un asunto en concreto a propuesta de la empresa
No pierden el tiempo en convenciones sociales; prefieren conversaciones funcionales	Trabajos mecánicos y repetitivos	Ajenos a las relaciones informales con sus iguales (compañeros)	Promoción de encuentros informales

COMUNICACIÓN Y LENGUAJE			
Puntos fuertes	Oportunidades y fortalezas	Puntos débiles	Acciones a emprender (empresa)
Memoria excepcional para sus temas de interés	Puestos en los que se necesite auténticos especialistas en su área de interés	Conscientes de su dificultad para encontrar temas de conversación Dificultades para iniciar conversaciones, introducir	Explorar otros aspectos de su interés y que tenga que ver con la actividad de la empresa u organización Explorar talentos ocultos y

		temas nuevos Dificultades para cambios de roles conversacionales	darle difusión
Gusto por juegos de palabras ingeniosos Puntos de vista originales sobre ciertos temas	Puestos creativos, arte, diseño	Se adaptan con dificultad a las necesidades comunicativas de sus interlocutores Lenguaje "pedante" y muy superior al de sus iguales	Aprendizaje mediante modelaje del líder del grupo o <i>persona de enlace</i>

FICCIÓN E IMAGINACIÓN			
Puntos fuertes	Oportunidades y fortalezas	Puntos débiles	Acciones a emprender (empresa)
Intereses muy centrados en algunas áreas en las que se convierten en expertos	Si se adaptan al puesto, encontraremos a auténticos expertos	Los contenidos de sus pensamientos suelen ser obsesivos y limitados, con preocupaciones "raras"	Programas de <i>Mindfulness</i> dirigidos a toda la plantilla
Recopilación constante de información acerca de sus áreas de interés Fuente de satisfacción y relajación cuando los temas de conversación versan sobre sus intereses Fidelidad a la temática de interés a lo largo del tiempo	Profesiones jurídicas, científicas, técnicas	Intereses poco funcionales y no relacionados con el mundo social Hacen preguntas repetitivas sobre sus intereses Se muestran perfeccionistas y rígidos en la realización de las tareas Dificultad para integrar información procedente de varias modalidades sensoriales Problemas de planificación y control cognitivo (función ejecutiva)	

7.2. Incidencia en la relación laboral de la diversidad inherente al espectro autista

Como hemos visto con anterioridad, la tendencia en cuanto a la introducción de la discapacidad en el mundo laboral se orienta en gran medida a potenciar el empleo con apoyo y, sin embargo, no se potencian actuaciones que faciliten el acceso y mantenimiento del puesto de trabajo en la empresa ordinaria. Pero es que, tampoco la normativa que regula los programas de empleo con apoyo se detiene ni recoge las necesidades de las

personas con TEA, profundizando estas en la discapacidad mental e intelectual. Sin embargo, en los últimos años se ha observado un incremento de los programas y sistemas de apoyo a la inclusión laboral de personas con TEA por parte de las entidades vinculadas al movimiento asociativo. En este sentido, podemos destacar el esfuerzo llevado a cabo por la Asociación Malagueña Síndrome de Asperger y TEA (AMSA) organizando en 2014 unas jornadas sobre empleo¹¹¹ en las que los profesionales y socios que en aquel momento las propiciamos nos propusimos dinamizar el debate y la reflexión sobre el acceso al empleo de las personas con discapacidad y en especial dado visibilidad al colectivo, difundiendo y sensibilizando a diferentes entidades y a las propias familias y contribuyendo desde esa perspectiva a potenciar el emprendimiento social.

En aquellas jornadas se dio a conocer una empresa que ofrecía empleo a las personas autistas, poniendo en valor el talento autista para las cuestiones técnicas, informáticas, numéricas, y de tratamiento de datos al detalle como un valor añadido. Esta empresa danesa – [Specialisterne](#) – afirma que «es un poco extraño hablar de discapacidad para referirte a gente que tiene tal nivel de inteligencia y puede ser tan buena en ciertos aspectos». Pero, ni todas las personas autistas tienen el nivel de inteligencia necesario para desarrollar este tipo de trabajo de base tecnológica, ni a todas les resulta atrayente, ni sus familias tienen los recursos económicos para poder emprender su carrera en dicha firma cuyo requisito para entrar es hacer un curso de formación que tienen que costear ellas mismas.

Sin embargo, este aumento de la difusión y de los programas de empleo unido a una mayor visibilidad social que el TEA ha experimentado en los últimos años gracias al cine, a determinadas series de televisión y al auge de las redes sociales, hace albergar una expectativa positiva en relación a la concienciación de la sociedad y del tejido empresarial sobre las capacidades laborales de las personas con TEA que aún están por explorar en muchas de las áreas en las que comúnmente no son de su interés. Porque, al contrario del estereotipo reinante, no todas las personas TEA son expertas en *informática*.

La experiencia de esta autora tanto en orientación laboral de entidades del sector como la desarrollada en la empresa ordinaria ha podido constatar que la orientación laboral que brindan las entidades va encaminada precisamente a los intereses mayoritarios del colectivo – informática, videojuegos – obviando otras áreas por explorar que aún sin ser los objetivos de su interés, pudieran trabajarse y abordarse desde otro punto de

¹¹¹ [AMSA se mueve por el empleo](#), 17-18 enero 2014, Málaga.

vista pero que en la práctica resulta bastante complicado por la implicación que se exige para ello a familias y entorno. Las actividades de orientación de dichas entidades van encaminadas a servir de *burbuja o entrenamiento* de prácticas prelaborales, pero sin tener contacto real con la empresa ni con lo que realmente resulta más dificultoso para las personas con TEA, que es el contacto y la comunicación en un entorno real no protegido.

7.3. Principales riesgos a los que está sometido el colectivo de referencia en el trascurso de la relación laboral

Las principales dificultades que pueden darse en la vida adulta de este colectivo son sobre todo dificultades de relación social, problemas para hacer amistades o profundizar en las relaciones y poco éxito a pesar de intentarlo en entablar amistad. Además, pueden producirse serias dificultades para trabajar en equipo e incapacidad para entender las claves sociales – o lo que es lo mismo, la comunicación informal que se produce en la empresa y que es a veces la clave de la convivencia – lo que dificulta en gran medida su desenvolvimiento en la organización. Las personas con TEA tienen además dificultades para comprender el mundo mental de los otros y reconocer sentimientos y emociones ajenos, así como expresar los suyos propios. Necesitan autorregularse pues la ansiedad está muy presente en sus vidas y pueden presentar estereotipias o rituales que a veces escapan a su control. Su autoconcepto y autoestima son ambiguos y suelen ir acompañados de sentimientos de superioridad o de ideas excesivamente negativas sobre sus capacidades. Polaridades ambas que van a afectar tanto a su propio bienestar como a su desempleo en el puesto de trabajo¹¹².

En cuanto a la gestión del tiempo, pueden tener dificultades de planificación, organización y en la toma de decisiones, alteraciones que pueden verse agravadas en el con día a día en su trabajo. Pero, con el apoyo adecuado pueden desarrollar herramientas para convivir con sus dificultades ya que a pesar de todos los problemas de ansiedad que en los adultos TEA pueda generar su incorporación al mundo laboral, pueden ser capaces de generar estrategias alternativas para manejarse en un mundo social en el que reclaman independencia económica y social.

Personas nobles y normalmente perfeccionistas, las personas con TEA cuando encuentran una ocupación que como hemos mencionado con anterioridad, se ajuste a sus intereses, suelen tener éxito en lo que hacen, aunque normalmente suelen ser más eficientes en trabajos técnicos y con

¹¹² *Vid.* B.A. ZABOSKI, E.A. STORCH, *op. cit.*

atención al detalle. Y precisamente porque en lo que hacen deben encontrar motivación que coincida con sus intereses restringidos, es muy importante que adquieran cualificación profesional que les permita no solo conseguir empleo sino mantenerlo. Y es que, una de las mayores dificultades que se presentan en el desenvolvimiento laboral de la persona con TEA es precisamente la enorme frustración que le produce la realización de un trabajo o una tarea para la que no esté motivado. Si eso ocurre, el trabajador es más proclive a padecer algún tipo de trastorno de ansiedad o depresión. De igual forma, si el entorno social de en su puesto de trabajo no le es afín o digamos *amigable* puede adoptar una posición de animadversión que le impide la convivencia llevándole incluso a un bloqueo emocional que se puede traducir incluso en llegar a presentar comportamientos inadecuados, lo que puede poner en peligro su continuidad en la empresa.

Y es que, por regla general, si el proceso de orientación vocacional no suele estar presente en los centros educativos, verdaderamente brilla por su ausencia para el alumnado con TEA; bien por no disponer de las herramientas necesarias, o bien por no disponer de modelos de actuación en su entorno social y familiar, en el *modelaje* o *imitación* que se convierte a nuestro juicio en la principal forma de orientación vocacional. Y esta formación debiera ser prolongada a lo largo de toda la vida adulta.

Porque resulta prioritario en nuestra sociedad proporcionar medios a las personas para que puedan autogestionar sus procesos de desarrollo laboral y profesional: encontrar un primer empleo, buscar uno nuevo, iniciar una actividad empresarial, recalificarse a través de cursos y formarse permanentemente estando ocupado o desocupado porque esa es la tendencia actual, la formación y educación a lo largo de toda la vida. En todo esto que parece un juego de palabras, a la par que se produce la extinción del concepto de empleo para toda la vida se sustituye por el concepto emergente de «formación a lo largo de toda la vida»¹¹³.

Y dada la importancia de la educación en general y la de los adultos con autismo en particular, ocurre que las empresas que en la mayoría de los casos no están preparadas para realizar acciones de formación continua, delegan en las entidades especializadas en el colectivo que también realizan en la mayoría de las ocasiones, la orientación vocacional que no se lleva a cabo en los centros educativos, quedando fuera de ese paraguas las personas adultas que por cualquier razón no están aglutinadas en dichas entidades y que carecen de un entorno familiar seguro ya que la familia es en su gran mayoría la que intercede en la pertenencia a dichas organizaciones.

¹¹³ OIT, *La educación permanente en el siglo XXI: nuevas funciones para el personal de educación*, 2000, p. 4.

Según el estudio de Vidriales Fernández, Hernández Layna, Plaza Sanz¹¹⁴, «la preferencia por la rutina, las buenas competencias en tareas mecánicas y repetitivas que requieren un alto nivel de concentración, la perfección en los detalles son identificadas por el empresariado como aspectos muy positivos de su rendimiento». Pero al margen de lo que las organizaciones del sector apuntan como fortalezas – que no cabe duda de que lo son – la realidad del mundo laboral y de la pequeña y mediana empresa del sector servicios y hotelería que es donde en la mayoría de las ocasiones se puede generar el empleo de que dispone el colectivo – y que no tiene base tecnológica –, día a día se presentan muchas dificultades en el puesto de trabajo. Y es que, por ejemplo, los rituales y los comportamientos estereotipados que caracterizan al trastorno pueden entorpecer los efectos de un alto índice de inteligencia o las enormes capacidades para determinado empleo. Por ello, «para que el acceso al empleo de la persona con TEA» – consecuentemente su adaptación a puesto de trabajo – «sea exitoso es imprescindible que se realice una adecuada planificación y orientación previa de actuaciones, que contemple la detección de los intereses y capacidades vocacionales», planificación que se convierte en el eje de todas las acciones empresariales¹¹⁵.

8. Buenas prácticas y experiencia empírica

8.1. Contenido y alcance de la investigación

Se ha llevado a cabo un trabajo de investigación con metodología cuantitativa y cualitativa, que debido a la crisis sanitaria del Covid-19 se ha realizado de forma telemática y durante el periodo comprendido entre el 1º de febrero hasta el 31 de octubre de 2020. Para obtener información sobre la adaptación del puesto de trabajo que se realiza por parte de empresas y organizaciones, se ha utilizado como método cuantitativo un cuestionario de siete preguntas elaborado para la realización de esta investigación, que se ha difundido por redes sociales y correo electrónico a empresas y entidades que han contribuido a la difusión de este estudio¹¹⁶ obteniéndose once respuestas. Como método cualitativo, se ha usado la entrevista semiestructurada a un trabajador con TEA.

¹¹⁴ R. VIDRIALES FERNÁNDEZ, C. HERNÁNDEZ LAYNA, M. PLAZA SANZ, *op. cit.*, p. 66.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹¹⁶ Fundación Mapfre, Fundación Adecco, Fundación Konecta, Federación de Autismo de Andalucía, Specialisterne, RTVA, entre otras.

8.2. Resultados obtenidos del análisis cuantitativo

Las características de las empresas y entidades que han respondido la encuesta son las siguientes.

Cuadro 4 – Características de las empresas y entidades que han respondido

Empresa	Sector actividad	Volumen de empleados
A	Movimiento de Tierras	De 1 a 9
B	Despachos y Oficinas	Más de 250
C	Gestión Medioambiental	De 10 a 49
D	Hostelería	De 50 a 249
E	Despachos y Oficinas	Más de 250
F	Educación	De 10 a 49
G	Tecnología	Más de 250
H	ONG	De 50 a 249
I	ONG	De 50 a 249
J	ONG	De 1 a 9
K	Televisión Pública	Más de 250

A continuación, vamos a analizar individualmente las 7 preguntas de las que consta el cuestionario.

1. ¿Realizan descripción o análisis de puesto de trabajo?

- El 90,9% sí.
- El 9,1% no.

2. ¿Qué tipo de puesto de trabajo desempeña la persona trabajadora con TEA? Señale el área al que pertenece.

- El 36,4% en el área de administración.
- El 18,2% en el área de gestión.
- El 45,5% en el área de producción.

3. ¿Han puesto en marcha alguna/s medida/s para adaptar el puesto de trabajo de las personas trabajadoras del colectivo TEA?

- El 54,5% sí.
- El 45,5% no.

4. En caso afirmativo, indique al menos tres medidas que hayan puesto en marcha para adaptar el puesto de trabajo de la persona con TEA.

Las respuestas de las empresas (que quedan incorporadas en el Cuadro 5) son las siguientes:

- **H:** Hasta el momento, no hemos tenido la oportunidad de contar con personas con TEA, aunque estaríamos encantados que así fuera. Pero si personas con discapacidad intelectual, y hemos adaptado el puesto de trabajo según las necesidades de la persona y según las indicaciones que su tutor y entidad social de referencia nos ha marcado. Más de 250 empleados.
- **A:** Horarios, tutorización del empleado, formación preventiva.
- **G:** Tiempos de participación en reuniones, comunicación, ajustes para evitar la saturación sensorial. Más de 250 empleados.
- **E:** Espacio de trabajo alejado de estímulos distractores y frente a la persona que asume el rol de apoyo natural. Colocación de apoyos visuales en su mesa y en los casilleros que utiliza para organizar la documentación con la que trabaja. Instalación de escáner en su mesa de trabajo para que no tenga que desplazarse a otro lugar de la oficina (en los que suele haber muchos estímulos distractores).
- **I:** Dar una orden clara y estable para todas las tareas que la persona desempeña, apoyos visuales que incluyen *auto-checking* de tareas y formación de los apoyos naturales.
- **J:** Flexibilidad horaria, información previa al banco para las labores de autogestión y fijación del puesto laboral según intereses y motivaciones.

5. ¿Qué tipo de servicio de prevención tienen?

- 63,6% propio.
- 36,4% ajeno.

6. ¿Existe algún protocolo específico a la hora de realizar la formación e información obligatoria en prevención de riesgos laborales y el reconocimiento médico inicial para los TES de este colectivo?

- 27,3% sí.
- 72,7% no.

7. En caso afirmativo, explique brevemente en qué consiste dicho protocolo.

Las respuestas textuales obtenidas son las siguientes:

- **H:** Según lo que nos comunique nuestro departamento de prevención y los especialistas de la entidad social de la que sea socio la persona en cuestión.
- **G:** La comunicación y formación se gestiona a través del preparador laboral.
- **I:** No existe. En este caso concreto (empresa dedicada a servicios de comedor en centros de mayores), la formación de Prevención de Riesgos Laborales se hace a través de una plataforma on-line.
- **J:** Desde esta entidad, acompañamos a los usuarios que trabajan en la empresa durante su formación, parando y reforzando los contenidos que van viendo.

- **K:** Existe un protocolo que habla de realizar una nueva evaluación de riesgos. Una cosa es lo que dice el protocolo y otra lo que se hace realmente.

8.3. Resultados obtenidos del análisis cualitativo

Como método cualitativo, se ha usado la entrevista semiestructurada a un trabajador con TEA que dio su consentimiento para que sus respuestas fueran reproducidas. Y he aquí la transcripción resumida de la entrevista realizada a dicho trabajador centrándonos en los aspectos más oportunos para el objeto de este estudio y dividiéndola en 7 bloques temáticos.

1. Vigilancia de la salud

¿Qué preguntas te realizó el personal médico antes de someterte a dicho control médico?

Pues llegué media hora antes a la clínica y una señorita me tomó mis datos personales. La enfermera me hizo unas preguntas sobre mi historial de salud.

¿Comentaste en esa entrevista que eras un trabajador con TEA?

No, porque nadie me preguntó, sólo me hicieron preguntas sobre mis hábitos y mis antecedentes familiares.

¿Qué tipo de pruebas te realizaron?

Me sacaron sangre, me tomaron las medidas, peso, audiometría, visión y luego pasé al médico.

¿Qué tipo de preguntas te hizo el médico?

Le indiqué antes de nada al médico que tenía SA. Llevaba un sobre con el informe y el diagnóstico. El médico no lo abrió y me dijo que no hacía falta esa documentación. Si me comentó que tenía sobrepeso y que me recomendaba que fuera al urólogo. La verdad es que la sensación que tuve era de puro trámite.

2. Clima y satisfacción laboral

¿Qué tal es la convivencia con tus compañeros y compañeras o con el resto de las personas ajenas a la empresa con las que puedas relacionarte en el lugar de trabajo?

No me gusta que se me diga las cosas con tanta celeridad y vehemencia. Me gustaría que el lenguaje fuera más preciso y no en voz alta.

¿Pero has intentado comentar esto que te inquieta con estas personas?

No. Para mí educación no es sinónimo de ser estúpido. Tengo que estar continuamente pendiente de encontrar mi sitio entre mis compañeros de turno.

Entonces, ¿qué cosas te incomodan más de tus compañeros?

Por ejemplo, tenemos que realizar partes de trabajo a diario y es común entre compañeros que cuanto alguien pasa por la oficina, se lleve los del resto de compañeros de turno. A mí nadie me lleva los partes de trabajo. Siento como el conjunto de compañeros hace piña y dejan al margen a los demás, refiriéndose a él mismo. A mí no me da vergüenza decir me he equivocado, pero hay compañeros que nunca dicen que se han equivocado y que parece que lo saben todo. En muchas ocasiones en las que hemos parado para el bocadillo y los compañeros se ponen a contar cosas en los bares tengo la impresión o me pregunto ¿nosotros qué hacemos aquí? Porque parece que nadie escucha las conversaciones que se están teniendo. Y en esos momentos tengo la impresión de que estamos perdiendo tiempo. Me desespera el narcisismo constante, pero mi terapeuta me dice que eso es un sesgo de pensamiento que debo evitar.

¿Con qué compañeros te sientes mejor?

Con J.H.T. porque se ciñe al trabajo. Sin embargo, con otros compañeros parece como si no quisieran irse a casa después del trabajo. Me molestan las anécdotas que cuenta un compañero para que la persona que esté cerca lo ensalce o alabe. Me enerva el narcisismo. Creo que en el trabajo se debe hablar de trabajo y no de cosas personales. No me gusta que el trabajo se eternice, me molesta que después del trabajo el compañero quiera tener una charla personal y no irnos a nuestra casa cuando terminemos la jornada. Después de la jornada laboral el compañero J.A. una vez que ya habíamos fichado, me obligaba a seguir hablando de otras cosas y sin embargo estábamos todavía en el lugar de trabajo.

¿Qué actitudes de tus compañeros y superiores te facilitan el trabajo y la convivencia con el equipo?

Cuando me explican por qué hay que hacer la tarea que haya que hacer y me dan órdenes o instrucciones directas, es decir, cuando me dan explicaciones de una forma directa. Me desesperan los rodeos y la retórica.

¿Estás satisfecho con tú trabajo y con la empresa?

Este es el sitio donde me he sentido más útil en mi vida. Y creo que soy cada día más útil. Yo estuve 13 años en la construcción, el encargado me dijo que no iba a ser nunca albañil. Aquí nadie me ha dicho que no iba a ser maquinista, no me han negado el hecho de poder mejorar y ser mejor

laboralmente.

3. Descripción de puestos, competencias

¿Me podrías decir la última vez que has tomado la iniciativa en el trabajo y no le has preguntado a ningún compañero o superior para asegurarte?

Pues, por ejemplo, el viernes pasado que mi superior me envió el cuadrante de trabajo por WhatsApp como siempre lo ha hecho y me di cuenta de que se había equivocado. Lo llamé por teléfono sin intención de molestarle ni hacerle perder el tiempo para decirle que creía que era otro horario. Otra vez, en la máquina, un día engrasaba y otro día limpiaba los filtros para que la máquina estuviera en condiciones.

La limpieza y el mantenimiento de la maquinaria ¿forman parte de tus obligaciones laborales o es algo que motu proprio has llevado a cabo?

Sí, es verdad. Entonces pondré otro ejemplo: con la máquina remontando la basura, la maquina levantó un pico de chapa y me puse muy nervioso por las consecuencias que pudiera acarrear ese hecho. Pero lo que hice es que cuando llegó el encargado, le señalé y le dije que eso lo había levantado yo accidentalmente.

4. Promoción interna y medidas organizativas

Me comentas que, tras algunos años con la categoría de peón, ascendiste a la categoría de Oficial de Primera con la ocupación de maquinista. ¿Cómo se produjo esta promoción?

Se produjo porque mis superiores confiaron en mí y gracias a la formación y el tiempo que dedicaron los compañeros en enseñarme. Pero sobre todas las cosas, lo más importante fue mi motivación por aprender. Lo que más me motiva es estar en horario nocturno, en el servicio de Antequera con la máquina cuando había mucha más producción.

Y ahora que hay menos producción debido a la crisis sanitaria, ¿cómo llevas que la empresa tenga que adoptar algún tipo de medida organizativa con el personal?

Lo llevo mal porque me gustaría que todo fuera como antes.

5. Riesgos psicosociales: situaciones conflictivas y medidas adoptadas

¿Podrías describir cuál ha sido la peor situación por la que has atravesado en tú trabajo?

La primera fue la que pasó recientemente junio de este año estando en la báscula en la hora de máximo pesaje donde la selectiva tiene que realizar doble pesaje, el maquinista me pregunta cuándo se riega y yo le digo cuando se pueda porque no podía. Y el maquinista dice, tiene q ser ahora, delante del resto de camioneros. Le dije con voz alta y fuerte, que iba a regar cuando me diera la gana. El maquinista puño en alto me dijo que saliera para afuera, y que me iba a decir lo que tenía que hacer. En un momento dado, me agarró de la camiseta y me quería llevar fuera y lo solté y lo puse contra la pared y me dio una patada en el estómago utilizando unas palabras muy fuertes. En segundo lugar, en Mijas hace cuatro años aquel día llegué tarde y mi superior me dijo que pasara por la oficina y que no le servía para nada. Y al día siguiente fui a la oficina. Llegué tarde por un despiste mío y mi superior se enfadó mucho. Tuve mucha ansiedad al llegar. Me sentí mal porque me dijo que no servía y porque pensé que me iba a estar despedir. Me sentía mal por haber cometido un error y por las palabras de mi superior que me hicieron sentir peor.

¿Pusiste en conocimiento de la empresa alguno de estos dos hechos? ¿Qué medidas se adoptaron?

En el incidente de junio de 2020, la empresa me acompañó a que me reconocieran en la Mutua de Accidentes de Trabajo que levantó un parte de lesiones. No causé baja pero la empresa me dio unos días de descanso. La empresa, después de recabar la información de los testigos, despidió al compañero que me pegó y a mí me impuso una sanción de una semana de suspensión de empleo y sueldo que me pareció muy correcta. La empresa me recomendó que fuera terapia, yo acepté. Desde entonces estoy asistiendo a ella. Desde lo que ocurrió en Mijas hace cuatro años, procuro llevar un Diario de Incidencias y charlamos casi semanalmente la responsable del personal y yo.

¿Consideras de utilidad el diario de incidencias?

Se puede valorar los hechos que ocurren con distancia en el tiempo y la interpretación con el paso del tiempo puede cambiar y me ayuda a valorar de otra forma.

¿Y qué es lo que has ganado con ir a terapia?

He comprendido mejor al resto de los compañeros. Las herramientas que he utilizado son evitar el sesgo de pensamiento, el hecho de no hacerme una idea preconcebida del compañero. Y para la ansiedad, como el volumen de presión de trabajo ha descendido con motivo de la pandemia, no he tenido tampoco la presión de la temporada alta de julio de agosto. Cuando más presión de trabajo haya, más ansiedad suelo tener.

¿Cuál ha sido el momento o los momentos en los que te has sentido mejor en el trabajo?

He tenido muchos, pero por decir uno, cuando de noche estoy en Antequera, habiendo poco espacio, y tengo que maniobrar para apilar la

basura, y tengo que ir salvando obstáculos con la máquina, dominando la situación porque llegan varios camiones a la vez. Otro momento apoteósico, en el verano 2017, tenía horario de 6 a 2 y tuve que ir al Valle de Abdalajís con un compañero a coger una furgoneta, y fuimos a varios sitios a la vez y muy movido al máximo, y conocí a varios compañeros. Porque fui a muchos sitios y teníamos que limpiar las calles y eso me pareció muy responsable porque los ayuntamientos son muy exigentes y podían reclamar a la empresa.

6. Trabajador enlace

**¿Hay compañeros con los que tienes más conexión que con otros?
¿Porqué?**

Porque hacen lo que dicen y son coherentes. Tratan siempre de pasar desapercibidos, se olvidan de los egos. Se preocupan más del trabajo que del ego, lo que cuenta es hacer las cosas no decirlas.

7. Adaptación del puesto

¿Qué medidas o acciones adoptadas o emprendidas por la empresa te han resultado más útiles para llevar a cabo tu trabajo?

Me ha gustado mucho como se ha informado a través de videos explicativos a través de nuestro grupo de WhatsApp corporativo de todo lo relacionado con la crisis del Covid y de las medidas de seguridad que debíamos adoptar. En general, el canal de WhatsApp me parece muy útil con la información de riesgos laborales y todas las informaciones. Me parece muy útil como están ordenadas las cosas en el almacén. También los carteles y las señalizaciones tanto de éste como de la oficina. Lo que más me ayuda a llevar a cabo mi trabajo es las personas comprometidas de la empresa. También la logística de la empresa y las facilidades que nos pone en transporte para llegar hasta el puesto de trabajo. Sin embargo, en las plantas donde llevamos a cabo nuestro trabajo (las contratitas) no hay suficiente señalización.

Finalmente, y a la vista de las respuestas obtenidas, podemos concluir en cuanto al aspecto de la vigilancia de la salud, el servicio médico no pareció reparar no sólo en el diagnóstico que aparece en la documentación acreditativa del grado de discapacidad que mostró en el reconocimiento, sino que tampoco reparó en el informe diagnóstico que portaba, no haciéndole ninguna recomendación desde el punto de vista de su seguridad y salud laboral. Las respuestas obtenidas en cuanto al clima y satisfacción

laboral denotan la especial dificultad de pertenencia al grupo del trabajador entrevistado, mostrándose bastante incomodo con la comunicación informal que se produce entre compañeros y que favorece la mejora del clima laboral. Por el contrario, le es muy útil que le den las instrucciones claras y precisas, sintiéndose cómodo al realizar su trabajo sin *desviaciones sociales*. Agradece de manera evidente la oportunidad de promoción dentro de la empresa lo que le hace sentirse incluido a pesar de sus dificultades en el ámbito social.

Seguidamente y en cuanto a competencias, concluimos que la descripción de puestos debe estar perfectamente desarrollada, con expresión clara de las tareas a realizar y de las funciones a desarrollar. El trabajador tiene serias dificultades para improvisar y afrontar contingencias inesperadas que puedan presentarse en su puesto de trabajo y carecen de la suficiente iniciativa para ello. Muestra agradecimiento el trabajador por la formación recibida para su promoción, pero, por encima de todas las cosas, el apoyo de sus compañeros parece ser la mejor de las motivaciones para que haya podido producirse.

Se ha puesto de manifiesto, asimismo, que las situaciones de estrés y sobre todo las que se suceden con la comunicación con los compañeros, pueden acarrear una fuerte ansiedad en el trabajador que desembocan en comportamientos inadecuados y en situaciones conflictivas en el entorno laboral. Existen compañeros con los que el trabajador parece sentirse más cómodo fundamentalmente porque realizan su trabajo cumpliendo con su cometido, con un tono sereno en la conversación y haciéndole sentir como un igual. Igualmente, el trabajador entiende mucho mejor los mensajes e informaciones que realiza la empresa a través de medios audiovisuales con los que evitar la interacción social, asegurando de esta forma su comprensión.

8.4. Análisis, propuestas de valor y buenas prácticas

Una vez observados los datos obtenidos de los análisis realizados y complementando los aspectos que tratamos anteriormente en cuanto a los puntos fuertes y puntos débiles de las personas con TEA y, más concretamente, de las personas con SA (§ 7.1, Cuadro 3), en nuestra propuesta se va a trabajar desde el ámbito de la seguridad y salud laboral y en concreto, se va a intervenir en mayor medida con los aspectos que atañen a la persona trabajadora con TEA, con la finalidad de establecer una serie de pautas y estrategias que sean útiles para potenciar su inclusión laboral y, por ende, su inclusión social.

Estrategias: catálogo de buenas prácticas

En la siguiente tabla se enuncian algunas de las buenas prácticas que han desarrollado tanto las empresas investigadas como la empresa que dirige la autora de este trabajo. Para mayor claridad en la exposición, hemos dividido las estrategias puestas en marcha por líneas de actuación.

Cuadro 5 – Buenas prácticas desarrolladas por las empresas investigadas

Líneas de actuación	Estrategias
Definición del puesto de trabajo y enumeración clara y concisa de las tareas que debe realizar	<p>Detallar el tiempo estimado necesario para la realización de dicha tarea</p> <p>Indicar cuáles son las incidencias más habituales que puedan darse para el retraso en la ejecución de la tarea</p>
Brindarle instrucciones claras y precisas	<p>Dar pautas de actuación de una a una</p> <p>Evitar causar confusión dando instrucciones contradictorias</p> <p>Brindar ayuda para seguir las instrucciones</p> <p>Dar una orden clara y estable para todas las tareas que la persona desempeña</p> <p>Brindar apoyos visuales a la hora de dar instrucciones, incluyendo listas de <i>auto-checking</i></p>
Mostrarles con ejemplos prácticos cómo se realizan las tareas	<p>De manera concreta hay que indicarles cómo se realiza la tarea pues la comprensión resultará mucho más fácil</p> <p>Explicar la razón de por qué debe hacerse de esa forma y no de otra la mencionada tarea</p>
Aprendizaje por modelaje	<p>Seleccionar a un compañero que les sirva de referencia y que sea afín a la persona trabajadora</p> <p>Favorecer la formación en habilidades directivas de las personas que ostentan cargos de responsabilidad y que serán modelos que seguir</p>
Estructurar bien el entorno de trabajo	<p>Fomentar la adaptación de la persona, de acuerdo con las actividades que vaya a realizar estructurando el ambiente de trabajo en función de</p>

	<p>estas</p> <p>Deben evitarse los objetos y/o instrucciones ajenas a las actividades que se realizarán en el lugar (de esta manera se facilitará la adaptación y comprensión de cada actividad)</p>
Anticipar las actividades	<p>Anticipar las tareas que se van a realizar diariamente y el comportamiento que se espera obtener con las mismas</p> <p>Para un mayor entendimiento dado que su memoria visual por lo general es excelente, se pueden presentar las tareas a realizar mediante imágenes consecutivas o esquemas secuenciados</p> <p>Implementar acciones que los entrenen en crear rutinas para que sepan lo que hacer a lo largo de la jornada laboral</p> <p>Especificar cuándo finaliza una tarea y cuándo se puede pasar a la siguiente</p> <p>Fijación clara de los objetivos a perseguir de las tareas a realizar</p>
Introducir cambios de manera paulatina	<p>Tratar de acostumbrarlos al cambio de manera progresiva, evitando frecuentar siempre los mismos lugares o realizar siempre las mismas tareas, llevándolos, por ejemplo, por rutas diferentes o indicándoles formas alternativas de realizar la misma tarea ya que, debido a sus intereses limitados, suelen enfrascarse en determinadas actividades apegándose a las rutinas</p> <p>Procurar hacer las cosas <i>poco a poco</i>, agregando nuevos objetos a su área de trabajo, presentándole nuevas personas, mostrándole nuevos escenarios</p> <p>Deben evitarse los cambios bruscos y el exceso de nueva información, ya que podría ser contraproducente</p> <p>Deben incluirse pequeñas transformaciones, que les ayuden a aceptar mejor las cosas nuevas</p>
Guiarles con paciencia	<p>Brindarles las condiciones adecuadas para que puedan desenvolverse y realizar de manera correcta las</p>

	<p>funciones requeridas, sin sentirse bloqueados o señalados por su condición</p> <p>Evitar en lo posible la frustración por no haber logrado sus objetivos poniendo metas paulatinas (la frustración les bloquea y puede impedir que se desenvuelvan con normalidad en su trabajo)</p>
Atender a la motivación de la persona trabajadora con TEA	<p>Establecer un itinerario en su promoción interna, haciéndole protagonista y participe de su desarrollo laboral y profesional</p> <p>Fijación del puesto laboral según intereses y motivaciones</p>
Adaptación horaria y de turnos de trabajo	<p>Establecer para las personas trabajadoras TEA el horario nocturno, en el que está sometido a menos estímulos</p> <p>Flexibilidad horaria</p> <p>En la medida de lo posible, adecuar el turno y el horario de trabajo para que la persona trabajadora con TEA esté junto a la persona que asume el rol de apoyo natural o persona de enlace</p> <p>Anticipar el cambio de turno o de horario con suficiente antelación como para que la persona TEA pueda gestionar sus tiempos adecuadamente</p>
Adaptación del puesto según las necesidades de la persona	<p>Tener en cuenta en el proceso de selección las necesidades de la persona, recabando esta información de ella misma de una forma relajada mediante un cuestionario que podrá cumplimentar en su casa o en un ambiente más familiar</p> <p>Tratándose de empleo con apoyo en empresa ordinaria, hay que seguir las indicaciones que su tutor y entidad social de referencia haya marcado</p>
Gestión del tiempo	<p>Limitar los tiempos de participación en reuniones de personal y anticipar el <i>orden del día</i> previamente</p> <p>Adaptar su percepción del tiempo a las exigencias de entrega y desarrollo y ejecución de tareas</p>
Comunicación	<p>Adecuar la comunicación realizando ajustes para evitar la saturación</p>

	<p>sensorial</p> <p>En la medida de lo posible, utilizar un tono de voz uniforme y no emplear expresiones mal sonantes</p> <p>Si se necesita enviar un mensaje desagradable a la persona con TEA, anticipar que lo va a ser</p> <p>Concreción en el mensaje evitando el uso de sarcasmos, ironía y circunloquios innecesarios</p>
Espacio y entorno de trabajo	<p>A ser posible, debe estar alejado de estímulos distractores en trabajos de administración, gestión y o procesamiento de datos</p> <p>Colocación de apoyos visuales en su mesa y en los casilleros que utiliza para organizar la documentación con la que trabaja en el caso de trabajo administrativo</p> <p>En el caso de trabajo en áreas de producción, señalización adecuada (mediante utilización de pictogramas, por ejemplo)</p> <p>Instalación de escáner en su mesa de trabajo para que no tenga que desplazarse a otro lugar de la oficina en el caso de tareas administrativas y en los que suele haber muchos estímulos distractores</p> <p>En trabajos de producción, mantener la maquinaria y/o herramientas en perfecto orden</p>
Apoyos naturales o persona trabajadora de enlace	<p>Formar internamente a la persona que sirva de apoyo natural (esta persona provendrá de entidades especializadas en empleo con apoyo)</p> <p>Seleccionar de acuerdo con sus características y formar a una persona o personas trabajadoras de enlace que será un compañero de la persona con TEA y le servirá para establecer lazos de unión con la organización y haciéndole participe de las <i>normas no escritas</i> y la costumbre</p>
Relación con proveedores, profesionales y personal ajeno a la empresa con las que la persona con TEA pueda relacionarse en su desenvolvimiento laboral	<p>En el caso de tareas administrativas o de gestión, por ejemplo, información previa a entidades financieras o administraciones públicas para las labores que requieran de autogestión</p>

	Información previa a la persona con TEA de las personas con las que pueda relacionarse describiendo no solo su fisonomía sino su forma de actuar y comunicarse para anticipar la respuesta
Protocolo de riesgos psicosociales	Poner en marcha un protocolo de riesgos psicosociales independientemente de la actividad a la que dedique la empresa Sugerir a la persona con TEA que elabore un diario de incidencias proponiéndole reuniones periódicas para poner en común los aspectos cotidianos de su vida laboral
Política de empresa	Informar a todo el personal sobre el apoyo a la diversidad como eje fundamental de la política de la empresa Difundir en redes sociales y página web cuál es la política de la organización y los logros alcanzados en materia de inclusión laboral

Este conjunto de acciones contenidas en la tabla anterior, pueden permitir a las personas trabajadoras con TEA desarrollarse personalmente en su entorno laboral. Esperamos que, en contextos similares, rindan similares resultados y tengan la utilidad que se ha puesto de manifiesto a través de las experiencias descritas.

9. Conclusiones

Iniciábamos este trabajo mirando atrás y reflexionando sobre cómo ha sido vista la discapacidad a lo largo de la historia, llegando a la toma de conciencia que supuso el punto de vista de lo “social”. Un hecho natural como este de la discapacidad que ha tenido una construcción social que ha marcado y marca la vida de millones de personas a través de su exclusión y marginación en un tortuoso camino que comienza a quebrarse por la toma de conciencia y el protagonismo de las propias personas con discapacidad y de sus organizaciones.

Hitos importantes como la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2006 nos ponen en el camino, pero nos

topamos con un marco normativo inacabado en materia de discapacidad además de no existir mucha bibliografía a cerca de la discapacidad en las relaciones laborales ordinarias y mucho menos del TEA. Porque más allá de las medidas de acción positiva o el modelo médico/rehabilitador que subyace y que contraviene los principios inspiradores de la Convención, creemos que habría que propiciar un escenario en el que entraran a formar parte las “capacidades”. La incorporación del talento a la empresa ordinaria debiera contar con la riqueza que supone la neurodiversidad de las personas con autismo en las organizaciones.

Uno de los aspectos clave en la integración laboral de las personas con discapacidad en general es la adaptación a su puesto de trabajo desde el punto de vista de la seguridad y salud laboral. En particular, en este estudio hemos dado un paso más allá centrándonos en cómo la adaptación del puesto de trabajo de la persona con TEA supone la vía de acceso y permanencia al empleo ordinario del colectivo, la vía de su “inclusión” más allá de su “integración”. Los ajustes razonables van a depender del trabajo que se realice y de tipo de persona al que se refiera y, en nuestro caso, se pone de manifiesto que la discapacidad física tiene más visibilidad y genera más medidas de adecuación que la discapacidad mental o psíquica y, por supuesto que la gran desconocida como es el TEA, desconocimiento que se extiende a los servicios médicos tanto a los propios como a los ajenos.

Se concluye que el diálogo de la empresa con las entidades y organizaciones constituidas en defensa de los derechos de las personas con TEA y sus familiares, son asociaciones estratégicas que incluyen en este caso, intercambios de información, experiencias y esfuerzos conjuntos para la inclusión socio laboral y para la correcta adecuación de los puestos de trabajo.

Asimismo, contar con un sistema integrado de gestión de recursos humanos en la empresa ordinaria que destaque la importancia del análisis y descripción de los puestos para establecer con rigurosidad los procesos de selección y reclutamiento garantizará un trato objetivo y normalizado que evite paternalismos y garantice la protección y prevención de los derechos más básicos de las personas trabajadoras. Contar con un “sistema” y difundir una “política” empresarial, constituye una mejora de la reputación corporativa que propiciará la retención del talento y la fidelización del personal hacia los valores de la empresa. Por ello, hemos concluido que resulta esencial el compromiso de la dirección que vincula a toda la organización e incluso a su entorno, haciendo de la diversidad un valor competitivo.

Esperamos que con la entrada en vigor en enero de 2021 de la Ley 11/2018, que regula la obligatoriedad de comunicar las diferentes acciones y la

aplicación de nuevas medidas empresariales basadas en Estrategias de Responsabilidad Corporativa Social y Sostenible en este caso en empresas de entre 250 y 500 trabajadores, se hagan visibles muchas de las buenas prácticas que se aplican en detrimento de las medidas alternativas reguladas en el RD 364/2005 y que estas sirvan de ejemplo para otras organizaciones. Como reflexión final, consideramos indispensable dar a conocer una visión positiva del TEA haciéndolo visible porque autismo no es sinónimo de personas indiferentes que viven aisladas en su mundo. Las personas con TEA sienten, interactúan, se comunican (con o sin lenguaje) comparten y son unas luchadoras natas que se esfuerzan a diario por encajar en la sociedad.

10. Bibliografía

- AIPA (2021), *¿Qué es el TEA?*, en aipaaasociacion.org
- ALCOVER DE LA HERA C.M., PÉREZ TORRES V. (2011), *Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, supl. 1, pp. 206-223
- ALTHUSSER L. (1988), *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Nueva Visión
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2014), *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. DSM-5*
- ARSUAGA VICENTE A., SANTISO DOLDÁN V. (2018), *Guía de orientación vocacional para personas con Trastorno del Espectro del Autismo*, Confederación Autismo España
- ASEPEYO (2010), *Plan de adecuación al puesto de trabajo de las personas con discapacidad*
- BELL B.S., KLEIN K.J. (2001), *Effects of disability, gender, and job level on ratings of job applicants*, en *Rehabilitation Psychology*, vol. 46, n. 3, pp. 229-246
- BERNAD RIPOLL S. (2004), *Guía de empleo con apoyo para personas con autismo*, Confederación Autismo España
- BERRY J.O., MEYER J.A. (1995), *Employing people with disabilities: Impact of attitude and situation*, en *Rehabilitation Psychology*, vol. 40, n. 3, pp. 211-222
- BIENESTAR Y PROTECCIÓN INFANTIL (2020), *Organización Mundial de la Salud (OMS) y Discapacidad*, en www.bienestaryproteccioninfantiles.es, 30 noviembre
- BOHLANDER G., SHERMAN A., SNELL S. (2003), *Administración de Recursos Humanos*, Paraninfo
- CASANOVA M.B. (2008), *Diversidad, fuente de Innovación y Conocimiento*, I Congreso Internacional Alares, 20-21 febrero

- CASTEL R. (1997), *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós
- CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS (2011), *Vivir mejor. Cómo concebimos la atención residencial. Pautas básicas para una atención de calidad a las personas con discapacidad*
- CESARE S.J., TANNENBAUM R.J., DALESSIO A. (1990), *Interviewers' Decisions Related to Applicant Handicap Type and Rater Empathy*, en *Human Performance*, vol. 3, n. 3, pp. 157-171
- CUBERO C.G. (2007), *Situational leadership and persons with disabilities*, en *Work*, vol. 29, n. 4, pp. 351-356
- CUESTA J.L., SÁNCHEZ S., OROZCO M.L., VALENTI A., COTTINI L. (2016), *Trastorno del espectro del autismo: intervención educativa y formación a lo largo de la vida*, en *Psychology, Society, & Education*, vol. 8, n. 2, pp. 157-172
- DE ASÍS R. (2018), *Prólogo*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Dykinson
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C. (2018), *La adaptación psicosocial del puesto de trabajo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad mental*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Dykinson
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA C. (2017), *La inserción laboral de las personas con discapacidad mental*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid
- DE LA IGLESIA GUTIÉRREZ M., OLIVAR PARRA J.S. (2007), *Autismo y síndrome de Asperger. Trastornos del espectro autista de alto funcionamiento. Guía para educadores y familiares*, CEPE
- DÍAZ VELÁZQUEZ E. (2018), *El impacto de las políticas de empleo en la inclusión de las personas con discapacidad en la empresa ordinaria*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Dykinson
- ESCUELA EUROPEA DE EXCELENCIA (2016), *Recursos humanos: la ISO 9001*, en www.nueva-iso-9001-2015.com, 4 agosto
- FERNÁNDEZ-LÓPEZ J.A., FERNÁNDEZ-FIDALGO M., GEOFFREY R., STUCKI G., CIEZA A. (2009), *Funcionamiento y discapacidad: la Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF)*, en *Revista española de salud pública*, n. 6, pp. 775-783
- FLORES N., JENARO C., GONZÁLEZ-GIL F., GARCÍA-CALVO P.M. (2010), *Análisis de la calidad de vida laboral en trabajadores con discapacidad*, en *Zerbitzuan*, n. 47, pp. 95-107
- FOMENT DEL TREBALL NACIONAL (2009), *Guía para la gestión preventiva de los puestos ocupados por personas con discapacidad sensorial*

- FONT GARCÍA J. (2018), *Ajustes razonables en el ámbito laboral*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Dykinson
- FOUCAULT M. (2006), *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Fondo de Cultura Económica
- FUNDACIÓN PREVENT (2013), *Guía para conseguir una prevención de riesgos laborales inclusiva en las organizaciones 2010*, Comunidad de Madrid
- GÁLVEZ HERRER M., SOLÉ GÓMEZ M.D. (2015), *Salud mental: etapas para su promoción en la empresa*, NTP INSHT, n. 1.045
- GARCÍA TABUENCA P. (2016), *Trastorno del Espectro Autista (TEA)*, en *Anales UNED Calatayud*, n. XXII, pp. 149-162
- GARCÍA-TENORIO RONDA J., SÁNCHEZ QUIRÓS I., PÉREZ RODRÍGUEZ M.J. (2014), *Compromiso y flexibilidad en organizaciones innovadoras*, en *Innovar*, n. extra., pp. 7-32
- GARRABÉ DE LARA J. (2012), *El autismo. Historia y clasificaciones*, en *Salud Mental*, n. 3, pp. 257-261
- GINÈS I FABRELLAS A., LUQUE PARRA M., SERRANO OLIVARES R. (2014), *Guía Jurídico-Práctica sobre prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de las personas trabajadoras con discapacidad*, Full Audit
- GÓMEZ-MEJÍA L., BALKIN D., CARDY R. (2008), *Gestión de recursos humanos*, Prentice Hall
- GRANDIN T., PANEK R. (2019), *El cerebro autista. El poder de una mente distinta*, RBA
- HERNÁNDEZ SÁNCHEZ A. (2019), *El poder de la neurodivergencia*, Trabajo Fin de Grado, Universidad de Málaga
- HERVÁS A., RUEDA I. (2018), *Alteraciones de conducta en los trastornos del espectro autista*, en *Revista de Neurología*, supl. 1, pp. 31-38
- INE (2019), *El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD). Año 2018*, Nota de prensa, 18 diciembre
- INSHT (2015), *La organización preventiva de las empresas en España: características distintivas respecto a otros modelos europeos*
- JOFFRE GALIBERT H. (2019), *Autismo*, APAdA
- JONES B.J., GALLAGHER B.J., KELLEY J.M., MASSARI L.O. (1991), *A survey of Fortune 500 corporate policies concerning the psychiatrically handicapped*, en *The Journal of Rehabilitation*, vol. 57, n. 4, pp. 31-35
- LALOMA GARCÍA M. (2018), *ODS y discapacidad. Plan de trabajo*, CERMI, Cinca

- LENDÍNEZ EXTREMERA M. (2017), *Acoso y maltrato en el autismo*, en *Revista Internacional de Apoyo a la Inclusión, Logopedia, Sociedad y Multiculturalidad*, n. 1, pp. 166-182
- LÓPEZ GÓMEZ S., RIVAS TORRES R.M. (2014), *El trastorno del espectro del autismo: Retos, oportunidades y necesidades*, en *Informes Psicológicos*, n. 2, pp. 13-31
- LÓPEZ GÓMEZ S., RIVAS TORRES R.M., TABOADA ARES E.M. (2009), *Revisiones sobre el autismo*, en *Revista Latinoamericana de Psicología*, n. 3, pp. 555-570
- LÓPEZ RIERA S. (2015), *Planes de emergencia, planes de autoprotección y medidas de emergencia*, FDN INSHT
- LUGO MARÍN J. (2019), *Características psicopatológicas en adultos con Trastorno del Espectro Autista*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca
- MARTÍNEZ MÍNGUEZ S. (2016), *La prevención de riesgos laborales en los trabajadores especialmente sensibles*, Trabajo Fin de Grado, Universidad de Valladolid
- MEDEIROS M., CARBALLO V., ARANSAY C., BARRETO C., SÁNCHEZ J.L. (2018), *Manual para la acogida y contratación de personas con discapacidad*, Inserta Empleo
- MERINO MARTÍNEZ M. (coord.) (2008), *Habilidades socio-comunicativas de las personas con autismo en el entorno laboral*, Federación Autismo Castilla y León
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD (2021), *Estrategia Española en Trastornos del Espectro del Autismo*
- MONCADA I LLUÍS S., LLORENS SERRANO C., KRISTENSEN T.S., VEGA MARTÍNEZ S. (2005), *El método COPSOQ (ISTAS21, PSQCAT21) de evaluación de riesgos psicosociales*, NTP INSHT, n. 703
- MONROY PÉREZ M.L. (2017), *La conducta adaptativa en el trastorno del espectro del autismo*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca
- MORENO JIMÉNEZ B., BÁEZ LEÓN C. (2010), *Factores y Riesgos Psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*, INSHT, Universidad Autónoma de Madrid
- MORENO SOLANA A. (2010), *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch
- MUÑOZ S. (coord.) (2018), *Las personas con discapacidad intelectual en la función pública: informe sobre situación, recomendaciones y apoyos tecnológicos*, Plena inclusión España
- NAFUKHO F.M., ROESSLER R.T., KACIREK K. (2010), *Disability as a Diversity Factor: Implications for Human Resource Practices*, en *Advances in Developing Human Resources*, vol. 12, n. 4, pp. 395-406
- NAVARRO DÍAZ L.R. (2008), *Aproximación a la comunicación social desde el paradigma crítico: una mirada a la comunicación afirmadora de la diferencia*, en *Investigación & Desarrollo*, n. 2, pp. 326-345
- OBSERVATORIO DE RSC (2014), *Introducción a la Responsabilidad Social Corporativa*

- OIT (2002), *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo*
- OIT (2000), *La educación permanente en el siglo XXI: nuevas funciones para el personal de educación*
- OMS (2011), *Informe mundial sobre la discapacidad*
- PASTOR FLORES I. (2019), *Guía de salud laboral y discapacidad*, CCOO
- PÉREZ PÉREZ J. (2012), *La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad. Una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento*, en *Aranzadi Social*, n. 4, pp. 135-166
- PISONERO S. (2007), *La discapacidad social. un modelo para la comprensión de los procesos de exclusión*, en *Zerbitzuan*, n. 41, pp. 99-106
- PLAZATEA (2021), *Acoso escolar a personas con TEA: Ghosting, Bullying y el autismo*, en *plazatea.net*, 16 junio
- RIOBELLO ALONSO M., PIQUÉ ARDANUY T. (2013), *El recurso preventivo*, NTP INSHT, n. 994
- RIVAS VALLEJO P. (2008), *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. extra., pp. 227-286
- ROJAS BUENDÍA M.M. (2018), *Ajustes y apoyos universales necesarios en el ámbito laboral ordinario para la inclusión social de las personas con diversidad funcional*, en J.L. REY PÉREZ, L. MATEO SANZ (eds.), *El empleo de las personas con discapacidad: Oportunidades y desafíos*, Dykinson
- RUIZ SANTAMARÍA J.L. (2019), *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi
- SASTRE CASTILLO M.Á., AGUILAR PASTOR E.M. (2003), *Dirección de recursos humanos. Un enfoque estratégico*, McGraw-Hill
- SCHUR L., KRUSE D., BLANCK P. (2005), *Corporate Culture and the Employment of Persons with Disabilities*, en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 23, n. 1, pp. 3-20
- SEBASTIÁN HERRANZ M., NOYA ARNÁIZ R. (coords.) (2009), *Adaptación de puestos de trabajo. Guía de referencia*, CEAPAT
- SERVICIO DE INFORMACIÓN SOBRE DISCAPACIDAD (2017), *El 70% de los contratos a personas con discapacidad se hicieron dentro del empleo protegido*, en *sid-inico.usal.es*, 22 mayo
- SPATARO S.E. (2005), *Diversity in Context: How Organizational Culture Shapes Reactions to Workers with Disabilities and Others Who Are Demographically Different*, en *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 23, n. 1, pp. 21-38
- STONE D.L., COLELLA A. (1996), *A model of factors affecting the treatment of disabled individuals in organization*, en *The Academy of Management Review*, vol. 21, n. 2, pp. 352-401

- TOBOSO MARTÍN M. (2018), *Diversidad funcional: hacia un nuevo paradigma en los estudios y en las políticas sobre discapacidad*, en *Política y Sociedad*, n. 3, pp. 783-804
- TRIANA M.C., GARCÍA M.F., COLELLA A. (2010), *Managing diversity: How organizational efforts to support diversity moderate the effects of perceived racial discrimination on affective commitment*, en *Personnel Psychology*, vol. 63, n. 4, pp. 817-843
- VICENTE HERRERO M.T., RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE M.V. (2019), *Fichas para el manejo del trabajador especialmente sensible en Salud Laboral*, AEEMT
- VIDRIALES FERNÁNDEZ R., HERNÁNDEZ LAYNA C., PLAZA SANZ M. (2018), *Empleo y Trastorno del Espectro del Autismo. "Un potencial por descubrir"*, Autismo España
- WING L., GOULD J. (1979), *Severe impairments of social interaction and associated abnormalities in children: Epidemiology and classification*, en *Journal of Autism and Developmental Disorders*, vol. 9, n. 1, pp. 11-29
- ZABOSKI B.A., STORCH E.A. (2018), *Comorbid autism spectrum disorder and anxiety disorders: a brief review*, en *Future Neurology*, vol. 13, n. 1, pp. 31-37

Reencuadramiento administrativo de socios trabajadores de cooperativas: luces y sombras

José María GOERLICH PESET*

RESUMEN: En los últimos años, se han cuestionado determinados tipos de cooperativas que aprovecharían las ventajas que les ofrece su especial marco normativo para defraudar las expectativas jurídicas y económicas de las personas que trabajan en ellas y del sistema de Seguridad Social. Es probable que los procedimientos administrativos al respecto no se ajusten a las exigencias de la legislación cooperativa y, sobre todo, han generado bastante inseguridad jurídica. En este contexto, este trabajo pretende aportar alguna reflexión de utilidad para la reforma normativa que se encuentra en marcha.

Palabras clave: Cooperativas, contrato de trabajo, cotización a la seguridad social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La protección social de los socios de cooperativas: marco normativo. 3. Cuestionamiento administrativo de la opción. La respuesta judicial. 3.1. Reencuadramiento administrativo y cooperativas de facturación. 3.2. Reencuadramiento administrativo en la subcontratación de servicios con cooperativas de trabajo asociado. 4. Una valoración crítica. 5. Posibles alternativas. 6. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo, Universitat de València (España).

Administrative Reclassification of Worker-Members of Cooperatives: Lights and Shadows

ABSTRACT: In the last years, certain types of cooperatives have been questioned as taking advantage of their special regulatory framework to defraud the legal and economic expectations of the people who work in them and of the Social Security system. It is likely that the administrative procedures in this respect are not in line with the requirements of cooperative legislation and, above all, have generated considerable legal uncertainty. In this context, this paper aims to provide some useful reflections for the regulatory reform that is currently underway.

Key Words: Cooperatives, employment contract, social security contributions.

1. Introducción

Una cuestión que se ha planteado con reiteración es la del examen de la figura de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado a la luz de las normas laborales y de protección social. Puesto que tal condición posibilita la prestación de servicios por cuenta de una estructura mercantil, se abre el problema de calificación de la consiguiente relación jurídica. Este problema, cuya respuesta pasa por trazar las fronteras entre legislación de cooperativas y legislación laboral, es desde luego un clásico. Sin embargo, en los últimos años, hemos asistido a cierto recrudecimiento de esta cuestión fronteriza: aparte del descubrimiento de nuevas facetas – las relaciones entre los socios trabajadores y la libertad sindical¹ –, se han detectado importantes focos de conflicto en relación con dos supuestos que han saltado incluso a los medios de comunicación. Me refiero, de un lado, a las cooperativas que subcontratan con otras empresas sus servicios, sobre todo en el sector cárnico, y, de otro, a las llamadas cooperativas de facturación.

Ambos presentan un aspecto común: se estaría produciendo una incorrecta utilización de las normas que regulan las cooperativas en detrimento de la legislación social. En ambos casos, se desconocería la verdadera naturaleza de la relación de las personas que prestan sus servicios en el marco de aquellas lo que implicaría su incorrecto encuadramiento en la Seguridad Social. Se aprovecharía, en este sentido, el derecho de opción que el art. 14 LGSS concede a las cooperativas de trabajo asociado para alcanzar un resultado inadecuado. Este, sin embargo, sería diferente; incluso funcionaría en sentido opuesto en los dos supuestos conflictivos. En el caso de las cooperativas de servicios del sector cárnico, los Estatutos dirigen el encuadramiento hacia el RETA, buscando las ventajas que este todavía presenta en relación con la cotización; en el de las de facturación, lo reenvían al Régimen General, con la finalidad de aprovechar las posibilidades de cotización a tiempo parcial que existen en este y no en el de autónomos.

La existencia de estas dos cuestiones conflictivas invita a reflexionar sobre las especialidades en materia de Seguridad Social que presentan las cooperativas y proceder a valorar los efectos que producen y sus posibles alternativas. A estos efectos, conviene, ante todo, analizar brevemente el origen histórico, alcance y fundamento de las reglas especiales en materia de encuadramiento de socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado. A continuación, procede describir los aspectos centrales del

¹ *Cfr.* STS 347/2019, de 8 de mayo.

contencioso sobre los dos temas enunciados, a la vista de los datos de que disponemos, así como valorar de forma crítica las soluciones que se están dando por los tribunales de justicia. Procede, finalmente, ofrecer un marco alternativo para resolver las cuestiones implicadas, tras decidir en qué medida es adecuado el equilibrio actualmente diseñado o vale la pena establecer otro diferente.

2. La protección social de los socios de cooperativas: marco normativo

Los dos conflictos a los que me refiero se relacionan con una misma regla: la establecida en el art. 14 LGSS, que, tras reconocer que «los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social», concede a la cooperativa el derecho de optar entre encuadrarlos «como asimilados a trabajadores por cuenta ajena», en el Régimen General – o en el especial que proceda «de acuerdo con su actividad» – o «como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente».

Se trata de una solución llamativa que resulta de un relativamente laborioso proceso evolutivo, que se relaciona con las incertidumbres dogmáticas respecto de la naturaleza jurídica de la relación entre este tipo de socios y la cooperativa. Sin entrar en muchos detalles², a primeros de los 60, se encontraban limitadamente asimilados a los trabajadores por cuenta ajena (*cf.* art. 9 RAT 1956). Pero la puesta en marcha de la protección social de los trabajadores autónomos los había incluido también en el ámbito de aplicación de sus normas especiales (*cf.* Orden 25 marzo 1963; Decreto 2530/1970, DT 1^a). La primera intención era que las incertidumbres se solventasen mediante el establecimiento de un específico Régimen especial: así venía contemplado en la LBSS 1963 y en su articulación por la LSS 1966, de donde pasó al texto refundido de la LGSS 1974 (art. 10.2.g). Pero a la espera de ello, a primeros de la década de los 70 se introdujo por vía reglamentaria la posibilidad de optar entre el encuadramiento de los

² Con algo más de detalle, A. MARTÍN VALVERDE, *Seguridad Social y cooperativas de producción*, en AA.VV., *Primeros Encuentros Cooperativos de la Universidad del País Vasco*, Gobierno Vasco, 1986, J. GARCÍA BLASCO, *La protección social de los trabajadores de cooperativas de trabajo social: entre la crisis económica y las nuevas reglas ¿mayor protección?*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 37, p. 3 ss., o F. CAVAS MARTÍNEZ, *Protección social de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado*, en G. FAJARDO GARCÍA (dir.), *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2016 (versión online).

trabajadores subordinados y el de los autónomos.

Como se advierte en el preámbulo del Decreto 2566/1971, se trataba de una solución transitoria, pues, «en evitación de la serie de inconvenientes y dificultades que tal dualidad suscita, se considera de todo punto necesario, establecer, siquiera sea con carácter provisional, un régimen uniforme». Pero, tres años después, la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas (art. 48.4), incorporó el derecho de opción en este superior nivel normativo, obviando ya todo matiz sobre transitoriedad de la solución. De hecho, cuando se produjo su desarrollo reglamentario, la tabla de vigencias contenida en el RD 2710/1978, de 16 de noviembre, daba por derogada la previsión del art. 10.2.g LGSS 1974. Lo que inicialmente había sido una forma de salir al paso de las dificultades teóricas de encuadramiento de los socios trabajadores había cristalizado rápidamente de forma definitiva.

Por lo demás, como sabemos desde mediados de los 80, la racionalización del sistema mostraba una tendencia a la simplificación de su estructura, con la consiguiente dificultad para el establecimiento de nuevos regímenes especiales. En este terreno, la nueva Ley General de Cooperativas (Ley 3/1987, de 2 de abril) incorporó una DA 4ª que regulaba el derecho de opción en términos muy similares a los actualmente vigentes. A la postre, el texto refundido de la LGSS aprobado en 1994 ya no contemplaba el non nato Régimen especial de los socios de cooperativas. Se limitaba a consagrar el derecho de opción en su DA 4ª LGSS 1994, cuya regulación era de todo punto similar a la prevenida en el vigente art. 14 LGSS 2015, si bien parece claro que su nueva ubicación en el texto refundido remacha el carácter estructural de la regla.

Este viene, por otro lado, confirmado por otros datos. El art. 14.4 LGSS «autoriza al Gobierno para regular el alcance, términos y condiciones de la opción prevista en este artículo, así como para, en su caso, adaptar las normas de los regímenes de la Seguridad Social a las peculiaridades de la actividad cooperativa». Inicialmente, existía una específica regulación reglamentaria de esta cuestión (*cf.* RD 225/1989, de 3 de marzo, sobre condiciones de incorporación al sistema de la Seguridad Social de los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado). Sin embargo, la misma quedó integrada a mediados de los 90 en los Reglamentos Generales que regulan encuadramiento y cotización. De hecho, las actualizaciones posteriores se han producido directamente sobre estas normas generales (*cf.* RD 1278/2000, de 30 de junio, por el que se adaptan determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas). La normalización legal de la situación ha ido, pues, seguida de la reglamentaria.

Creo que, a nuestros efectos, no es preciso reconstruir el conjunto de las especialidades aplicables³. Basta con indicar algunas ideas básicas que resultan esenciales para el análisis posterior. La primera se relaciona con la titularidad de la opción entre el Régimen General y el RETA. Interesa recordar, de un lado, que no es una opción individual, sino que corresponde a la entidad cooperativa (art. 14.1 LGSS), que la debe ejercitar en sus estatutos para todos los socios y únicamente puede modificarla con los límites formales y temporales establecidos (art. 8, Reglamento General de encuadramiento aprobado por RD 84/1996). Hay que destacar, de otro, que no está al alcance de todas las sociedades cooperativas. El art. 14.1 se refiere solo a los «socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado», reguladas en el art. 80 ss. de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LC), cuyas previsiones se aplican también a las cooperativas sanitarias (art. 102.2) o a las de enseñanza (art. 103.3), así como a las integrales (art. 105) y a las de iniciativa social (art. 106), siempre que se den las circunstancias necesarias para la existencia de trabajo asociado. Sin embargo, no se atribuye el derecho de opción respecto de los socios de trabajo que pueden existir en otras cooperativas (*cf.* art. 13.4 LC) ni para los socios de cooperativas de explotación de la tierra (art. 94 ss. LC): unos y otros son necesariamente tratados como trabajadores subordinados (*cf.* art. 14.2 LGSS).

Los efectos de la opción se extienden a la integridad de las relaciones instrumentales y de protección, si bien en ambos terrenos se establecen salvedades normativas y han aparecido problemas interpretativos. El art. 14.3 LGSS establece una especialidad en relación con cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial. Por lo que se refiere a las relaciones instrumentales, estas salvedades aparecen fundamentalmente cuando la opción se realiza a favor del encuadramiento como trabajadores autónomos. Cabría prever, en efecto, que, cuando resultan de aplicación las reglas del Régimen General, la cooperativa asume la condición de empresario laboral a efectos de cumplimiento de las obligaciones de encuadramiento y cotización, mientras que, de optarse por el RETA, son los socios los que han de ocuparse de ellas. Lo primero es cierto (art. 10.4, Reglamento General de encuadramiento); lo segundo, lo es en lo sustancial, aunque haya que introducir matizaciones relevantes. Aunque el cumplimiento de estas obligaciones instrumentales no le compete, la normativa reglamentaria establece responsabilidades adicionales para la

³ Existen análisis detallados de las reglas que se comentan en texto. Véanse J. GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, F. CAVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, o J. LÓPEZ GANDÍA, *Cooperativas y Seguridad Social*, Bomarzo, 2017.

cooperativa, subsidiaria en relación con los actos de encuadramiento (*cf.* art. 40.1) y solidaria respecto de la obligación de cotizar (art. 8.3, Reglamento General de encuadramiento; art. 43.1, Reglamento General de Cotización, aprobado por RD 2064/1995). En todo caso, la cuantía de la cotización se determina mediante la aplicación de las reglas generales establecidas para los dos tipos de trabajadores, lo que genera los problemas sobre los que se reflexiona en este trabajo. Y es que, con independencia de las repercusiones que pueda tener en la futura acción protectora, «las cooperativas que asocian trabajo están en condiciones de modular el coste de adscripción al Sistema de Seguridad Social»⁴, en la medida en que la opción por el RETA desplaza sobre los socios el coste de las cuotas a los que se les abre la libre elección de base.

Si nos preguntamos, en fin, por el fundamento de estas peculiaridades, cabría asociarlas con las dificultades que han existido históricamente y aún existen para determinar la naturaleza jurídica de la relación jurídica de los socios trabajadores. Ahora bien, aunque suele recurrirse a esta explicación⁵, entiendo que a estas alturas es difícil sostener que sea su única base. A mi entender, detrás de supervivencia se encuentran también las peculiares funciones que las cooperativas de trabajo asociado cumplen en el marco del sistema. Recuérdese, en este sentido, que, de acuerdo con su definición legal, su objeto es «proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros» (art. 80.1 LC). Es por ello por lo que suele tenderse a subrayar el papel que asumen en relación con el empleo. Con independencia de que las realizaciones concretas puedan ser limitadas⁶, la cooperativa de trabajo asociado aparece como una suerte de «instrumento de potenciación del autoempleo»⁷, cuya peculiaridad se halla «en la armonización e interconexión entre actividad económica y contexto social en la que se incluye para dar respuesta a la necesidad de generar y conservar el empleo, como mínimo, de sus socios»⁸. ¿Por qué no pensar, entonces, que la

⁴ F. CAVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 530.

⁵ Por ejemplo, J. GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, p. 3.

⁶ En esta línea, con cita de textos internacionales, C. MOLINA NAVARRETE, *Las cooperativas como forma alternativa de creación de puestos de trabajo: el empleo cooperativo entre mitos y realidades*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 37.

⁷ R. ALFONSO SÁNCHEZ, *Formas jurídicas de trabajo asociado en la economía social*, en G. FAJARDO GARCÍA (dir.), *op. cit.*, p. 66.

⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, *La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 37, p. 16, con referencias doctrinales adicionales. En la misma línea, A. BENGOETXEA ALKORTA, *La contribución de las cooperativas de trabajo asociado*

capacidad de modular el coste de Seguridad Social es un instrumento que les facilita su acceso y mantenimiento en el mercado, con los consiguientes efectos sobre el empleo? No puede descartarse, en definitiva, que la flexibilidad que concede la opción, en relación sobre todo con las obligaciones contributivas, sea una forma de facilitar estas experiencias colectivas de generación de nuevos empleos o de mantenimiento de los anteriores. La idea, por lo demás, queda contrastada desde la perspectiva sistemática: después de todo, como hemos visto, no se prevé esta opción para los socios de trabajo de las cooperativas “ordinarias” (art. 14.2 LGSS).

3. Cuestionamiento administrativo de la opción. La respuesta judicial

Como se advirtió al iniciar estas reflexiones, en los últimos años hemos asistido a un proceso de cuestionamiento de las opciones efectuadas por determinadas cooperativas al amparo del art. 14 LGSS. La solución «flexible y abierta» que ofrece este precepto se convertiría en un «incentivo de algunos fenómenos de huida del derecho del trabajo»⁹ que podría ser utilizado de forma fraudulenta. En estos casos, se han producido una serie de actuaciones administrativas dirigidas a reencuadrar a los socios en el régimen correcto a juicio de las autoridades administrativas que las han protagonizado. A continuación, se describen brevemente, dándose cuenta además de la acogida que han encontrado antes los órganos jurisdiccionales encargados de velar por su legalidad.

3.1. Reencuadramiento administrativo y cooperativas de facturación

Por lo que se refiere a las llamadas cooperativas de facturación, su funcionamiento se basó en la puesta en común entre los socios de los servicios instrumentales a su actividad. Diseñadas para personas con actividades esporádicas, les permitían incorporarse a la cooperativa y canalizar a través de ella tanto la facturación, y sus actividades instrumentales – repercusión de IVA – como las obligaciones de Seguridad Social. En este último terreno, que es el que aquí nos interesa, la cooperativa, al estar acogida al modelo del trabajo asociado, podía optar por

a la creación y mantenimiento de empleo, en G. FAJARDO GARCÍA (dir.), *op. cit.*, p. 102 ss.

⁹ J. LÓPEZ GANDÍA, *op. cit.*, p. 12.

el Régimen General abriendo con ello la posibilidad de que la cotización se produjera a tiempo parcial y de escapar, por tanto, de la base mínima del RETA¹⁰.

Desde este punto de vista, la aparición de este fenómeno se relaciona con la rigidez que presenta este régimen especial en relación con la determinación de las cuotas. En efecto, a pesar de que desde 2011 (*cf.* art. 1.1 *in fine*, Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en la redacción introducida por Ley 27/2021) se ha reconocido la dedicación a tiempo parcial de los trabajadores autónomos, no ha llegado a entrar en vigor la necesaria reforma de las normas sobre cotización en el RETA¹¹. Por otro lado, la flexibilización de las normas de encuadramiento y cotización que introdujo la Ley 6/2017 es limitada y no alcanza a dar una respuesta satisfactoria a los autónomos con prestaciones esporádicas, que quedan sujetos tendencialmente a una cotización por mensualidades completas que puede resultar gravosa. En este contexto, el recurso a la opción en materia de encuadramiento permitiría a las cooperativas de facturación acceder a las reglas del Régimen General, en el que sí caben cotizaciones a tiempo parcial.

De hecho, esta artimaña no es completamente novedosa. Se planteó a finales del siglo pasado con las cooperativas de venta ambulante. En este caso, las actuaciones administrativas que modificaban el encuadramiento en el Régimen General fueron corregidas por los tribunales de lo contencioso¹². Sin embargo, ya en el siglo XXI se introdujo una rectificación por vía normativa, excluyendo que quepa la opción, cuando los socios perciben ingresos directamente de los compradores. De este modo, en estos casos los cooperativistas son incluidos forzosamente en el Régimen de Autónomos, bien que con reducción de su obligación contributiva en los

¹⁰ Para una descripción más detallada, véanse, entre otros, J.A. ALTÉS TÁRREGA, *Nuevas manifestaciones de cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 45 ss., F.R. LACOMBA PÉREZ, [El dudoso fenómeno de las cooperativas "online" de trabajo asociado o cooperativas de facturación](#), en *Lex Social*, 2017, n. 2, o J. LÓPEZ GANDÍA, *op. cit.*, p. 33 ss.

¹¹ La Ley 27/2021 modificó en este sentido el art. 25 del Estatuto del Trabajo autónomo, añadiéndole un apartado 4 que preveía la introducción de un «sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos». Inicialmente previsto para el 1º de enero de 2017, las modificaciones posteriores del precepto restringieron su alcance (DF 17ª.2 Ley 3/2017) y han ido reenviando hacia el futuro su puesta en marcha en las leyes de presupuestos anuales posteriores (*cf.* DA 126ª, Ley 6/2018; DA 2ª, RD-Ley 28/2018; DA 126ª, Ley 11/2020; DA 105ª, Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022).

¹² STSJ Andalucía (Granada) n. 1455/2002, de 21 de octubre; STSJ Castilla y León (Valladolid) n. 1054/2005 y n. 1061/2005, de 31 de mayo, y n. 1950/2006, de 3 de noviembre.

términos en los que está establecida para los trabajadores autónomos dedicados a esta misma actividad individualmente¹³.

La reacción administrativa frente a las cooperativas de facturación ha sido similar a la que se planteó en relación con las de venta ambulante, si bien la acogida que se le ha dispensado en el control jurisdiccional ha sido algo más favorable. Desde una perspectiva general, la administración social ha procedido a descalificar a Factoo, la que alcanzó más éxito, aplicando las reglas del art. 116 LC¹⁴. Desde un punto de vista más concreto, se ha procedido al reencuadramiento en vía administrativa de los socios de estas cooperativas. Ignoro si la falta de respuesta judicial a la decisión administrativa de descalificación se debe a que no fue objeto de impugnación o que el asunto está todavía pendiente de resolución. Lo que sí me consta es que existen varios pronunciamientos dictados por Tribunales Superiores de Justicia en los que se confirman las decisiones adoptadas por la TGSS que anulan el alta de sus socios en el Régimen General y proceden a desarrollar en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos¹⁵; y, si bien es cierto que, en algún caso, la decisión administrativa es corregida, ello se produce en atención a la falta de concurrencia de alguno de los requisitos que han de concurrir en los trabajadores autónomos para que les sea exigible darse de alta en el RETA (retribuciones inferiores al salario mínimo interprofesional)¹⁶.

La fundamentación de los pronunciamientos del orden contencioso hace hincapié en diferentes aspectos. No voy a extenderme en las cuestiones procedimentales: no tiene interés discutir la necesidad de audiencia del afectado en relación con los actos de encuadramiento practicados de oficio ni tampoco el valor probatorio de los informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Centrándonos en los de carácter sustantivo, las sentencias insisten en que estamos en presencia de «una empresa instrumental, cuya actividad ilícita – desde la vertiente de la relación jurídica de seguridad social – se concreta en la simulación de situaciones de trabajo dependiente (bajo la forma de socios trabajadores) con la finalidad de tramitar periodos de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de

¹³ Véase ya el art. 120.4.8 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, disposición reiterada en otras posteriores hasta llegar al art. 106.6.8 de la Ley 22/2021.

¹⁴ *Vid.* la nota de prensa hecha pública por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 17 de agosto de 2017, [Empleo resuelve descalificar a la cooperativa Fidelis Factu](#).

¹⁵ Véanse, al respecto STSJ Asturias n. 144/2019, de 25 de febrero; STSJ Cataluña n. 1620/2021, de 13 de abril; STSJ Comunidad Valenciana n. 511/2021, de 15 de junio, y n. 589/2021, de 13 de julio; STSJ Madrid n. 361/2019, de 30 de mayo, y n. 488/2020, de 14 de octubre.

¹⁶ Por ejemplo, STSJ Madrid n. 463/2019, de 11 de julio.

trabajadores que, en realidad, son trabajadores por cuenta propia, posibilitando así el incumplimiento por parte de estos “socios trabajadores” de las obligaciones de alta y cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos». Esta apreciación se basa en la inexistencia de un objeto social adecuado para su consideración como cooperativa de trabajo asociado: «Factoo no proporciona a los profesionales “puestos de trabajo” porque no los tiene ya que no produce ningún bien ni presta ningún servicio a terceros, aunque los facture en sustitución de quien si los presta, tampoco “organiza en común la producción de bienes o servicios para terceros”, sino que cada profesional organiza individualmente la prestación de servicios a su cliente, Factoo no cuenta con equipos técnicos, ni maquinaria, ni instalaciones, ni centro de trabajo, ni con infraestructura alguna para la ejecución de los trabajos por los que factura, no proporciona puestos de trabajo a sus socios (razón última de las cooperativas de trabajo asociado, siendo su actividad contraria a la regulación legal y a la función social prevista para tales cooperativas en el art 80 de la Ley 27/99)». Adicionalmente, se destaca la inexistencia de actividad propiamente cooperativa, conforme al principio democrático esencial en este tipo de instituciones (art. 1.1 LC) puesto que «la Cooperativa no ha convocado las correspondientes asambleas para regirse por un Consejo Rector – pese a tener más de diez socios – [y] los supuestos socios trabajadores no concurren al nombramiento de lo órganos societarios». A la postre, los socios «no participan en la actividad de la cooperativa [y] no existe actividad cooperativizada alguna», por lo que «nos encontramos ante un fenómeno simulatorio, la simulación de las relaciones societarias que determinan la inclusión en el Régimen general de los ficticios “socios trabajadores” y la indebida tramitación del alta en el RGSS de unos profesionales para facilitar el incumplimiento por parte de éstos de sus obligaciones fiscales y de seguridad social»¹⁷.

3.2. Reencuadramiento administrativo en la subcontratación de servicios con cooperativas de trabajo asociado

Dado que el objeto social de las cooperativas de trabajo asociado es, de acuerdo con el art. 80.1 LC, «proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros», es perfectamente previsible que su actividad se canalice mediante contratos con otros empresarios. Es claro, por otro lado, que «la

¹⁷ STSJ Comunidad Valenciana n. 589/2021, cit.

relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria»: lo afirma el mismo precepto. Pero, cuando la cooperativa presta servicios para otros empresarios, el hecho de que sus socios hayan de participar con «su esfuerzo personal y directo» abre problemas de deslinde con las categorías jurídico-laborales.

En buena medida, estos problemas se relacionan con la mayor flexibilidad a disposición de las cooperativas de trabajo asociado, tanto desde la perspectiva de las condiciones de empleo – puesto que la aplicación de la legislación laboral queda condicionada en muchos aspectos a las decisiones de la propia entidad (*cf.* art. 83 LC) – como desde la de los costes de Seguridad Social, al posibilitar el art. 14 LGSS la opción por el RETA con posibilidad de cotizar por bases menores y, en todo caso, a cuenta de los prestadores de servicios. Formalmente, entre la cooperativa y la empresa cliente se establece un contrato mercantil que en términos laborales se movería en el terreno de la subcontratación de obras o servicios. Pero al no estar cubiertos los socios por las normas laborales y de protección social aplicables a los trabajadores de la empresa principal, aun cuando desarrollen prestaciones similares, se abren procesos de cuestionamiento de la situación. En los últimos tiempos, estos se han producido intensamente en el sector de la industria cárnica. Aunque no sea el único en el que han existido estos fenómenos, tiene el mérito de ser el que ha tenido más impacto en los medios de comunicación generales y ha generado más actividad administrativa y judicial, seguramente porque en él las cooperativas de trabajo asociado han tenido creciente importancia como destino de las estrategias descentralizadoras de las empresas productoras.

El cuestionamiento de las cooperativas de trabajo asociado que participan en estas estrategias se ha producido desde perspectivas diferentes, si bien basadas en un fundamento común: la posible integración de los socios en el ámbito de dirección y organización de la empresa principal para la que presta sus servicios la cooperativa. Sobre la base de esta idea, se ha objetado la existencia de una verdadera contrata de obras o servicios y se han intentado llevar los fenómenos de descentralización en los que participan al terreno, primero, de la cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET) y, después, a la propia existencia directa de un contrato de trabajo entre la empresa principal, receptora de los servicios, y los socios trabajadores.

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la primera aproximación en su conocida sentencia 17 diciembre 2001, rec. 244/2001, referida precisamente a la subcontratación con cooperativas de trabajo asociado en el sector cárnico. Si bien el pronunciamiento no cierra radicalmente la posibilidad de aplicar el art. 43 ET, sí que lo valora en términos extraordinariamente restrictivos, habida cuenta de la propia

naturaleza de la cooperativa. Al fijarse su objeto, como hemos visto, en «proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros» (art. 80.1 LC), es difícil, si no imposible, que pueda considerarse que la cooperativa cede a sus socios trabajadores por el solo hecho de que presten servicios directamente en el ámbito de la empresa personal ya que «la prestación de servicios a terceros es la razón de ser de estas entidades y que tal actividad está reconocida y amparada por la Ley que incluso la promociona». La existencia de la cooperativa, por otro lado, dificulta apreciar la concurrencia del prestamismo ilícito que presupone el art. 43 ET: «son los socios que la integran los que trabajan y son ellos los que recibirán los resultados prósperos o adversos de la entidad», de modo que «no existirá así el ilícito enriquecimiento a favor del prestamista que se produce en los casos de cesión ilegal de trabajadores». El prestamismo solo podría aparecer «si hubiera una explotación de mano de obra mediante la apropiación de parte de los beneficios por un tercero que nada aporte a la realización del servicio» pero ello «no puede presumirse en una cooperativa de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios». A la postre, aunque todo lo anterior «no excluye la posibilidad de que pueda existir una situación de ilegalidad, si la norma se utiliza con ánimo de defraudar, [...] el enjuiciamiento de estas situaciones exigirá una acreditación rigurosa de la existencia de tal actuación en fraude de Ley». Esta doctrina ha supuesto que la doctrina de suplicación posterior se haya inclinado de forma mayoritaria por excluir la aplicación del art. 43 ET en los fenómenos de descentralización protagonizados por cooperativas de trabajo asociado. Y ello tanto si se ha formulado, como en el supuesto resuelto por el TS, una acción directa de los socios trabajadores a la búsqueda de tutela sustantiva laboral¹⁸, como en los casos en los que se ha

¹⁸ Si bien existen pronunciamientos en los que se ha apreciado fraude y, como consecuencia de ello, se ha declarado la existencia de cesión ilegal (por ejemplo, *cf.* STSJ Cataluña n. 1511/2002, de 21 de febrero; STSJ Andalucía (Málaga) n. 836/2003, de 30 de abril, y n. 656/2004, de 26 marzo; STSJ Comunidad Valenciana n. 1017/2004, de 2 de abril; STSJ País Vasco n. 1999/2019, de 12 de noviembre), normalmente la doctrina judicial posterior a 2001 se ha mostrado contraria a ello (*cf.* STSJ Andalucía (Málaga) n. 513/2004, de 5 de marzo, y n. 399/2005, de 10 de febrero; STSJ Islas Baleares n. 195/2007, de 27 de abril; STSJ Cataluña n. 4225/2013, de 14 de junio; STSJ Galicia n. 1356/2014, de 28 de febrero; STSJ Andalucía (Sevilla) n. 3454/2018, de 29 de noviembre; STSJ Murcia n. 654/2020, de 26 de mayo, y n. 778/2020, de 3 de junio). Esta misma situación se encuentra en los conflictos suscitados en el sector cárnico: hay pronunciamientos favorables a la aplicación del art. 43 ET (*cf.* STSJ Galicia 5 noviembre 2019, rec. 3149/2019, n. 4674/2019, de 25 de noviembre, y n. 1513/2020, de 30 de abril; STSJ Madrid n. 530/2020, de 3 de junio),

planteado la cuestión desde la perspectiva de la Seguridad Social. En este último terreno, cabe traer a colación los procedimientos de oficio suscitados al amparo de los arts. 146.c y 149 de la entonces vigente LPL y 149 LRJS, en relación con las actuaciones recaudatorias de Inspección de Trabajo y/o TGSS¹⁹.

Por lo que se refiere a la segunda aproximación, ya la citada STS 17 diciembre 2001 había dejado abierta una puerta a la posibilidad de estimar fraude. La «acreditación rigurosa» a la que aludía se conectaba, en este sentido, con los casos en los que «la relación entre la arrendataria y los trabajadores de la cooperativa puedan subsumirse en las previsiones del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores». De este modo, si en función de las circunstancias de hecho cabe entender que los formalmente socios de la cooperativa tenían, en relación con la empresa principal, una relación análoga a la que tienen con ella sus trabajadores deja de ser posible evitar la aplicación de las normas laborales. No se trata de una interpretación nueva. La idea de que la dependencia de los socios respecto de la empresa que contrata los servicios de la cooperativa puede implicar la declaración de la existencia de una relación laboral directa entre aquellos ha estado presente tradicionalmente en la doctrina de suplicación; y ha venido siendo aplicada incluso en casos en los que se ha rechazado la existencia de cesión en aplicación de la doctrina del TS a la que se ha hecho referencia más arriba²⁰. En fecha relativamente reciente, en todo caso, ha tenido un respaldo definitivo al incorporarse a la doctrina del TS. En la STS 549/2018, de 18 mayo, en la que se discute el cese de un socio trabajador de una cooperativa de trabajo dedicada a la actividad de transporte. En el supuesto resuelto, el socio era conductor de vehículos, siendo la cooperativa titular de las autorizaciones administrativas de transporte, aunque los vehículos pertenecían a un grupo empresarial al que se los arrendaba; este último

pero existen más en sentido contrario (*cf.* STSJ Andalucía (Sevilla) n. 4884/2002, de 19 de diciembre, y n. 5154/2019, de 19 de diciembre; STSJ Cataluña n. 7587/2014, de 14 de noviembre, n. 2757/2019, de 30 de mayo, n. 5384/2019, de 11 de noviembre, n. 6277/2019, de 20 de diciembre, y n. 3666/2020, de 28 de julio; STSJ Navarra n. 229/2015, de 25 de mayo; STSJ Castilla y León (Valladolid) n. 2105/2015, de 10 de diciembre, y 21 junio 2018, rec. 390/2018; STSJ Galicia n. 519/2018, de 26 de enero; STSJ Aragón n. 326/2021, de 24 de mayo).

¹⁹ STSJ Castilla-La Mancha n. 77/2007 y n. 81/2007, de 18 de enero, n. 125/2007, de 26 de enero, n. 247/2007, de 14 de febrero, n. 1653/2007, de 7 de noviembre, y n. 159/2008, de 31 de enero. Más recientemente, STSJ País Vasco n. 572/2020, de 29 de abril; STSJ Galicia 29 marzo 2021, rec. 2758/2020; STSJ Aragón n. 580/2021, de 27 de septiembre. Aquellos y estos son pronunciamientos del sector cárnico.

²⁰ *Cfr.*, por ejemplo, STSJ Andalucía (Málaga) n. 691/2002, de 19 de abril, y n. 1513/2002, de 6 de septiembre.

subcontrataba con la cooperativa la realización de transportes para sus clientes. En este contexto, el TS llega a la conclusión de que la cooperativa se había constituido en fraude de ley y desarrollaba una actividad ilícita: aunque deben respetarse las “peculiaridades” de esta forma societaria, estas «no permiten llegar al punto de que pueda valer la mera y simple constitución puramente formal de una cooperativa de esta naturaleza para dar visos de legalidad a cualquier fórmula de relación con terceras empresas, si se demuestra que la cooperativa carece de cualquier infraestructura organizativa propia o actividad económica real y está siendo utilizada como un simple mecanismo para poner mano de obra a disposición de esas otras empresas». A partir de esta consideración, el pronunciamiento concluye que quien aparecía formalmente como un socio trabajador era, en realidad, un trabajador de la empresa para la que prestaba normalmente sus servicios y declara su despido improcedente.

Más allá de este caso concreto, la idea de que algunas cooperativas de trabajo asociado, fundamentalmente las del sector cárnico, pueden estar siendo utilizadas para encubrir verdaderas relaciones laborales, con la finalidad primordialmente de utilizar de forma fraudulenta la opción de encuadramiento del art. 14 LGSS ha llevado a una intensificación de las actuaciones administrativas. De un lado, en línea con lo acontecido en punto de cooperativas de facturación, se han abierto actuaciones administrativas tendentes a la descalificación de alguna de estas cooperativas. La RDG Trabajo autónomo, de la Economía social y de la responsabilidad social de las empresas de 30 de abril de 2019 procedió, en este sentido, a la de Servicarne, la más importante de las que operan en este sector. De otro lado, en paralelo, se han abierto procedimientos recaudatorios en materia de seguridad social basados en las diferencias de cotización entre las mínimas al RETA que son habituales en estos casos y las que corresponden conforme a las reglas generales. En estos procedimientos, y en otros relacionados con acciones de carácter laboral, ha triunfado a veces el criterio administrativo²¹, aunque, por lo que he podido comprobar, existen también bastante pronunciamientos de los tribunales de suplicación contrarios a los intereses de la TGSS²².

²¹ Para pretensiones laborales, véanse STSJ Aragón n. 697/2021, de 8 de noviembre, o STSJ Cataluña n. 4319/2020, de 13 de octubre, relacionadas con cooperativas en otras actividades (transporte o docencia). En relación con el sector cárnico, vinculadas a pretensiones de carácter recaudatorio, véanse STSJ Castilla y León (Burgos) n. 427/2021, de 15 de septiembre, y STSJ Castilla y León (Valladolid) n. 1836/2020, de 9 de diciembre. Cabe también situar en esta óptica la STSJ Madrid n. 256/2021, de 18 de marzo, aunque se refiere a una cooperativa de músicos.

²² En este sentido, en el terreno específico de las cooperativas de matarifes, cabe traer a

4. Una valoración crítica

Para realizar una valoración crítica de lo que llevamos visto, procede destacar, ante todo, la inseguridad jurídica que se detecta. En un extenso estudio reciente sobre la doctrina judicial²³, se ha afirmado que, «en el caso de las contrataciones con cooperativas, tratándose de un supuesto que, en el fondo, siempre es el mismo – carácter fraudulento de la contratación y relación laboral entre sus socias y socios trabajadores y la empresa comitente –, las soluciones judiciales no son acordes, lo que provoca inseguridad jurídica». Con independencia de que se aborden aspectos laborales o relacionados con el encuadramiento y cotización en la seguridad social, el margen de apreciación de la legitimidad o ilegitimidad de la actuación de las cooperativas en cuestión resulta lo suficientemente amplio para situarnos «ante valoraciones controvertidas»²⁴. Esto vale, por supuesto, para las cooperativas que prestan servicios a terceros; pero, si se piensa bien, la inseguridad está también presente en las de facturación habida cuenta el diferente tratamiento judicial que, como hemos visto, tuvo su antecedente inmediato, las constituidas alrededor de la venta ambulante.

Por lo que se refiere a las primeras, ello se debe, en gran parte, a las características de la aproximación judicial al tipo de problemas jurídico-laborales que se suscitan a propósito de su actuación. En efecto, tanto el deslinde entre la lícita subcontratación y la cesión ilegal como la determinación de la existencia de una relación laboral descansan en el método de indicios que impone, como es sabido, una aproximación casuística. En este contexto, es amplio el margen para que aparezcan soluciones diferentes a supuestos de indudable analogía, incluso dentro del mismo órgano judicial²⁵. Pero, seguramente, existe algún otro factor que

colación STSJ Castilla y León (Valladolid) n. 2105/2015, cit., STSJ Cataluña n. 5384/2019, cit., y n. 6277/2019, cit., o STSJ Aragón n. 326/2021, cit., en relación con asuntos jurídico-laborales. Respecto a las pretensiones recaudatorias, véanse STSJ País Vasco 572/2020, cit., STSJ Cataluña n. 3666/2020, cit., STSJ Andalucía (Málaga) n. 1610/2021, de 20 de octubre, o STSJ Aragón n. 580/2021, cit.

²³ E.J. MONREAL BRINGSVAERD, *Cooperativas de trabajo asociado y cesiones ilegales del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en los sectores cárnico y del transporte terrestre de mercancías. Estudio jurisprudencial*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2022, n. 466, p. 57.

²⁴ D. SORIANO CORTÉS, *Cooperativas y subcontratación en las legislaciones autonómicas: necesaria regulación de garantías laborales para mejorar el bienestar de las personas socias trabajadoras*, en *Lan Harremanak*, 2021, n. 46, p. 64.

²⁵ Véase el “epílogo” del trabajo de E.J. MONREAL BRINGSVAERD, *op. cit.*, pp. 89 y 90. Si se repasan las sentencias que se han reseñado en las notas anteriores, se advertirá que el de

explica la incertidumbre. Cabe pensar, en efecto, que en relación con las cooperativas de trabajo asociado este tipo de problemas tiene perfiles específicos por cuanto que los operadores jurídicos tienen que encontrar un bien difícil equilibrio. Así se advierte en la citada STS 549/2018, que invita a no olvidar «las peculiaridades del singular régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado, que sin duda les permite formas de organización del trabajo que no serían admisibles en otro tipo de empresas» y, a la vez, a excluir que las mismas les permitan convertirse en un «simple mecanismo para poner mano de obra a disposición de esas otras empresas». A la postre, es difícil atender de forma uniforme estos requerimientos. Y parece una situación llamada a su perpetuación habida cuenta las serias dificultades que presenta su unificación interpretativa. En este sentido, la intensa actividad desarrollada en los últimos tiempos por los TSJ que se ha descrito en el apartado anterior no ha ido acompañada de una intervención racionalizadora por el TS: a pesar de la existencia de soluciones diferentes para supuestos similares, los estrechos márgenes del recurso dificultan que el contencioso acceda a la casación para la unificación de doctrina²⁶.

En realidad, es probable que no dispongamos de asideros firmes para aplicar el método de indicios propio del deslinde de la relación laboral y de las cesiones ilegales. La reiteradamente aludida STS 549/2018 utiliza un par de criterios tradicionales para resolver este tipo de cuestiones: la existencia de «infraestructura organizativa propia o actividad económica real». Sin embargo, los indicios en que se concretan pueden ser difíciles, o imposibles, de hallar en las cooperativas de trabajo asociado que subcontratan obras o servicios con otras empresas. Incluso en los casos en los que la actividad desarrollada por la cooperativa requiere naturalmente la existencia de una cierta “infraestructura”, no puede dejar de tenerse en cuenta que su objeto es siempre «proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, [...] a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros». De hecho, este es uno de los flancos débiles de la argumentación del Tribunal Supremo en el indicado pronunciamiento en relación con las cooperativas que operan en el sector del transporte: la exigencia de la indicada infraestructura puede ser razonable en otro tipo de cooperativas, las de servicios, pero no parece

Galicia no es el único TSJ en el que se detectan episodios de este tipo.

²⁶ Son varios, en efecto, los autos en los que se inadmite por falta de contradicción: ATS 11 febrero 2020, rec. 159/2019; ATS 29 septiembre 2020, rec. 3237/2019; ATS 21 abril 2021, rec. 2320/2020; ATS 5 octubre 2021, rec. 3103/2020; ATS 24 noviembre 2021, rec. 3877/2020; ATS 30 noviembre 2021, rec. 1544/2021; ATS 25 enero 2022, rec. 656/2021; ATS 27 abril 2022, rec. 2628/2021; ATS 10 mayo 2022, rec. 548/2021.

necesario en las de trabajo asociado²⁷.

El problema de deslinde entre relación societaria en el marco de la cooperativa de trabajo asociado y contrato de trabajo no puede afrontarse desde esta perspectiva. Desde antiguo sabemos que, en cierta medida, las notas propias del contrato de trabajo ajenidad y dependencia, se encuentran presentes en la relación del socio trabajador (o de trabajo) y la sociedad cooperativa. La presencia de la dependencia es plena por cuanto que la cooperativa es protagonista, según el art. 80.1 LC, de la «organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros»; la de la ajenidad, algo más complicada por cuanto que, formalmente, el socio es titular de la organización a todos los efectos, si bien sus indicios típicos serán más evidentes a medida que aumente la complejidad de la entidad puesto que la capacidad real de ejercitar la titularidad es inversamente proporcional a ella. Por ello, históricamente, la calificación de la relación entre socios y cooperativa ha ido variando, habiéndose identificado sucesivas etapas en su reconstrucción interpretativa: si inicialmente se consideró excluida del ámbito laboral, en los años 70 se produjo una evolución hacia su laboralización y, finalmente, en la década siguiente, se retornó a su consideración como relación excluida. De esta última fase da cuenta la taxativa afirmación del segundo párrafo del art. 80.1 LC conforme al cual «la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria»²⁸.

Si esto es así, la naturaleza del acto constitutivo de la relación deviene decisiva para determinar la calificación que le corresponde. En términos simples, la aplicación de las normas laborales o cooperativas depende fundamentalmente de la voluntad de las partes. Desde esta perspectiva, la posibilidad de destruir la posible apariencia creada al amparo de la legislación cooperativa pasaría por la valoración de la concurrencia de sus requisitos, sustantivos o formales²⁹. De hecho, es posible encontrar algún pronunciamiento en el que se llega a la declaración de laboralidad sobre la base del incumplimiento de las reglas formales requeridas para constituir válidamente la relación societaria³⁰. Y, por supuesto, uno de los

²⁷ E.J. MONREAL BRINGSVAERD, *op. cit.*, pp. 84 y 85.

²⁸ Para la reconstrucción de estas cuestiones, véanse A.I. PÉREZ CAMPOS, [Socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado, asalariado y/o autónomo?: evolución, tendencias y nuevas propuestas](#), en [CIRIEC-España – Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa](#), 2021, n. 38, p. 74 ss., o J. LÓPEZ GANDÍA, *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 35 ss.

²⁹ Para una reconstrucción en esta clave de algunos pronunciamientos de suplicación, *vid.* E.J. MONREAL BRINGSVAERD, *op. cit.*, p. 85 ss.

³⁰ Véase, en este sentido, STSJ Cataluña 7389/2017, de 30 de noviembre, que, en el caso

presupuestos esenciales para que la declaración de voluntad sea reputada válida es que estemos en presencia de una verdadera cooperativa puesto que mal puede constituirse relación societaria en caso contrario. Por eso una de las razones en las que se apoya la jurisprudencia y la doctrina judicial que declara laboralidad o cesión ilegal en los supuestos que nos ocupan es la existencia de una mera apariencia construida para defraudar las normas laborales y de protección social. Ello se advierte, de nuevo, con claridad en la STS 549/2018. Por un lado, en uno de sus pasajes se nos advierte que «la creación, constitución y funcionamiento de las cooperativas, en cualquiera de sus modalidades – y particularmente las de trabajo asociado –, no puede quedar sustraída a la aplicación del reiterado criterio que viene avalando esta Sala al analizar situaciones en las que está en discusión el uso fraudulento de la forma societaria bajo cualquiera de las distintas fórmulas en las que se presenta en el derecho del trabajo»; y en otro, un poco más adelante, que se hace necesaria «la valoración de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso concreto» pues han de ser estas «las que lleven a concluir si la actividad de la cooperativa es real y ajustada a las finalidades que dan cobertura jurídica a su constitución, o es por el contrario inexistente y meramente formal, en evidencia de que se trata de una ficticia formulación con la que se persigue eludir normas indisponibles de derecho laboral».

Estas afirmaciones, sin embargo, nos llevan a un último punto crítico: la legitimidad de la intervención de la administración laboral y acaso de la propia jurisdicción social para valorar este tipo de cuestiones en la medida en que requieren verificar la adecuación de la entidad cooperativa a la legislación mercantil que las regula. La determinación de si la cooperativa es una «ficticia formulación con la que se persigue eludir normas indisponibles de derecho laboral» obliga a valorar la real presencia de las finalidades de este tipo de entidades, así como que su funcionamiento efectivo se adecúa a ellas. Como se observa en la citada STS 549/2018, se aplica a las sociedades cooperativas la doctrina del “levantamiento del velo” elaborada en relación con los grupos de empresas posibilitando el análisis de los aspectos internos del funcionamiento de la cooperativa. Como se advierte en las resoluciones judiciales recaídas, para alcanzar la conclusión de que existe una relación laboral se hace preciso valorar aspectos como «la ausencia de propiedad conjunta de la sociedad por la falta de participación económica de los socios en la cooperativa, de la adquisición de la condición de socios; del cumplimiento de los requisitos establecidos para su admisión,

de una cooperativa del sector cárnico, reconduce la relación al ámbito laboral con base en el incumplimiento de la legislación cooperativa autonómica: no habiéndose producido la respuesta escrita a la solicitud de admisión en un determinado plazo que imponía aquella, la efectiva prestación de servicios solo podía ampararse en el marco del Estatuto.

el desconocimiento de los derechos y obligaciones de los socios, ausencia del principio de gestión democrática por la ausencia de funcionamiento de la asamblea general, y de los derechos de información y participación de los socios»³¹.

Sin embargo, la legislación cooperativa establece específicos sistemas para el desarrollo de este tipo de análisis. De acuerdo con el art. 7 LC, las sociedades cooperativas solo adquieren personalidad jurídica una vez acceden al registro de sociedades cooperativas cuya regulación se encuentra en el art. 109 ss. LC. Este acceso implica una previa calificación de que la entidad que se presenta cumple los requisitos legalmente establecidos. Desde este punto de vista, los principios de su funcionamiento consagrados en el art. 111 LC son paralelos a los establecidos para el registro mercantil (*cf.* art. 6 ss., Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por RD 1784/1996); y si bien es cierto que el inciso final del art. 111 LC parte de que la inscripción en el registro de cooperativa «no tiene eficacia convalidante del hecho inscribible», no lo es menos que esta regla está también presente en otros registros que persiguen igualmente la seguridad del tráfico (*cf.* arts. 33, Ley Hipotecaria, y 7.2, Reglamento del Registro Mercantil). Por ello, la existencia de un proceso de calificación administrativo previo al inicio de las actividades de las entidades cooperativas implica una suerte de presunción de su adecuación a derecho. De hecho, aunque la inscripción no tenga efecto convalidante, «se presume exacta y válida» conforme al propio art. 111 LC, lo que parece suponer, como ocurre con el Registro Mercantil, que produce sus efectos «mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad». Esta impresión viene confirmada por la existencia de un específico procedimiento de descalificación de las cooperativas, regulado en el art. 116 LC. Esta decisión, que puede fundamentarse en la concurrencia de ciertas causas de disolución o en la comisión de infracciones muy graves de normas imperativas o prohibitivas establecidas en la legislación cooperativa, se adopta por la autoridad administrativa competente dentro de un proceso de esta naturaleza. Pero debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 116.2.c LC, «la resolución administrativa de descalificación será revisable en vía judicial y, si se recurriera, no será ejecutiva mientras no recaiga sentencia firme».

En este contexto, no es fácil admitir que quede al alcance de la administración laboral levantar el velo de las apariencias; e incluso cabe discutir que los tribunales del orden social puedan hacerlo. Después de todo, en materia de cooperativas, su única competencia se extiende a los

³¹ SJCA Logroño n. 30/2021, de 16 de febrero.

conflictos «entre las sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado, y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios» (art. 2.º LRJS). La legislación cooperativa suministra seguramente una protección frente a la actuación administrativa hasta el momento en que la descalificación adquiera firmeza. En caso contrario, generaríamos un círculo vicioso: la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional (auto n. 243/2019, de 12 de septiembre, dictado en la impugnación contenciosa de la resolución administrativa de descalificación de Servicarne) ha excluido que sea posible obtener una medida cautelar de suspensión de efectos precisamente porque no es ejecutiva hasta entonces; sin embargo, las autoridades laboral o de Seguridad Social podrían desconocer la falta de ejecutividad de la resolución de descalificación dictando actos en los que se parta de que la cooperativa no es real.

Los tribunales no se han mostrado hasta el momento tan contundentes si bien parecen ser conscientes del problema. Es verdad que, en relación con las cooperativas de facturación, las sentencias contenciosas no parecen prestar mucha atención al tema (quizá porque tenga importancia relativa puesto que, como indiqué, no sé si la descalificación de Factoo fue o no recurrida). Si los afectados por los acuerdos de reencuadramiento han aducido la falta de firmeza de la resolución de descalificación, argumentan, en algún caso, la falta de acreditación de la impugnación³²; y, en otros, que el conjunto de la argumentación de la sentencia es suficiente para dar respuesta a la alegación³³. Pero no lo es menos que en el caso de Servicarne,

³² En este sentido, en STSJ Asturias n. 144/2019, cit., se lee: «La resolución por la Directora General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, descalificando a Fidelis Factu, S.Coop., negándole la condición de Cooperativa de Trabajo Asociado, es un acto administrativo, dictado previos los informes y pruebas oportunas y se beneficia de la presunción de validez y ejecutividad, sin que se haya acreditado en autos su impugnación con suspensión de la misma. Es harto elocuente que si se excluye la condición de Cooperativa a la entidad para la que presta servicios la recurrente, se desploma en buena medida su tesis de dependencia y de la naturaleza laboral de sus servicios».

³³ En una línea argumentativa que puede verse ya en STSJ Madrid n. 361/2019, cit., la más reciente STSJ Comunidad Valenciana n. 589/2021, cit., ha indicado: «El motivo de impugnación séptimo y último relativo a que no existe resolución o sentencia firme que declaren la ilicitud de la Cooperativa Fidelis Factu, de manera que su descalificación, que podría ser por errores materiales, no comporta que el modelo de negocio sea ilícito y que forma parte de Fidelis Factu Sociedad Cooperativa y como asociado a dicha Cooperativa de Trabajo Asociado se encuentra encuadrado dentro del Régimen General de la Seguridad Social y ello en base al contrato de adhesión firmado por ambas partes, en base a los Estatutos de la propia Cooperativa y de acuerdo con el art 14.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS, entendemos ha sido contestado y resuelto en los fundamentos de derecho precedentes en

en el que como hemos visto sí ha existido recurso que se encuentra aún pendiente de resolución, la doctrina de suplicación es mucho más cauta. No es seguro que la confusa doctrina del TS sobre la posible competencia incidental de los órganos del orden social para resolver cuestiones societarias no dé cabida a un análisis independiente de la real existencia de la cooperativa³⁴. Sin embargo, varios pronunciamientos de los TSJ han mostrado sus cautelas al respecto, destacando entre ellos la STSJ Galicia 29 marzo 2021, rec. 2758/2020³⁵, que ha puesto de relieve que «la resolución definitiva de esta cuestión le corresponde al Orden Jurisdiccional Contencioso administrativo, al decidir sobre la resolución administrativa de

sentido desestimatorio».

³⁴ Me refiero a la doctrina sobre responsabilidad de los administradores en la que se ha rechazado la competencia para conocer por vía incidental. Seguramente detrás de esta idea está la cosa de lo externo y lo interno. Pero nunca se ha formulado así. La primera línea interpretativa arranca de STS 28 febrero 1997, rec. 2928/1996: «no se trata de identificar sujetos de la relación laboral, sino de extender a otros sujetos responsabilidades de cualquier naturaleza, que les alcanzan por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial, porque su decisión no impide y ni siquiera condiciona, la de la pretensión principal». Véanse también STS 13 abril 1998, rec. 2925/1997, con voto particular, o STS 9 junio 2000, rec. 601/1999. Existe una línea jurisprudencial contradictoria que aparece de forma prácticamente coetánea, a partir de la STS 28 octubre 1997, rec. 3485/1996, seguida por la STS 31 diciembre 1997, rec. 1858/1997, STS 31 marzo 1999, rec. 3073/1998, STS 20 septiembre 1999, rec. 1339/1998, o STS 12 abril 2000, rec. 4605/1998. La contradicción se ha pretendido salvar desde la STS 21 julio 1998, rec. 102/1998, entendiendo que resuelven cuestiones diferentes: la primera línea es de carácter general, mientras que la segunda es excepcional al referirse a un supuesto concreto de responsabilidad de los administradores: la no promoción del aumento del capital impuesto para conservar la condición de sociedad anónima por la DT 3ª del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 1989). Todavía más llamativo que se haya pretendido armonizar, STS 9 noviembre 1999, rec. 2252/1998; STS 17 enero 2000, rec. 3973/1998; STS 8 mayo 2002, rec. 3079/2001. La valoración doctrinal de esta situación ha sido crítica desde el principio (*cf.* A. PEDRAJAS MORENO, *Personalidad jurídica y contrato de trabajo: determinación de responsabilidades*, en A. PEDRAJAS MORENO (dir.), *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Lex Nova, 2000, p. 143 ss.). Y lo continúa siendo en fecha más reciente, en la que continúa sin verse razón para el diferente tratamiento de las situaciones y se propugna la posibilidad de que la doctrina correcta sea la que admite la competencia de jueces y tribunales de lo social para resolver el tema cuando se plantee. Véanse C. GALA DURÁN, *La exigencia de responsabilidad solidaria a los administradores sociales en el pago de las deudas laborales: alcance y delimitación de la competencia jurisdiccional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de julio de 2017, recurso 1589/2014, y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2017, asunto C-243/16*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 420, y, sobre todo, A.V. SEMPERE NAVARRO, *Responsabilidad del administrador y socio único por deudas laborales. STS-CIV núm. 420/2019, de 15 de julio*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 5.

³⁵ Véanse también STSJ Aragón n. 538/2021, de 13 de septiembre, y n. 75/2022, de 7 de febrero.

descalificación de la cooperativa». Cabría, desde luego, un pronunciamiento prejudicial de efectos limitados con base en el art. 4 LRJS; pero este no puede basarse «sin más [en] los hechos sobre los cuales se sustenta el procedimiento administrativo de descalificación de la condición de sociedad cooperativa de Servicarne, SC».

5. Posibles alternativas

En el análisis doctrinal reciente del tema que nos ha ocupado se hace hincapié en la situación de fraude que, en ciertos contextos, genera el recurso a las cooperativas³⁶. Este mismo diagnóstico puede verse en el diagnóstico que, desde el Ministerio de Trabajo y Economía Social, se ha hecho en relación con la [Consulta Pública previa a la elaboración de un Proyecto de Ley para la actualización y adecuación de la Ley de Cooperativas](#) en el que se hace referencia al «uso fraudulento del modelo cooperativo» que requiere establecer «un marco de certezas para prevenir el intrusismo y la competencia desleal».

No sé si comparto enteramente este diagnóstico. Se me hace raro que el fraude pueda predicarse de entidades sujetas a un control administrativo, tanto previo a su constitución como posterior a ella; control que, además, en el caso de las cooperativas de facturación no parece revestir especiales dificultades³⁷. Lo que sí que tengo claro es que los mecanismos que se han utilizado para solventarlo hasta la fecha son sumamente discutibles. De un lado, los instrumentos que ofrece la legislación para cuestionar las entidades que operan indebidamente en el ámbito cooperativo presentan límites en cuanto a su eficacia, habida cuenta los retrasos que se detectan para su operatividad al proteger las apariencias hasta la finalización del proceso judicial de revisión. Pero desconocerlos, como se ha venido haciendo, inyecta, de otra parte, un notable grado de inseguridad en el sistema jurídico. A mi juicio, la solución a los problemas que se están detectado no puede ser interpretativa, sino que tiene que ser normativa, como en su momento se hizo con las cooperativas de venta ambulante. Solo a través de una

³⁶ Recientemente, por ejemplo, M. GARCÍA JIMÉNEZ, [Falsas cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. Análisis jurisprudencial y propuestas de actuación](#), en [CIRIEC-España – Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa](#), 2018, n. 33, E. LILLO PÉREZ, *Externalización de servicios en trabajadores autónomos asociados en el sector cárnico y fraude de ley. Anotaciones sobre el caso Servicarne*, en *Revista de Derecho Social*, 2021, n. 94, o G. MARTÍNEZ ETXEBERRIA, *Un doble fraude en el ámbito laboral y en el de los valores y principios cooperativos: las falsas cooperativas*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2022, n. 253.

³⁷ F.R. LACOMBA PÉREZ, *op. cit.*, p. 285.

reforma legal, cabe alcanzar una solución sencilla, rápida y, a la vez, segura. En efecto, aquellos surgen como consecuencia de las facultades que la normativa deja en manos de las cooperativas en relación con la aplicación de las normas laborales y de seguridad social. Quizá la cuestión pudiera resolverse por sí sola si aquellas se redimensionaran. Creo en este sentido que la próxima reforma de las reglas de cotización en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos podrían suponer un paso adelante en relación con las cooperativas de facturación – refugiadas ahora, según parece, en las de impulso empresarial admitidas en algunas legislaciones autonómicas³⁸ – y con las que prestan servicios en régimen de subcontratación. La anunciada eliminación de la voluntariedad en la determinación de la base de cotización, al implicar la introducción de un nuevo sistema «en función de los rendimientos obtenidos por su actividad económica o profesional» (*cf.* DA 2ª, RDL 5/2022, y RD 504/2022) y reducir las diferencias entre el coste de la protección social entre el RETA y el Régimen General, no dejaría de tener impacto en las actuales facultades de moderación de la cotización de los socios derivada del art. 14 LGSS.

Con todo, parece más interesante una actuación directa sobre los temas que nos ocupan. Estas soluciones indirectas no solventan todos los aspectos que pueden resultar problemáticos tanto desde la perspectiva de la protección social como desde la estrictamente laboral. En este sentido, se hace preciso un esfuerzo de reflexión respecto a la más adecuada ordenación de la situación de los socios trabajadores. En este sentido apunta el texto de la [citada Consulta Pública](#), cuando alude a la necesidad de evitar el «el intrusismo en el ámbito cooperativo», cuyas «prácticas de competencia desleal, que perjudican tanto al movimiento cooperativo, como a las personas trabajadoras y al propio funcionamiento del mercado económico». Lo de menos, en este terreno, es entrar en el clásico debate de si esta figura ha de ser o no considerada una relación laboral especial; lo importante es, más bien, determinar si es o no adecuada la actual modulación de la aplicabilidad de las normas laborales y de protección social que deja en manos de las cooperativas demasiados aspectos tanto laborales (*cf.* art. 83 LC) como de seguridad social (art. 14 LGSS). Y, seguramente, la respuesta a esta cuestión no admite una respuesta unívoca, sino que depende de las circunstancias: si bien es cierto que el reconocimiento de unos estándares mínimos laborales para los socios trabajadores contribuye también a luchar contra el falso cooperativismo³⁹,

³⁸ Al respecto, J.A. ALTÉS TÁRREGA, *op. cit.*, p. 51 ss.

³⁹ D. SORIANO CORTÉS, [Las cooperativas de trabajo asociado: una alternativa de trabajo digno, sostenible e inclusivo](#), en *CIRIEC-España – Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 2021, n. 38, p. 49.

no lo es menos que el fomento del cooperativismo pueda requerir que estos sean limitados para adecuarlos a las especialidades de este tipo de sociedades y posibilitarles alcanzar sus fines propios.

Por lo demás, la legislación cooperativa autonómica ofrece ya ejemplos de respuestas matizadas que podrían ser utilizadas como referentes. Es cierto que muchas de las normas aprobadas en las CA no establecen específicas reglas sobre estos particulares. Pero existen en otras sí que se han abordado, introduciendo garantías adicionales para los socios trabajadores respecto a las establecidas en la normativa estatal. Estas pueden ordenarse en dos generaciones sucesivas. La primera prevé actuaciones sobre la cuantía del anticipo cooperativo en los casos en los que la cooperativa de trabajo asociado se encuentra en situación de dependencia de un solo cliente. En este sentido, se ha establecido que, «en el supuesto de que una cooperativa de trabajo tuviera concentrada más del ochenta por ciento de su facturación con un único cliente o con un grupo de empresas, el anticipo societario deberá ser equivalente, en cómputo anual, al salario medio de la zona, sector y categoría profesional»⁴⁰. Las normas más recientes, introducidas en leyes aprobadas en la segunda mitad de la década pasada han avanzado todavía más en esta línea: se extiende la garantía de equivalencia no solo a las condiciones económicas sino al conjunto de las condiciones de empleo e, incluso, a la protección social. En estas normas de segunda generación «las condiciones de trabajo, especialmente en cuanto a la jornada laboral y las retribuciones» deben ser, «como mínimo, efectivamente equivalentes a las que reconozcan los convenios colectivos laborales aplicables a los trabajadores por cuenta ajena del sector o centro de trabajo de la empresa principal para la que presten servicios»; y, por lo que se refiere a la protección social, «debe ser equivalente a la de los trabajadores incluidos en el régimen general de la seguridad social». La aplicación de estas garantías se reserva para las cooperativas que alcance un umbral mínimo de socios trabajadores – veinte o veinticinco, según los casos – y que desarrollen sus actividades «mediante subcontratación mercantil de obras, suministros o servicios de toda o parte de la propia actividad o de la actividad principal de otra empresa o empresas o grupos empresariales contratistas, o que realicen una actividad económica de mercado para un cliente con una dependencia de un 75% o más de la facturación anual de la cooperativa»⁴¹.

⁴⁰ Art. 124.4, Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha. Véase, en sentido similar, arts. 105.4, Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, y 143, Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas del Principado de Asturias.

⁴¹ *Cfr.* art. 132, apartado 5 ss., Ley Catalana 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas, en la redacción debida a la posterior Ley 5/2017, de 28 de marzo. Véanse también los arts. 149.3

Soy consciente de que la aparición de estas normas plantea muchos problemas interpretativos. Desde una perspectiva macroscópica, podríamos discutir su adecuación al reparto constitucional de competencias, pues, como ha indicado la reiteradamente citada STS 549/2018, «tan solo el Estado tiene competencias para legislar en materia laboral, por lo que ninguna incidencia pueden tener en esta materia las diferentes leyes autonómicas que regulan el régimen jurídico de las cooperativas en cada comunidad»; afirmación esta que es predicable también de los aspectos de seguridad social. Por eso las normas autonómicas de última generación se articulan como deberes que se deben incorporar en estatutos u otras reglas internas, buscando acomodo en las competencias autonómicas en materia de cooperativas. Desde un punto de vista más concreto, la aplicación del principio de equivalencia, se limite al anticipo cooperativo o se extienda más allá plantea un buen número de problemas interpretativos, vinculadas tanto a los supuestos en que procede como respecto del alcance concreto que tiene.

Pese a todo, tienen el mérito de identificar los puntos sobre los que cabría actuar para la erradicación de las situaciones más discutibles, sin perder de vista las especialidades de las cooperativas y las funciones que cumplen en el mercado. De ahí que se haya sugerido la extensión al conjunto del sistema, mediante el ejercicio de la potestad legislativa estatal⁴². Permiten advertir, en primer lugar, que no resulta necesario alterar la naturaleza de la relación para permitir a los socios el disfrute de condiciones de trabajo adecuadas. Por otro lado, la garantía de las condiciones de trabajo y de protección social habituales en el sector cuando participan en procesos de descentralización, cierra las puertas a las «prácticas de competencia desleal» a las que se alude en el texto ministerial de convocatoria de la [citada Consulta](#). Finalmente, la fijación de un mínimo de socios trabajadores para incrementar las obligaciones de las cooperativas permite diferenciarlas adecuadamente para preservar la flexibilidad allí donde es más necesaria: en las de reducida dimensión.

de la Ley 9/2018, de 30 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Extremadura y 103 de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León, en la redacción introducida por Ley 2/2018, de 18 de junio.

⁴² M. GARCIA JIMENEZ, *op. cit.*, p. 218.

6. Bibliografía

ALFONSO SÁNCHEZ R. (2016), *Formas jurídicas de trabajo asociado en la economía social*, en G. FAJARDO GARCÍA (dir.), *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Tirant lo Blanch (versión on-line)

ALTÉS TÁRREGA J.A. (2018), *Nuevas manifestaciones de cooperativismo asociado: los autónomos esporádicos*, Tirant lo Blanch

BENGOETXEA ALKORTA A. (2016), *La contribución de las cooperativas de trabajo asociado a la creación y mantenimiento de empleo*, en G. FAJARDO GARCÍA (dir.), *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Tirant lo Blanch (versión on-line)

CAVAS MARTÍNEZ F. (2016), *Protección social de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado*, en G. FAJARDO GARCÍA (dir.), *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Tirant lo Blanch (versión on-line)

GALA DURÁN C. (2018), *La exigencia de responsabilidad solidaria a los administradores sociales en el pago de las deudas laborales: alcance y delimitación de la competencia jurisdiccional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de julio de 2017, recurso 1589/2014, y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2017, asunto C-243/16*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 420, pp. 125-131

GARCÍA BLASCO J. (2014), *La protección social de los trabajadores de cooperativas de trabajo social: entre la crisis económica y las nuevas reglas ¿mayor protección?*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 37

GARCÍA JIMÉNEZ M. (2018), *Falsas cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. Análisis jurisprudencial y propuestas de actuación*, en *CIRIEC-España – Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n. 33, pp. 185-222

LACOMBA PÉREZ F.R. (2017), *El dudoso fenómeno de las cooperativas “online” de trabajo asociado o cooperativas de facturación*, en *Lex Social*, n. 2, pp. 272-285

LILLO PÉREZ E. (2021), *Externalización de servicios en trabajadores autónomos asociados en el sector cárnico y fraude de ley. Anotaciones sobre el caso Servicarne*, en *Revista de Derecho Social*, n. 94, pp. 193-214

LÓPEZ GANDÍA J.V. (2017), *Cooperativas y Seguridad Social*, Bomarzo

LÓPEZ GANDÍA J.V. (2006), *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch

MARTÍN VALVERDE A. (1986), *Seguridad Social y cooperativas de producción*, en AA.VV., *Primeros Encuentros Cooperativos de la Universidad del País Vasco*, Gobierno Vasco

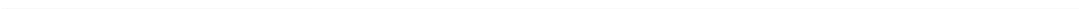
MARTÍNEZ ETXEBERRIA G. (2022), *Un doble fraude en el ámbito laboral y en el de los valores y principios cooperativos: las falsas cooperativas*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 253, pp. 51-80

- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2017), [*Empleo resuelve descalificar a la cooperativa Fidelis Factu*](#), en [*prensa.mites.gob.es*](#), Nota de prensa, 17 agosto
- MOLINA NAVARRETE C. (2014), *Las cooperativas como forma alternativa de creación de puestos de trabajo: el empleo cooperativo entre mitos y realidades*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 37
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L.Á. (2014), *La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 37
- MONREAL BRINGSVAERD E.J. (2022), *Cooperativas de trabajo asociado y cesiones ilegales del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores en los sectores cárnico y del transporte terrestre de mercancías. Estudio jurisprudencial*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 466, pp. 51-92
- PEDRAJAS MORENO A. (2000), *Personalidad jurídica y contrato de trabajo: determinación de responsabilidades*, en A. PEDRAJAS MORENO (dir.), *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Lex Nova
- PÉREZ CAMPOS A.I. (2021), [*Socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado, ¿asalariado y/o autónomo?: evolución, tendencias y nuevas propuestas*](#), en *CIRIEC-España – Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n. 38, pp. 55-92
- SEMPERE NAVARRO A.V. (2019), [*Responsabilidad del administrador y socio único por deudas laborales. STS-CIV núm. 420/2019, de 15 de julio*](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 5, pp. 1-11
- SORIANO CORTÉS D. (2021), [*Cooperativas y subcontratación en las legislaciones autonómicas: necesaria regulación de garantías laborales para mejorar el bienestar de las personas socias trabajadoras*](#), en *Lan Harremanak*, n. 46, pp. 60-83
- SORIANO CORTÉS D. (2021), [*Las cooperativas de trabajo asociado: una alternativa de trabajo digno, sostenible e inclusivo*](#), en *CIRIEC-España – Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, n. 38, pp. 11-54

Normativa

[*Consulta Pública previa a la elaboración de un Proyecto de Ley para la actualización y adecuación de la Ley de Cooperativas*](#)

Comentarios



¿Serán los futuros padres un nuevo colectivo especialmente vulnerable frente a un eventual despido? A propósito de la STSJ Madrid 21 marzo 2022

Carolina MARTÍNEZ MORENO*

RESUMEN: Históricamente ha sido la mujer la persona trabajadora que ha padecido en mayor medida el riesgo de ser objeto de un despido injusto o de un trato peyorativo en sus derechos laborales por motivos derivados de su condición biológica de madre potencial o actual, así como de la asunción de las obligaciones de cuidado derivadas de la maternidad. Sin embargo, con la reciente plena equiparación de derechos entre ambos progenitores que supone la sustitución de los permisos de maternidad y paternidad por los de nacimiento y cuidado del menor a raíz del RD-Ley 6/2019, no se puede descartar que esos mismos riesgos se trasladen al futuro padre o progenitor no biológico. De ahí surge la duda del tipo de tutela antidiscriminatoria que se ha de proporcionar a ese otro progenitor.

Palabras clave: Maternidad, paternidad, despido, discriminación, prueba indiciaria, tutela judicial.

SUMARIO: 1. Las circunstancias del caso. 2. La respuesta que da la Sala del TSJ de Madrid. 3. La existencia de doctrina judicial contradictoria. 4. Una conclusión crítica, una consideración sobre la necesidad de una doctrina unificada y una propuesta interpretativa expansiva de la tutela reforzada para los futuros padres. 5. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad d'Uviéu (España).

Will Future Parents Be a New Group That Is Especially Vulnerable to Possible Dismissal? Regarding the JSCJ Madrid 21 March 2022

ABSTRACT: Historically, women have been the working person who has suffered to a greater extent the risk of being subject to unfair dismissal or pejorative treatment in terms of their labour rights for reasons derived from their biological condition as potential or current mother, as well as from the assumption of the care obligations derived from maternity. However, with the recent full equalization of rights between both parents, which involves the substitution of maternity and paternity leaves by those for birth and care of the child as a result of Royal Decree-Law No. 6/2019, it cannot be ruled out that these same risks will be transferred to the future father or non-biological parent. Hence the question of the type of anti-discriminatory protection that must be provided to that other parent.

Key Words: Maternity, paternity, dismissal, discrimination, circumstantial evidence, judicial protection.

1. Las circunstancias del caso

La Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 21 marzo 2022 (rec. 72/2022) que da pie al presente comentario recayó en un procedimiento de despido, y desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora frente a la resolución judicial de instancia, que había estimado en parte la demanda formulada por el trabajador y declarado el despido improcedente. Lo que se suscita a continuación es si el despido hubiera merecido la calificación de nulo.

El demandante desempeñaba en la empresa desde enero de 2019 el puesto de trabajo de director de operaciones para Europa Central, desarrollando su actividad desde su domicilio en Alemania. Y con fecha de efectos de 28 de septiembre de 2020 recibió comunicación escrita de despido por causas objetivas, habiendo percibido en concepto de indemnización la cantidad de 11.000 euros. Se da la circunstancia de que la empresa era conocedora en el momento del despido de que el actor iba a ser padre. Parece, no obstante – aunque el asunto no queda del todo claro en el relato de hechos probados, que tampoco se logran alterar pese a pedirlo el demandante en el recurso de suplicación –, que el interesado ni siquiera había solicitado ni tenido la oportunidad de iniciar el disfrute del permiso por paternidad. Consta asimismo que en la empresa no se ha despedido a otros trabajadores que fueran a ser padres.

Lo que el recurrente plantea en suplicación es, como se anunciaba hace un momento, que se declare el despido nulo por vulneración de derechos fundamentales. Con independencia de la pretensión referida a la revisión de los hechos probados, que versa sobre si la empresa había derivado al actor a una gestoría con el fin de que tramitara su permiso – pretensión revisora que es desestimada –, lo que el trabajador esgrime es que, no siendo el permiso por paternidad renunciable, y conociendo la empresa que obviamente habría de disfrutar del mismo, es esta la circunstancia que en realidad motiva la decisión extintiva adoptada. El despido, pues, debiera haberse calificado como nulo y no como meramente improcedente.

2. La respuesta que da la Sala del TSJ de Madrid

Se anticipa ya que la Sala de suplicación concluirá en el presente caso desestimando el recurso interpuesto por el trabajador y confirmando la decisión adoptada en la instancia. Esto es, descartando que pudiera tratarse de un despido nulo a resultas del carácter discriminatorio de la decisión o de la existencia de lesión alguna de derechos fundamentales del demandante

y recurrente en suplicación. Interesa ahora examinar con detalle los argumentos que llevan a la Sala a esta conclusión.

Por de pronto, uno de los razonamientos de partida es que el trabajador no está obligado a solicitar el permiso, ni siquiera tras la modificación introducida en el art. 48.4 ET por el RD-Ley 6/2019; más aún, se afirma que el derecho del padre al permiso es renunciabile. Por todo lo cual, cuando la empresa decide despedirle sabía que iba a ser padre, pero no si hubiera tenido el propósito de hacer uso del permiso de paternidad o, por el contrario, de renunciar a su disfrute.

La segunda línea argumental gira en torno a la posible vulneración del art. 53 ET en relación con el art. 14 CE, y para fundamentar un eventual trato discriminatorio por aplicación de la doctrina de la discriminación refleja o por asociación¹ se invoca por la parte recurrente la STSJ Galicia 16 abril 2021 (rec. 754/2021), la STC n. 71/2020 y la STEDH 22 marzo 2016.

La Sala de suplicación considera, en primer lugar, que la tutela antidiscriminatoria consistente en la nulidad objetiva y automática de un despido sin causa en los supuestos de embarazo y circunstancias relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral no alcanza – al contrario de lo que ocurre con la madre gestante – a una futura paternidad. Que para el padre o progenitor no gestante esa especial tutela no surge sino con el inicio de la suspensión del contrato de trabajo, o la “solicitud expresa” de los permisos o excedencias previstos en los arts. 37, apartados 4, 5 y 6, y 46.3 ET. Y que el trabajador despedido no se encontraba en ninguna de esas situaciones.

Por lo que atañe a la discriminación por asociación o discriminación refleja por razón de sexo que derivaría de la conexión existente entre el despido del trabajador futuro padre y la inminente maternidad de su mujer, la Sala considera de aplicación lo dispuesto en el art. 181 LRJS sobre la prueba indiciaria. Cuestión respecto de la que la Sala de Madrid sí lleva a cabo una buena y clara síntesis doctrinal, recordando que la misma se articula en un doble plano, el primero consistente en la aportación o verificación por el demandante de un principio de prueba o prueba verosímil capaz de poner de manifiesto lo que se denuncia, y que no puede radicar en una mera alegación de la vulneración ni en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir o apreciar la posibilidad o verosimilitud de la existencia de la lesión con base en un hecho – más frecuentemente, en un conjunto de hechos – que deben ser acreditados². A partir de ahí – como

¹ Imprescindible a este respecto el estudio de la profesora Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, 2021.

² *Vid.* STS 22 enero 2019 (rec. 3701/2016).

es bien sabido – surgiría para la parte demandada la carga de probar que su actuación se fundó en causas reales por completo extrañas a la pretendida vulneración. Y a este respecto, con apoyo en la doctrina constitucional que se cita³, se aclara también cuáles son los presupuestos para que la actividad probatoria desenvuelta por la parte demandada pueda tener el efecto deseado de neutralizar la denuncia de lesión de derechos fundamentales. A saber: no basta una genérica invocación de las facultades legales o convencionales de la empresa ni una igualmente genérica o vaga explicación de la medida adoptada; por el contrario, se debe acreditar para el caso concreto que la decisión o actuación empresarial está desconectada del derecho fundamental concernido; y proporcionar al juzgador la convicción de que las causas que concurren realmente son por completo ajenas al ejercicio del derecho o a la esfera del interés protegido.

En el asunto litigioso que se somete a su enjuiciamiento la Sala se limita a dar por buena la decisión adoptada en la instancia sobre la no apreciación de la existencia de indicios suficientes de lesión o discriminación, fundada a su vez en que el actor no hubiera solicitado el permiso de paternidad, puesto que aún no se había producido el nacimiento de su hijo. Ninguna consideración sobre el hecho de que ya se conociera la inminente paternidad del trabajador, y que constase igualmente que este último había pedido información a una trabajadora de la misma empresa, técnico de recursos humanos, sobre la tramitación del permiso de paternidad, lo que indica de manera bastante clara a mi juicio el propósito de solicitarlo o la posibilidad de que se procediera al efectivo disfrute del permiso. Aunque – como luego diré – este no me parezca un dato determinante para haber podido otorgar la tutela requerida. La Sala, en definitiva, coincide con el juzgador de instancia sobre la falta de relevancia de estas circunstancias para operar como indicios de la lesión o de la discriminación.

Y, en fin, sobre la modalidad o variante de la conducta discriminatoria conocida como discriminación por asociación o discriminación refleja, la Sala de Madrid muestra estar al tanto de la doctrina del TJ y del TEDH que la admite o constata cuando una persona es objeto de un trato desfavorable por su vinculación con otra que es la poseedora de alguno de los rasgos, condiciones o características protegidas por medio de la prohibición de discriminación basada en ellos⁴.

Pero, mediante una extraña finta, concluye que tampoco concurriría en este caso, puesto que la pareja embarazada del trabajador despedido no está

³ Vid. STC n. 20/2002, STC n. 98/2003 y STC n. 140/2014.

⁴ Con cita de la STS 29 enero 2020, y las STJUE 17 julio 2008, asunto C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law y Steve Law*, y STJUE 16 julio 2015, asunto C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*.

discriminada, y si lo hubiera estado hubiese dispuesto de la tutela más enérgica que se traduce en la nulidad automática y objetiva de un despido sin causa, de la que además el varón futuro padre no está necesitado, porque experimenta un supuesto menor riesgo frente al despido y – vuelve a insistir en ello – puede renunciar a los permisos, de modo que ninguna incidencia tendría la paternidad en su relación laboral.

3. La existencia de doctrina judicial contradictoria

No se trata en este momento de hacer un repaso exhaustivo de la doctrina de suplicación que existe con soluciones distintas y contradictorias con la que incorpora la sentencia objeto del presente comentario. Bastará con una mención a un par de sentencias relevantes o especialmente significativas a los efectos de poner en evidencia que otras soluciones diferentes, y a mi juicio más correctas y atinadas, son posibles.

El primero de los pronunciamientos de interés es el que se contiene en la citada STSJ Galicia 16 abril 2021⁵. Y su análisis es de especial utilidad por una sencilla razón, y es que se trata de una de las sentencias que la propia parte actora en el proceso del que trae causa la sentencia de Madrid que se comenta esgrime en suplicación en apoyo del recurso que articula frente a la sentencia desestimatoria recaída en la instancia.

El trabajador demandante en ese caso, que prestaba servicios para la empresa como conductor-repartidor, fue objeto de un despido disciplinario comunicado mediante carta fechada el 27 de abril de 2020, abonándole la empresa en esa misma fecha una cantidad en concepto de indemnización. Se da la circunstancia de que el mismo día del nacimiento de su hijo el trabajador fue dado de baja médica por enfermedad común con diagnóstico de apendicitis aguda con peritonitis localizada, aunque este dato no será de relevancia para la adopción de la solución final. Interpuesta demanda de despido, el mismo fue declarado improcedente en la instancia, pronunciamiento contra el que el actor interpone recurso de suplicación solicitando igualmente la declaración de nulidad.

En este caso la Sala de Galicia procede en primer lugar a admitir una revisión fáctica de las varias solicitadas con el fin de validar un mensaje de WhatsApp (texto de servicio de mensajería instantánea) para admitir que – bajo ciertas condiciones, en cuyo análisis no ha lugar entrar ahora – pueda

⁵ Puede verse una breve reseña a la misma en CEF – LABORAL SOCIAL, [TSJ. Despido por ser padre: el TSJ de Galicia declara su nulidad y se afianza en la discriminación refleja](#), en [www.laboral-social.com](#), 19 mayo 2021.

ser un medio documental hábil para fundamentar una revisión fáctica en suplicación⁶. Revisión que en el presente caso tiene por fin, justamente, incorporar a los antecedentes de hecho el dato de que la empresa tenía conocimiento de la próxima paternidad del actor cuando procedió a su despido.

La Sala analiza igualmente a continuación, en términos similares a los de la Sentencia de Madrid aunque con un repaso de doctrina constitucional aún más abundante y completo, el asunto de la distribución de la carga probatoria cuando se invoca la lesión de un derecho fundamental. En qué ha de consistir y con qué nivel de intensidad ha de llevarse a cabo la acreditación de los hechos indicativos de la probabilidad de la lesión, o la constatación de la presencia de un nexo causal adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma. Para concluir que, en el caso concreto, es posible apreciar la concurrencia de ese indicio o prueba verosímil, que es precisamente la existencia de una comunicación sobre el estado de gestación y el subsiguiente parto de la mujer del actor, el consecuente conocimiento por la empresa de la inminente paternidad del recurrente – que constituye, a juicio de la Sala, un dato innegable –, y la coincidencia en el tiempo de esos hechos y el despido. Un despido disciplinario en el que se invoca la causa consistente en la disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado que no ha sido objeto de prueba alguna, y que se acompaña además con el abono el mismo día de la notificación de la carta de despido de la indemnización correspondiente a un despido improcedente.

La solución para la Sala no puede ser otra que la de apreciar la existencia de un móvil discriminatorio consistente estrictamente en la condición de futuro padre del actor, por lo que el despido ha de ser declarado nulo con todos sus efectos, incluido al reconocimiento de una indemnización que resarza del daño moral ocasionado por la conducta empresarial. Resultado que habría de alcanzarse igualmente mediante la aplicación de la que se ha venido en llamar discriminación refleja⁷, y que – lo que es más relevante – comportaría a su vez que sobre el actor pudiera proyectarse indirectamente la protección reforzada del art. 55.5 ET.

El segundo pronunciamiento que reviste especial interés es el que incorpora la STSJ Madrid 7 febrero 2022 (rec. 964/2021). Y aquí la trascendencia estriba en que se trata de una sentencia de la propia Sala madrileña, dictada sólo unos pocos días antes, y que, respecto de un asunto en el que se suscita

⁶ Vid. STSJ Galicia 28 enero 2016 (rec. 4577/2015) y STS 23 julio 2020 (rec. 239/2018).

⁷ Vid. STC n. 71/2020, con cita asimismo de la sentencia *Coleman*, cit.; STEDH 22 marzo 2016, asunto *Guberina v. Croacia*.

la misma cuestión, llega a solución distinta. En el tramo final de esta breve reseña ahondaremos en esta – a nuestro juicio – anómala discrepancia.

En el caso, se trata de nuevo de un trabajador de una empresa, también con un puesto de alta cualificación, aunque él es el único que presta servicios en Madrid, mientras que el resto de sus compañeros trabajan en Alemania (este dato es irrelevante para el fondo del litigio, pero recuerda claramente la situación del actor en el supuesto de la sentencia de marzo que motiva esta anotación, que trabajaba desde Alemania). Otro elemento fáctico que difiere es que en este caso consta que en la empresa hay muchos empleados que disfrutan del permiso de paternidad, al tratarse de una plantilla joven (tal vez no se trata de la misma empresa); que en la intranet de la compañía consta toda la información sobre el disfrute de esos permisos y que parece ser que la empresa no opone obstáculo alguno a que puedan hacerlo efectivamente. Se hace notar que lejos de dificultar una comparación en términos de identidad sustancial entre los supuestos con vistas a un eventual recurso de casación unificadora, esta diferencia no haría sino reforzar la contradicción – contradicción *a fortiori* –, puesto que esas circunstancias, ese panorama permisivo, no impedirán a la Sala apreciar en este caso la existencia de un indicio suficiente de discriminación.

Pero sigamos con el resumen del relato fáctico. En octubre de 2020 el actor comunicó a su responsable en Madrid que iba a ser padre próximamente; y ese mismo día dicho responsable le remitió un pormenorizado correo informándole de sus derechos en relación con el nacimiento y el cuidado del menor. El siguiente 2 de diciembre el interesado remite otra comunicación a su superior jerárquico en la que indicaba ya la fecha prevista para el nacimiento así como los detalles relativos a la forma y el momento del disfrute del permiso de paternidad y también el de lactancia.

Como cada año, en el mes de enero del año 2021 la empresa procedió a la evaluación del desempeño del actor. Tras un prolijo y detallado compendio de las áreas y elementos evaluados, parece ser que la conclusión a la que la empresa llega es que el empleado no se encuentra en condiciones de seguir ocupando un puesto de analista orientado al tipo de negocio al que la empresa encauza su oferta de servicios, porque le falta motivación y perturba el trabajo de sus compañeros, lo que desemboca en un desempeño general insatisfactorio. Así que, por carta de 26 de enero siguiente la empresa le comunica su despido disciplinario al amparo de la letra e del art. 54 ET. También ese mismo día la responsable de recursos humanos se puso en comunicación con la presidenta del comité de empresa para hacerle entrega de la carta del despido del actor, dejando asimismo constancia de que conocían el hecho de su paternidad. Interpuesta demanda por despido, próximo a celebrarse el juicio el superior del trabajador despedido emite un

informe complementario para ser utilizado en el proceso en el que se abunda sobre el insatisfactorio rendimiento del actor a lo largo del año 2020. La sentencia de instancia declaró el despido improcedente, siendo objeto de recurso de suplicación por la parte actora que solicitaba – al igual que ocurre en los anteriores casos – la declaración de nulidad de conformidad con lo dispuesto, entre otras normas que se citan, en el art. 55.5 ET.

La Sala de Madrid comienza considerando que, al haberse producido el despido antes de la fecha prevista para el nacimiento del hijo del trabajador despedido, no se puede subsumir el supuesto en ninguno de los previstos en el segundo párrafo del art. 55.5 ET (entre ellos, el disfrute del permiso de paternidad o, por mejor decir ahora, por el nacimiento y cuidado de un hijo). Sin embargo, prosigue afirmando que ha de examinarse, no obstante, si la situación enjuiciada podría ser susceptible de encuadrar en el primer párrafo del citado art. 55.5 ET, esto es, la nulidad por discriminación o violación de derechos fundamentales o libertades públicas, en cuyo caso la parte demandante tendría la carga de aportar algún indicio de la lesión, a partir del cual, por aplicación de lo dispuesto en el art. 181.2 LRJS, recaería sobre la demandada la obligación de acreditar la concurrencia de una justificación objetiva y razonable para el despido.

Para la Sala madrileña en este caso el corto período de tiempo transcurrido entre la comunicación de la proximidad de la paternidad del actor (13 de octubre, que se reitera el día 2 de diciembre, en que el trabajador remitió a su superior jerárquico un correo comunicando la fecha prevista del parto y la forma en que pensaba disfrutar del permiso) y la del despido (el 26 de enero de 2021) constituye un indicio suficiente de discriminación. Procede, por tanto, examinar seguidamente si la empresa ha ofrecido una justificación objetiva y razonable de la decisión de despedirle. Lo que, a juicio de la Sala, no ha ocurrido, habida cuenta que la sentencia de instancia lo declaró improcedente por no haber quedado los hechos imputados suficientemente acreditados, no habiendo tampoco la empresa discutido esta conclusión recurriendo la sentencia en suplicación. Conclusión necesaria, el despido es nulo por discriminatorio, con los consiguientes efectos de condena a la empresa, incluido el pago de la indemnización por la lesión de derechos fundamentales que se cuantifica – como viene siendo habitual, casi generalizado – aplicando como criterio orientador el de las cuantías de las sanciones contenidas en la LISOS, y fijándola en este caso en 6.251 euros, el umbral mínimo de la sanción prevista para las infracciones muy graves (arts. 8.12 y 40.1.ª LISOS).

4. Una conclusión crítica, una consideración sobre la necesidad de una doctrina unificada y una propuesta interpretativa expansiva de la tutela reforzada para los futuros padres

Con el propósito de centrar con claridad el objeto y finalidad útil del presente comentario, y para proporcionar una visión global y completa del trascendental problema que se aborda en la sentencia comentada y en las que existen en sentido contrario, me parece pertinente formular y tratar de dar respuesta a las siguientes preguntas.

La primera, cuál es el núcleo de la cuestión litigiosa, que no es otro que dirimir el tipo de tutela de la que es merecedor cualquier trabajador varón que se encuentre en la situación de los litigantes en los casos examinados. Es algo innegable que el art. 55 ET no es precisamente un prodigio de claridad y orden, sino que, por el contrario, lo que contiene es una enumeración enmarañada de supuestos potencialmente desencadenantes de la nulidad de un despido, a cuyo desbroce o delimitación no contribuyen precisamente las sentencias aquí analizadas, salvo, tal vez, pero en una lectura muy inquisitiva e inteligente, la que motiva este comentario.

De un análisis más profundo de la norma, y a los efectos que aquí interesan, habría que distinguir entre dos grandes bloques de supuestos; un primer bloque donde estaría el genérico despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales, que exigiría la aportación de indicios para que la tutela antidiscriminatoria pudiera desplegar sus efectos; y un segundo bloque, donde se encuentran los supuestos específicos en los que la tutela es más enérgica, y que no requerirían de la aportación de indicios porque la nulidad – en caso de despido sin causa – se produce de manera automática y sólo por la concurrencia objetiva de la situación descrita. Dentro de este segundo bloque es donde es preciso realizar un deslinde más esmerado y exacto, siendo preciso distinguir entre las siguientes situaciones o supuestos: 1) en primer lugar, la de la trabajadora embarazada, que despliega sus efectos durante todo el tiempo que dure la gestación, con independencia del conocimiento por la empresa, o por cualquiera, de la existencia del embarazo (art. 55.5.2.b ET); 2) en segundo término, el de las personas trabajadoras durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural (art. 55.5.2.a, que remite al art. 45.1, letras *d* y *e*, ET); 3) un tercer supuesto diferente sería el de las situaciones de baja por enfermedad causada por el embarazo, parto o lactancia natural (art. 55.5.2.b, segundo inciso, ET)⁸; 4) caso distinto es el despido de las personas que

⁸ En ambos casos, también cuando se hubiere notificado el despido en fecha tal que el

hubieren solicitado uno de los permisos a los que se refiere el art. 37, apartados 4, 5 y 6, ET⁹, o estuvieran disfrutando de ellos, al igual que en el caso de la excedencia del art. 46.3 ET (art. 55.5.2.*b*, segundo inciso)¹⁰; 5) por último, quedaría el supuesto de quienes se hubieren reintegrado a su trabajo al final de los períodos de suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, siempre que no hubieren transcurrido más de doce meses desde la fecha del hecho causante (art. 55.5.2.*c* ET).

Lo primero que me parece claro, como ya he dicho, es que en todos estos casos del que hemos llamado segundo bloque la tutela es la reforzada que permite calificar un despido sin causa como nulo sin necesidad de la aportación de indicios de discriminación o lesión de derechos fundamentales. No cabe otra interpretación de lo dispuesto en el art. 55.5.3 ET cuando dice que «lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados». La misma clase de tutela y con la misma intensidad que al embarazo se ha de proporcionar al resto de situaciones.

Pero también es patente que, pese al esfuerzo de detalle en la tipificación de supuestos, entre las situaciones especialmente protegidas no se encuentra ni la del futuro padre (o progenitor no biológico) ni la de quienes hubiesen incluso llegado a solicitar o anunciar del disfrute del permiso por nacimiento de un hijo, al contrario de lo que ocurre con el disfrute de los permisos o reducciones de jornada de art. 37, apartados 4, 5 y 6, ET. Por muy incongruente que resulte. De manera que para esos casos en que puede encontrarse el futuro padre o progenitor no biológico que aún no haya comenzado a disfrutar del permiso por nacimiento de su hijo habría que acudir a la tutela genérica frente a las situaciones de discriminación, que llenaría la laguna derivada de la falta de contemplación expresa de esos supuestos.

Conviene recordar que, acorde con lo que se acaba de decir, en todos los casos analizados las Salas de suplicación han optado por considerar que, a falta de previsión expresa sobre el supuesto analizado (futuro padre que, incluso habiendo comunicado esa circunstancia, aún no ha iniciado el permiso por nacimiento de su hijo o hija), procede aplicar el patrón normativo sobre la existencia de indicios de discriminación o lesión de derechos fundamentales. Es verdad que este es un asunto que, al depender directamente de la valoración de la prueba, se encuentra eminentemente en

preaviso concedido finalizase dentro de esos períodos de tiempo (art. 55.5.2.*a*, inciso final).

⁹ Permiso por lactancia, nacimiento de hijo prematuro o que haya de permanecer hospitalizado, y reducción de jornada por guarda legal.

¹⁰ Y dejando al margen el caso de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género.

la esfera de la capacidad de enjuiciamiento del juzgador de instancia. Pero no es menos cierto que ello es susceptible de análisis en la fase de suplicación, como así ocurre en todos los casos. Y, por cierto, como lo sería en un eventual recurso de casación para unificación de doctrina.

Pues bien, es momento de analizar la segunda de las grandes cuestiones: si, a la vista de los hechos consignados en los respectivos relatos fácticos, se justifican o son fáciles de explicar las conclusiones dispares sobre la apreciación de indicios suficientes de la lesión. Principalmente entre las dos sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, más que nada por la identidad de órgano, la proximidad de fechas y la similitud de supuestos. En estos casos, sería muy de agradecer una respuesta congruente y, de ser discrepante, dialogada dentro de la propia Sala y motivada. Por lo demás, existe una abundante jurisprudencia sobre cómo se valoran los indicios de discriminación, que hace incomprensible la existencia de doctrina judicial tan dispar y errática.

A estos efectos, me parece que, tratándose en todos los casos de despidos improcedentes – dos claramente sin causa y en fraude de ley, y el tercero por no haberse acreditado suficientemente la veracidad de los incumplimientos atribuidos al demandante –, lo decisivo es que las respectivas empresas fueran concededoras de la futura paternidad de los trabajadores despedidos, ninguno de los cuales había iniciado el disfrute del correspondiente permiso, así como la proximidad en el tiempo de la comunicación de dicha circunstancia y la extinción no causal del contrato. Es irrelevante la discusión en torno a si habían o no solicitado o iniciado la tramitación de la solicitud de dicho permiso, pues – como ya se ha dicho – tampoco es ese uno de los supuestos enumerados en el art. 55.5.2 ET, que sí alude en cambio a la “solicitud” de los permisos del art. 37 ET. A decir verdad, no es tan extraño que la factura técnica de la norma provoque estos problemas de comprensión y divergencias interpretativas.

Tampoco es relevante el hecho de que el trabajador del caso gallego hubiese iniciado baja por incapacidad temporal derivada de una contingencia común por padecer una apendicitis. Ni que en uno de los casos, el de la sentencia de febrero de la Sala de Madrid, la empresa fuese proclive y favorable al ejercicio del derecho de las personas trabajadoras al disfrute de sus permisos por nacimiento de hijos, puesto que ello, en todo caso – y como ya se ha observado un poco más arriba –, permitiría apreciar una contradicción *a fortiori*, pues en ese caso ello no obsta a apreciar la existencia del indicio de discriminación.

En definitiva, que no es descartable y sería deseable y muy necesario que el Tribunal Supremo tuviera la oportunidad de pronunciarse y unificar doctrina en relación con esta interesante y trascendental cuestión. Entre

tanto eso ocurre, queda aquí únicamente hacer alguna propuesta en ese sentido.

Para empezar, resulta imprescindible sentar con claridad, definitiva y contundentemente que el permiso por nacimiento y cuidado de hijos, equiparado en sentido, contenido y alcance para ambos progenitores, aunque aplicado progresivamente desde el RD-Ley 6/2019, no es renunciable. Esta habría de ser sin la menor duda una consideración impertinente en cualquier enjuiciamiento de situaciones litigiosas de este tipo.

Por otro lado, convendría que, si se opta por aplicar el modelo o patrón de enjuiciamiento de la genérica tutela antidiscriminatoria, hubiese un seguimiento más fiable y capaz de proporcionar mayor certidumbre sobre la apreciación de los indicios. Una decisión extintiva reactiva con proximidad en el tiempo a una comunicación de una futura paternidad desprovista de causa no debería tener dificultades en calificarse como despido nulo, con independencia de otras consideraciones desconectadas de ese asunto.

Y, por fin, pero no por ello menos importante, podría parecer que es esta una interpretación excesivamente apegada a la literalidad de la norma y poco atenta a la idea de fomento de la corresponsabilidad, que pasa por la equiparación en derechos de ambos progenitores – ya lograda en el plano legal sustantivo – pero que exige igualmente una asimilación de los mecanismos o instrumentos de tutela que se dispensan a la futura madre – la trabajadora embarazada – y al futuro padre o progenitor distinto de la madre biológica. Es cierto que esta es una consideración antiformalista, pero si existe una verdadera y sincera aspiración a que la corresponsabilidad sea real y a la total equiparación de derechos entre mujeres y hombres, entre unos y otros progenitores o cuidadores de la prole¹¹, la misma ha de actuar en todos los planos, también en el del alcance de la tutela antidiscriminatoria y, en particular, frente al despido de todas las personas, hombres y mujeres, madres y padres. Y si el legislador o el gobierno en ejercicio de sus facultades para adoptar normas con rango de ley descuidan ese relevante aspecto, no quedará otro remedio que el que desde el ámbito académico y el judicial seamos capaces de aportar alguna luz o alguna idea útil.

Por ello, no me parece descabellado propugnar una interpretación expansiva, integradora y finalista de la norma, de manera que si el trabajador

¹¹ Algunas consideraciones de interés en la STSJ Cataluña 4 abril 2022 (rec. 4913/2021), que también oscila entre la aplicación de la tutela reforzada y la genérica, respecto de un padre que había solicitado e iniciado el permiso. Ver E. ROJO TORRECILLA, *Pues sí, ya llegan a los tribunales casos de despido por ejercicio del derecho al permiso de paternidad. Una nota a la sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de abril de 2022*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 19 mayo 2022.

que anuncia que va a ser padre – haya hecho alusión o no al disfrute futuro del derecho al permiso – y que aún no se encuentre en el supuesto expresamente comprendido en el art. 55.5.2 ET, se equipare en términos de tutela reforzada a la mujer embarazada y no a cualquier persona susceptible de haber padecido una discriminación o lesión de sus derechos. No creo, como apunta la sentencia de la Sala de Madrid que provoca esta sucinta reflexión, que el varón o el futuro padre afronte un riesgo menor a experimentar un despido injusto, o cualquier otra forma de represalia o trato peyorativo por el hecho de la paternidad y lo que la misma comporta en la esfera laboral y profesional. Es incuestionable, y está abundantemente documentado, que históricamente ha sido la mujer trabajadora la que ha experimentado una mayor exposición a la vulnerabilidad, a la precariedad, a la discriminación, y a la pérdida del trabajo o mayor dificultad de acceder a él que el hombre. Pero, a estas alturas, y en la situación normativa actual, hay que plantearse que los hombres puedan correr similares riesgos. La prueba patente está en los casos sobre los que versan estas tres sentencias comentadas, en tendencia creciente a que se produzcan situaciones semejantes.

En todo caso, y con esto concluyo, no veo tampoco técnicamente imposible que se pueda considerar en estos casos la existencia de una discriminación directa del varón, sin necesidad tal vez de acudir a la tesis de la discriminación por asociación, aplicando simplemente la discriminación por situación familiar que ya apuntaba la conocida STC n. 26/2011, de 14 de marzo¹², y que encaja a la perfección en la cláusula de cierre del art. 14 CE que alude a «otras circunstancias personales o sociales».

5. Bibliografía

CEF – LABORAL SOCIAL (2021), *[TSJ. Despido por ser padre: el TSJ de Galicia declara su nulidad y se afianza en la discriminación refleja](#)*, en www.laboral-social.com, 19 mayo

MANEIRO VÁZQUEZ Y. (2021), *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi

ROJO TORRECILLA E. (2022), *[Pues sí, ya llegan a los tribunales casos de despido por ejercicio del derecho al permiso de paternidad. Una nota a la sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de abril de 2022](#)*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 19 mayo

¹² De nuevo, al respecto, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 110.

Reseñas Bibliográficas



Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar

*Una reseña por Dehyana Milenova Koseva**

María Belén Fernández Collados (dir.)

Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar

Aranzadi, 2022

ISBN: 978-84-1391-861-7

Esta obra colectiva se ocupa del estudio de los aspectos básicos para la consecución de una igualdad efectiva en las relaciones laborales del siglo XXI desde un punto de vista jurídico, sociológico y económico. El libro nace en el marco de la Cátedra de Relaciones Laborales, Diálogo Social y Bienestar Laboral con la finalidad de potenciar las investigaciones en materia de igualdad en las relaciones laborales. A lo largo de sus once capítulos se tratan diversos temas tales como la eliminación de la brecha salarial, los planes de igualdad, las medidas de conciliación de la vida familiar, personal y laboral, destacando el teletrabajo como una medida de flexibilización en el empleo, la adecuación de las políticas de gestión en la empresa, la inserción de los trabajadores con discapacidad, entre otros.

Da comienzo a la obra el capítulo I, titulado *La igualdad de género en las PYMES. Propuestas de actuación a coste cero*, en el que su Autora, Alejandra Selma Penalva, analiza el papel de la negociación colectiva ante la brecha salarial de género. Su trabajo ofrece un análisis de los lastres ocultos a la igualdad retributiva en la empresa, a la vez que brinda soluciones que, sin generar costes adicionales para el empresario, pueden incidir positivamente en la reducción de la desigualdad de género. Entre las medidas que propone

* Profesora Ayudante (LOU), Depto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat d'Alacant (España).

la Autora destaca el teletrabajo como una técnica de flexibilización de la presencialidad que favorece la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras.

A continuación, la profesora Belén del Mar López Insua dedica el capítulo II a la *Igualdad salarial* abordando la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la Unión Europea. Para ello analiza la normativa europea en esta materia, así como la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de discriminación por razones retributivas, centrándose con mayor profundidad en la Sentencia de 3 de junio de 2021, asunto C-624/19, *K y otros c. Tesco Stores Ltd.*

El tercer capítulo de esta obra colaborativa se titula *La representación de empresas y personas trabajadoras en los planes de igualdad*. En su trabajo, el profesor Francisco Miguel Ortiz González-Conde examina el RD 901/2020 por el que se regulan los planes de igualdad, señalando los vacíos existentes en la norma respecto a los sujetos negociadores y la toma de acuerdos. Al respecto, estudia cómo ha de actuar la empresa en caso de que no cuente con representación legal de los trabajadores y/o los sindicatos más representativos no responden a la propuesta negociadora, ya que se trata de un supuesto sobre el cual el citado Real Decreto guarda silencio.

Al hilo de los planes de igualdad, la profesora María Antonia Norte Gil aborda en el capítulo IV *La igualdad de género en las grandes empresas. Estudio del Corte Inglés*. Bajo este título, la Autora desarrolla el contenido y estructura que debe tener un plan de igualdad y, en concreto, se centra en el estudio crítico del plan elaborado por el Corte Inglés con el objetivo de comprobar si se ajusta a las exigencias legales. De los resultados obtenidos en su investigación destaca la falta de información proporcionada por las empresas en relación con la evaluación de los planes de igualdad, lo cual impide llevar a cabo un diagnóstico de los objetivos alcanzados y, como consiguiente, de su utilidad y efectividad. Asimismo, la profesora resalta la falta de conocimiento por parte de las firmas españolas en materia de igualdad, la escasa importancia que se concede a la implantación de medidas para luchar contra la discriminación por razón de género y la débil representación de la mujer en los cargos directivos de las empresas y, en especial, en el Corte Inglés, empresa objeto de su análisis.

El capítulo V, presentado por la profesora Ana Sánchez Melgarejo, se ocupa del estudio de la prestación por desempleo de una trabajadora a tiempo parcial en situación de excedencia por cuidado de hijo. La Autora pone de manifiesto que la normativa laboral actual¹ no protege a la trabajadora

¹ Art. 270 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

excedente que ha generado derecho a la prestación por desempleo y ha compatibilizado su excedencia con un contrato a tiempo parcial. No obstante, la jurisprudencia reciente se ha mostrado proclive a otorgar la protección que la ley no contempla de forma expresa, extendiendo la denominada “teoría del paréntesis” a casos como el aquí analizado. En virtud de esta doctrina, la base reguladora de la prestación por desempleo que debe tomarse en consideración es la anterior a la petición de excedencia y no la correspondiente al período en el que se ha cotizado por el contrato a tiempo parcial.

La obra continúa con el capítulo VI en el que María Belén Fernández Collados cuestiona las “viejas y nuevas” fórmulas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Al respecto, realiza un breve análisis de los pros y contras de las herramientas conciliadoras tradicionales, tales como los permisos retribuidos, las reducciones de jornada y las suspensiones contractuales. Frente a ellas, expone las “nuevas” medidas de adaptación de la jornada, centrandó su estudio en el teletrabajo como una fórmula de conciliación basada en la flexibilidad del tiempo y del lugar de trabajo. Asimismo, la Autora reflexiona sobre el problema del “presencialismo virtual”, un fenómeno que ha aparecido con el teletrabajo, así como, sobre la importancia del derecho a la desconexión digital.

Los capítulos VII y VIII se ocupan del emprendimiento desde un punto de vista de género. En el primero, Pilar Ortiz García y Ángel José Olaz Capitán, analizan, de forma multidisciplinar, las causas de las diferencias en el comportamiento emprendedor entre mujeres y hombres, concluyendo que, a pesar del camino que todavía ha de recorrerse para conseguir una igualdad plena, se observa una reducción de la desigualdad en materia de emprendimiento. Por otro lado, Catalina Nicolás Martínez y Alicia Rubio Bañón, estudian en el Capítulo VIII la brecha de género en el emprendimiento social. El brillante análisis empírico que han llevado a cabo pone de manifiesto que la brecha disminuye a medida que desciende el nivel de desarrollo de un país. Asimismo, se ha observado que existe una menor brecha de género en las empresas sociales, frente a las comerciales. En definitiva, se espera que su investigación constituya una herramienta muy útil para promover la creación de empresas sociales y, sobre todo, que incentive la entrada del colectivo femenino al ámbito empresarial.

En el capítulo IX, la doctora María Elisa Cuadros Garrido trata el techo de cristal en el mercado de trabajo. De la lectura de este capítulo podemos observar que, a pesar de la de normativa comunitaria y nacional dirigida a conseguir una igualdad real y efectiva entre ambos sexos, la realidad muestra que el techo de cristal sigue existiendo hoy en día. Como una posible solución a este problema, la profesora propone la introducción de la cuota

de reserva para conseguir una mayor paridad en las empresas y, sobre todo, en sus cargos directivos. Por último, termina con una reflexión, a mi juicio muy acertada, señalando que estamos ante un comportamiento social que no solo debe combatirse con leyes, sino con formación y educación desde las aulas y los hogares.

A continuación, en el capítulo X, las profesoras Ester Gras Gil, Rocío Moreno Enguix y Nuria Esteban Lloret, abordan *La mejora de los resultados de las empresas públicas a través de la gestión femenina: la teoría de Kanter*. Los resultados obtenidos de su investigación apuntan que existe un efecto positivo en la gestión financiera de la empresa cuando la proporción de las mujeres en el consejo de administración aumenta. Siguiendo esta conclusión, las empresas públicas tienen un interés añadido en incluir al colectivo femenino en sus altos cargos, ya que además de hacerlo por cumplir las reglas de igualdad, obtendrán un efecto positivo en términos de resultados.

El capítulo final del libro, titulado *Estrategias de responsabilidad social corporativa y recursos humanos, para la inclusión laboral de personas con discapacidad* es presentado por el doctor David Lopera Gómez y las profesoras Ana Millán Jiménez y María Isabel Sánchez-Mora Molina. Su trabajo pretende averiguar en qué medida existe una integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral. Para ello, llevan a cabo un estudio empírico en varias fases, pasando por entrevistas a expertos, estudio de las políticas de inserción social adoptadas por las empresas y el contacto con trabajadores con discapacidad con el fin de obtener su opinión al respecto. En definitiva, concluyen que hay grandes carencias en la aplicación normativa e importantes faltas de regularización de muchos aspectos de la integración social en el ámbito laboral.

En conclusión, *Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar* es una obra con un enfoque integrador y multidisciplinar que estudia en profundidad los principales desafíos en materia de igualdad entre mujeres y hombres en la empresa. Además de aportar conocimientos teóricos, este trabajo ofrece investigaciones empíricas que constituyen herramientas muy útiles para promover medidas políticas en materia de igualdad y para enriquecer la literatura en esta materia.

Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848)

*Una reseña por Francisco Vigo**

Pablo Scotto

Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848)

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021

ISBN: 978-84-259-1869-8

En nuestra tesis doctoral, cuando nos referíamos al estado de la cuestión sobre el estudio del derecho al trabajo, dictaminábamos que había sido este un derecho injustamente preterido por la doctrina científica (al menos en términos relativos, pues reconocemos que ha habido muy loables excepciones). Desconocíamos a la sazón que, de manera coetánea, estaban fraguándose sólidos estudios sobre este derecho, como el que aquí nos place reseñar, que evidencian un ilusionante y revivido interés por este tema¹.

* Profesor Ayudante Doctor, Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

¹ Este dato, aun a título anecdótico, merece ser reseñado ya que, según el registro público de TESEO – no del todo exhaustivo – se han defendido en España ocho tesis doctorales centradas en el derecho al trabajo – abordando dimensiones muy diferentes de este – y cuatro de ellas, sin conexión directa, fueron leídas en el mismo año, en el año 2019. En orden cronológico inverso: C. SANTIAGO RIVERA, *La construcción del derecho al trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y del Tribunal Supremo de Puerto Rico*, codirigida por la profesora Casas Baamonde y el profesor Baylos Grau y defendida el 20 de noviembre en la Universidad Complutense de Madrid; P. SCOTTO BENITO, *Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848)*, dirigida por el profesor García Manrique y defendida el 19 de noviembre en la Universidad de Barcelona; U. Moreira Delgado, *Derecho al trabajo y garantía de indemnidad: una mirada crítica desde el derecho español como contribución al avance de la protección contra el despido arbitrario en Brasil*, dirigida por el profesor Baylos Grau y defendida el 25 de junio en la Universidad de Castilla de la Mancha; F. VIGO SERRALVO, *El derecho al trabajo, un primigenio y alternativo proyecto de Estado social. Reflexiones para el debate sobre la cuestión social contemporánea*, dirigida por la profesora Salas Porras y el profesor Márquez Prieto y

Dentro de esta tendencia que revitaliza el interés por el derecho al trabajo, el estudio de Scotto aporta dos aspectos sumamente valiosos: 1) refuerza notablemente el estudio de los sistemas de pensamiento que contribuyeron a la formulación original del derecho al trabajo por parte del socialismo francés del siglo XIX; 2) a diferencia de la mayoría de los estudios al respecto, el Autor de este no pertenece a la disciplina del Derecho del trabajo, sino de la filosofía jurídica, lo que contribuye a enriquecer el debate con una visión mucho más humanista que la que nosotros, los iuslaboralistas, estamos acostumbrados a utilizar. En lo que sigue demostraremos cómo tales características aparecen en el contenido de esta monografía, cuyos elementos esenciales trataremos de condensar en estas escuetas páginas.

La tesis se ordena cronológicamente, fragmentando el periodo histórico analizado en tres tramos, cada uno en un capítulo independiente.

1) El primero, *El derecho a la existencia en la revolución francesa*, abarca todo el período revolucionario, desde 1789 hasta 1793. Dentro de este capítulo, Scotto acentúa la contribución del movimiento jacobino y el programa político de los *montagnards* a la reformulación del discurso sobre los derechos del hombre. No de manera infundada, varios Autores han sostenido que el programa reformista articulado en 1848 a través del derecho al trabajo es heredero del frustrado programa social de Robespierre². Aceptando en parte este planteamiento, Scotto se adentra en los postulados filosófico-políticos que inspiraron a este último y describe con detalle las circunstancias sociales en las que germinó, dedicando un especial tratamiento a la influencia ejercida por el movimiento *sans-culotte*. En este primer apartado se efectúa además un minucioso repaso por los diferentes hitos normativos que jalonaron el cambio de paradigma en las relaciones entre el Estado y el fenómeno del trabajo: desde un régimen intervencionista a la exaltación de la libertad irrestricta de las partes contratantes. Aunque la pretensión de un derecho al trabajo, como luego sería postulado, no había sido aún concebida, todas estas consideraciones

defendida el 20 de mayo en la Universidad de Málaga. Nos consta, además, que en estas mismas fechas o muy próximas a ella se han defendido también en Latinoamérica algunas tesis doctorales sobre el derecho al trabajo, apoyadas en buena medida en las aportaciones previas de la doctrina española.

² Aunque «ninguna de las constituciones que sucedieron a la de 1793 reprodujo esta fórmula [el derecho al trabajo] todas las escuelas socialistas, que nacieron en la transición del Antiguo Régimen al nuevo, se inspiraron en él [...]. Fue siguiendo el hilo abierto por Robespierre y Saint-Just que Fourier inventó su fórmula del derecho al trabajo». *Vid.* C. COQUELIN, *Dictionnaire de l'économie politique. Tome premier*, Librairie de Guillaumin et Cie, 1873, p. 606. En este mismo sentido, P. KROPOTKIN, *La Gran Revolución Francesa. 1789-1793*, Libros de Anarres, 2015 (original, 1909), p. 251.

previas son imprescindibles para comprender el verdadero significado de aquella reivindicación. El derecho al trabajo surgió para dar respuestas a buena parte de los problemas que se evidenciaron en este periodo, cuando se constató que la recién conquistada libertad de contratación no solucionaba la problemática a la que estaba sometida la población laboriosa, sino que la reformulaba para darle una nueva dimensión, con dificultades hasta ahora desconocidas.

2) El segundo capítulo, siendo equiparable en extensión al primero, abarca un tramo temporal mucho más largo, en torno a un decalustro, hasta llegar a la Revolución de Febrero de 1848. La distribución irregular está objetivamente justificada: Este otro período histórico es mucho menos convulso que el anterior. La narración de los sucesos históricos – que los hay y el Autor da buena cuenta de ellos – pierde ahora espacio para dirigir la atención a la evolución del pensamiento social que aconteció en este periodo y que propiciaron Autores como Babeuf, de Saint-Simon, de Sismondi, Fourier o Proudhon. Scotto, demostrando un conocimiento profundo de sus respectivas doctrinas, las tamiza para rescatar aquellas ideas que, de una manera u otra, directa o indirectamente, contribuyeron a la fundamentación filosófico-política de las de los posteriores planteamientos sobre el derecho al trabajo. En el análisis de esta cuestión resulta especialmente benemérito el examen efectuado sobre la vida y obra de Louis Blanc, un personaje histórico cuya contribución al pensamiento social no siempre ha sido justipreciada. Scotto contribuye a recuperar su figura en el ámbito académico español, trascendiendo del que sería su papel político más destacado – su protagonismo en reivindicación del derecho al trabajo y la Revolución social de Febrero de 1848 – para profundizar en las bases de su pensamiento social. Demuestra el Autor que en Blanc el derecho al trabajo es solo la cúspide de un completo sistema social cimentado sobre sólidas convicciones teóricas y un diagnóstico preclaro de la cuestión social de su tiempo. Al llegar a este punto, Scotto se adentra de lleno en el que será un leitmotiv constante en toda su obra: el debate sobre las reglas distributivas que deben regir en una sociedad justa. Blanc presentó su derecho al trabajo como una forma de corregir las inequidades del sistema de libre competencia y materializar el verdadero ideal genuino de justicia: el que exige al individuo un trabajo *según sus capacidades* y le otorga una cuota de los beneficios sociales *según sus necesidades*. Scotto resalta la asociación entre este principio de justicia y la reivindicación del derecho al trabajo, al tiempo que nos sumerge en profundidad en la discusión mantenida a la sazón por las diferentes escuelas del pensamiento socialista en torno a las reglas de reparto que deberían regir toda sociedad armónica.

3) El último capítulo está monopolizado por los sucesos revolucionarios de

1848 y la importancia que en estos adquirió la consigna del derecho al trabajo. El Autor, con acierto – en la medida que es este un episodio histórico muy comentado –, no se detiene demasiado en la narración de los sucesos que originaron y marcaron el rumbo de la Revolución, sino que centra su atención en el papel que en esta tuvo la exigencia del derecho al trabajo por parte del movimiento obrero y sus representantes políticos. El grueso del capítulo está dedicado a la discusión sobre el derecho al trabajo que tuvo lugar en el seno del proceso constituyente. La focalización está sin duda justificada, pues nos encontramos ante un momento trascendental para la evolución posterior de los derechos sociales y es, además, «una discusión que ayuda a comprender muy bien el sentido histórico del derecho [al trabajo]»³. De esta parte del relato es destacable la rica selección de extractos de los discursos parlamentarios que ofrece al lector una aproximación fidedigna y sistematizada de las distintas sensibilidades políticas que concurrieron a la elaboración del texto constitucional. La descripción de este episodio se cierra con la derrota política del derecho al trabajo y del proyecto de República social que este hipostasiaba. También, al tiempo, dejará entrever Scotto, se producirá el fracaso de los proyectos burgueses de república liberal que se impusieron en 1848 y que se vieron frustrados tras la vuelta al poder de la dinastía Napoleón. Más allá de los sucesos políticos de 1848, el Autor añade al final de este apartado varios contenidos que, a nuestro modo de ver – nos licenciamos la amistosa crítica –, hubieran encontrado mejor acomodo en un apartado apendicular, pues trascienden claramente del ámbito temporal y material propio de este último capítulo. Estos elementos son la posición de Marx en la reivindicación del derecho al trabajo y, dentro de este mismo epígrafe, el célebre opúsculo de Lafarge, *El Derecho a la pereza*. Aunque Marx no tomó parte directa en los procesos políticos o intelectuales que se narran en esta obra, sí fue un testigo y comentarista de excepción. Scotto rescata sus apreciaciones al respecto, especialmente para reforzar la idea de continuidad entre el proyecto de reforma social *montagnard* encabezado por Robespierre en 1793 y la reivindicación del derecho al trabajo liderada por Blanc en 1848. Recupera también Scotto las reflexiones críticas hacia el derecho al trabajo efectuadas por el pensador de Tréveris, las cuales son «un jalón importante en el desarrollo teórico de Marx»⁴, que ayudan a comprender su sistema pensamiento y, a la postre, el desarrollo del socialismo posterior a 1848.

4) A modo de conclusión, aunque sin emplear este término, el Autor

³ *Obra reseñada*, p. 387.

⁴ *Ibidem*, p. 445.

introduce dos breves epígrafes muy sugerentes: el primero sobre la expansión formal del derecho al trabajo en la actualidad, y el segundo sobre las relaciones entre la justicia distributiva y el trabajo. En el primero, Scotto advierte la devaluación del derecho al trabajo contemporáneo hasta convertirse, para muchos, en una mera admonición moral juridificada. La causa de esta adulteración la encuentra Scotto – y nos adherimos plenamente a esa tesis – en la reformulación del concepto del derecho subjetivo ocurrida a mediados del siglo XX. Si en el debate constituyente de 1848 se rechazó la inclusión del derecho al trabajo fue porque en aquel momento todo derecho subjetivo estaba anudado a medidas de ejecución efectivas. Muchos estimaban, por tanto, que una garantía de empleo de este tipo, dotada de ejecutividad, sería irrealizable. Esto, como decimos, cambia en el siglo XX – a mi modo de ver a partir de la Constitución de Weimar de 1919 – cuando los derechos subjetivos, especialmente los derechos sociales, en muchas ocasiones, pasan a comprender meros compromisos programáticos y dejan de ser directamente accionables por sus titulares. En palabras del Autor reseñado:

Hoy se puede afirmar que vivimos en la época dorada de los derechos. No solo de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos sociales, al menos desde el punto de vista de su plasmación jurídica. El derecho al trabajo, que nunca llegó a ser reconocido en el siglo XIX, tiene actualmente una presencia amplísima en los textos constitucionales, y lo mismo puede decirse de muchos de otros derechos.

Sin embargo, a veces parece que esta multiplicación de derechos reconocidos no tiene como resultado una denuncia más incisiva de las injusticias de nuestra época. Da la impresión, más bien, de que los derechos se detienen a las puertas de ese espacio en el que habitan las grandes desigualdades y las grandes arbitrariedades⁵.

Finalmente, Scotto cierra su trabajo dirigiendo la atención sobre una idea que, ya dijimos, ha estado presente de manera transversal en todo su estudio: el ideal distributivo del trabajo y la riqueza en una sociedad justa. Para Scotto la dimensión social del período 1789-1848 se condensa en la resolución de esta cuestión. El proyecto de reforma cimentado sobre el derecho al trabajo, al menos como lo defendió Blanc, que actúa aquí como principal referente, respondió a esa pregunta proponiendo un reparto del trabajo según las capacidades a través de la universalización de los medios de producción, y una satisfacción de las necesidades a partir del acceso garantizado a los bienes esenciales para la vida. Intuirá el lector que no fue

⁵ *Ibidem*, p. 452.

este el ideal de justicia que finalmente se impuso tras 1848. Para Scotto, y este es su mensaje final, repensar hoy la idea original del derecho al trabajo implica reflexionar críticamente sobre los esquemas distributivos en los que se asienta la sociedad contemporánea. Huyendo de la simplificación que identifica el derecho al trabajo con el pleno empleo, Scotto resalta la multitud de ideas que se subyacen detrás de la reivindicación decimonónica del derecho al trabajo, ideas cuya recuperación hoy se estima apremiante.

Terminada así la descripción del contenido de esta obra, nos proponemos concluir nuestra reseña exponiendo los principales motivos que nos llevan a recomendar entusiastamente su lectura.

1) Más allá del excelente tratamiento que le proporciona el Autor, el tema escogido es de por sí solo extraordinariamente sugestivo. En el debate original sobre el derecho al trabajo y sus reflexiones concomitantes se concentran, en esencia, las posiciones ideológicas que todavía hoy escinden el debate político. Esta es una opinión que ya hemos expresado en otros lugares y que admite muchos matices, pero creemos que la discusión que se produjo *in illo tempore* en torno al derecho al trabajo es, en realidad, un debate sobre el Estado social, ya que a través de ese proyecto reformista lo que se pretendió articular fue una fórmula política que superase todos los conflictos engendrados por las nuevas formas de organización social basadas en la libertad económica y la propiedad. Desde esta creencia, el interés que atribuimos a las discusiones originales sobre el derecho al trabajo radica en que nos proporcionan respuestas alternativas a las que hoy copan el debate público. Scotto resalta muy bien ese interés. Su estudio no es un mero prurito historicista, sino que se dirige, en última instancia, a la búsqueda de soluciones en el presente, no a través de proposiciones *de lege ferenda*, pero sí fomentando una reflexión crítica sobre el modelo de bienestar que nos es coetáneo.

2) Quien tenga el acierto de acudir a este libro no solo encontrará un riguroso análisis histórico de las primeras reivindicaciones del derecho al trabajo, sino que, colateralmente, hallará una sintética exposición de los principales sistemas de pensamiento que emergieron en aquella época. Scotto no solo ofrece un acercamiento incidental a estas otras doctrinas, sino que, a sabiendas de que su comprensión resulta imprescindible para ponderar la trascendencia de la reivindicación del derecho al trabajo, nos ofrece un estudio profundo de muchos Autores que en otros comentarios si acaso se mencionan sumariamente. El derecho al trabajo actúa así como vector de un estudio con frentes muchos más diversos, como conector común de muchas de las ideas sobre la función política del Estado social que emergieron en este período. El propio Autor anuncia esta metodología cuando advierte que «en lugar de avanzar rectos, iremos haciendo una

suerte de vaivén, yendo de un lado a otro de ese eje que conecta la esfera social con la esfera política, el pan con el poder de decisión, el bienestar con la libertad»⁶.

3) La recopilación bibliográfica efectuada por el Autor es exhaustiva, rayana en la erudición. Destaca sobre todo la utilización de fuentes primarias cuya localización no siempre es fácil, lo decimos con conocimiento de causa y no sin frustración, pues muchas de estas fuentes fueron inadvertidas por quien suscribe, a pesar de haber estudiado este mismo período histórico. Así, junto con las más notables obras de aquella época, aparece un gran número de opúsculos, manifiestos, edictos, intervenciones parlamentarias o recortes de prensa que resultan valiosísimos para recrear fidedignamente el contexto sociopolítico en el que germinó la formulación original del derecho al trabajo.

4) Resaltábamos al comienzo la alta cualificación humanista del Autor, y es sin duda otro de los motivos que nos llevan a recomendar la lectura de su obra. A pesar de su juventud, Scotto se ha consolidado como un referente en el estudio de las ideas sociales y políticas ilustradas y decimonónicas⁷, y ese bagaje se plasma en esta publicación para dotarla de una impropia madurez. Por otro lado, además de los protagonistas en la historia del derecho al trabajo, Scotto enriquece su estudio con multitud de referencias filosóficas, clásicas y contemporáneas, en ocasiones aparentemente inconexas, pero que son imbricadas con maestría en un discurso muy cohesionado. Esta técnica narrativa no solo ayuda a comprender el hondo calado teórico que presentan las formulaciones originales sobre el derecho al trabajo, sino que enriquece culturalmente al lector y excita en este numerosas reflexiones, ajenas incluso al tema principal que se aborda en esta excelente monografía.

⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁷ Sin ánimo de exhaustividad, destacamos algunas de sus múltiples aportaciones sobre este tema: *Naturaleza humana y política en Denis Diderot*, en *Oximora*, 2014, n. 5, pp. 106-128; *Derechos individuales y emancipación política: sentido y vigencia de la crítica de Marx*, en *Universitas*, 2017, n. 26, pp. 2-36; *Origen y significado del derecho al trabajo: entre el derecho a la existencia y el derecho a los frutos del trabajo*, en *Oximora*, 2019, n. 14, pp. 10-21; *El arrendamiento de obra e industria en el Código Civil francés*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2020, n. 42, pp. 377-394; *El derecho a la asistencia pública en las Constituciones francesas de 1791 y 1793*, en *Historia Constitucional*, 2020, n. 21, pp. 730-756; *Soberanía popular y concepción fiduciaria de los representantes públicos en Maximilien Robespierre*, en *Daimon*, 2020, n. 81, pp. 83-98; *Lo civil en el Código napoleónico y la libertad de los modernos*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2020, n. 43, pp. 285-304; *Economía y política en el discurso revolucionario del abate Sieyès*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2021, tomo XXXVII, pp. 435-461.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it.