

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

172/2024

Segundo Trimestre

172

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

172

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN

Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

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

SECRETARIA

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200
Boletín de suscripción disponible en publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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

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

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

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



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

0. CONFIGURACIÓN PÁGINA

Margen superior: 2,5

Margen inferior: 2,5

Margen izquierda: 3,0

Margen derecha: 3,0

Encabezado: 1,25

Pie de página: 1,25

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

Número ORCID del autor, alineado a la derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

5. TEXTO

Times New Roman 12, a un espacio, sin sangrado

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

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

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

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

6. NOTAS

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

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

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

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

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

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

Ejemplos:

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

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

7. EXTENSIÓN

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

8. REMISIÓN

Correo electrónico: jesuscruz@us.es

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS Y GRATUIDAD

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

COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

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

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

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

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 172/2024

Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El control de convencionalidad en el ordenamiento español, con especial referencia a la normativa laboral 11
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

El desarrollo convencional y el impacto de las modalidades indefinidas tras la reforma laboral en el sector de la construcción 25
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

El abuso de la temporalidad en las Administraciones públicas. El complejo de Penélope del Derecho español..... 59
ANTONIO COSTA REYES

El final de la vida operativa de los controladores de tránsito aéreo: las complejas relaciones entre la ley y el convenio colectivo..... 91
CARLOS ROBERTO CAMPO GARCÍA

El factor edad en la reforma de 2021 sobre la contratación laboral del sector privado: temporalidad, fijos discontinuos y rotación..... 113
JAIME PIQUERAS GARCÍA

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Innovaciones en la divulgación y tratamiento del Derecho del Trabajo por medio de LinkedIn 139
FRANCISCO TRUJILLO PONS

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Derecho al cómputo de la excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo en los procesos selectivos de acceso al empleo público... 159

FRANCISCA FUENTES FERNÁNDEZ

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Universidad Pablo de Olavide

Ajustes razonables como límite a la decisión extintiva del contrato de las personas trabajadoras en situación de incapacidad permanente total 169

ROSA MARÍA PÉREZ ANAYA

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

La correspondencia privada entre letrados y su validez como prueba en el proceso laboral: deontología profesional versus “el sagrado derecho de defensa” a la luz del proyecto de Ley Orgánica del derecho de defensa.... 191

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 205

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 172/2024**

Second Trimester

INDEX

1. STUDIES

<i>The control of conventionality in the Spanish legal system, with special reference to labour regulations</i>	11
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	
<i>Conventional development and the impact of indefinite modalities after the labour reform in the construction sector</i>	25
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO	
<i>The abuse of temporary employment in public administrations: the Penelope complex of Spanish law</i>	59
ANTONIO COSTA REYES	
<i>The end of the operational life of air traffic controllers: the complex relationships between law and collective bargaining</i>	91
CARLOS ROBERTO CAMPO GARCÍA	
<i>The age factor in the 2021 reform on private sector employment contracts: temporality, permanent discontinuous contracts and rotation</i>	113
JAIME PIQUERAS GARCÍA	

2. JUDICIAL COMMENTS

<i>Innovations in the dissemination and treatment of Labor Law through LinkedIn</i>	139
FRANCISCO TRUJILLO PONS	

3. JUDICIAL COMMENTS

ADMINISTRATIVE LABOR LAW

University of Huelva

Right to have childcare leave calculated as effective working time in the selection processes for access to public employment 159

FRANCISCA FUENTES FERNÁNDEZ

TERMINATION OF THE CONTRACT

University Pablo de Olavide

Reasonable accommodation as a limit to the decision to terminate the contract of workers in a situation of total permanent disability 169

ROSA MARÍA PÉREZ ANAYA

LABOR PROCEDURAL LAW

University of Jaén

Private correspondence between lawyers and its validity as evidence in labor proceedings: professional ethics versus “the sacred right of defense” in the light of the draft organic law on the right of defense 191

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 205

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA LABORAL*

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejero Permanente de Estado
Doctor honoris causa por las Universidades de Ferrara,
Huelva e Internacional de Andalucía

EXTRACTO

Palabras clave: control de convencionalidad; competencias de la jurisdicción ordinaria y constitucional, impacto en el Derecho del Trabajo

El control de convencionalidad se refiere a la posibilidad de la que dispone todo órgano judicial de tomar en cuenta o decidir la aplicación preferente de las reglas autoaplicables de un tratado internacional ratificado por España sobre las normas internas. La cuestión viene resuelta, como es sabido, cuando se trata de la aplicación del ordenamiento de la Unión Europea, y ha sido objeto de un mayor desarrollo cuando se trata de conflictos en los que resultan directamente concernidos derechos fundamentales y derechos humanos.

En nuestra jurisprudencia constitucional es clave la Sentencia 140/2018, que convalida la reforma que limitó el alcance de la denominada jurisdicción penal universal, no tanto por establecer una doctrina novedosa, como por clarificar algunas de sus características dogmáticas principales, así por remitir a la jurisdicción ordinaria la fijación de su verdadero alcance material.

El artículo analiza algunas de las consecuencias que esta construcción ha tenido y tiene en el Derecho del Trabajo, rama que desde antiguo ha venido aplicándola, sobre todo en materia de libertad sindical y prohibición de discriminación.

ABSTRACT

Keywords: *conventionality control; competencies of the ordinary and constitutional jurisdiction, impact on Labor Law*

The control of conventionality refers to the possibility available to any judicial body to take into account or decide on the preferential application of the self-applicable rules of an international treaty ratified by Spain over domestic rules. The issue is resolved, as is well known, when it comes to the application of the European Union order; and has been the subject of greater development when it comes to conflicts in which fundamental rights and human rights are directly concerned. In our constitutional jurisprudence, Judgment 140/2018 is key, which validates the reform that limited the scope of the so-called universal criminal jurisdiction, not so much by establishing a novel doctrine, but by clarifying some of its main dogmatic characteristics, as well as by referring to the ordinary jurisdiction the determination of its true material scope.

The article analyzes some of the consequences that this construction has had and has on Labor Law, a branch that has been applying it since ancient times, especially in terms of freedom of association and prohibition of discrimination.

* El presente estudio reproduce la conferencia de investidura impartida en La Rábida con ocasión de la recepción del doctorado honoris causa por la Universidad Internacional de Andalucía celebrada el 25 de enero de 2024

ÍNDICE

1. EL CONTROL CONVENCIONALIDAD
2. LA RELEVANCIA DE LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE
3. IMPACTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. EL CONTROL CONVENCIONALIDAD

El concepto de control de convencionalidad se refiere a la posibilidad del órgano judicial de la toma en cuenta o de la aplicación preferente de las reglas autoaplicables de un tratado internacional ratificado por España sobre las normas internas. La cuestión viene resuelta, como es sabido, cuando se trata de la aplicación del ordenamiento de la Unión Europea, cuya integración en nuestro ordenamiento tiene su base en el art. 93 CE que encomienda, además, a las Cortes Generales y al Gobierno, según los casos, “la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales”.

Esa garantía efectiva del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con ese ordenamiento, además de al Tribunal de Justicia, corresponde a los jueces y tribunales españoles, convertidos en jueces “comunitarios”. Cuando no tengan duda sobre el alcance de la regla eurounitaria, porque es clara o ha sido clarificada ya por el TJUE, los tribunales deben respetar y aplicar esa regla primero cuando la misma sea susceptible de tal aplicación directa por contener mandatos concretos que reconocen derechos a los particulares y que pueden ser autoaplicados. En caso de duda sobre el alcance de esa regla el órgano judicial español debe plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial previa a la resolución por su parte del asunto del que esté conociendo. El planteamiento de esa cuestión también puede suponer una duda o, incluso, una certeza sobre la colisión entre la norma nacional aplicable y una disposición eurounitaria. Numerosa jurisprudencia del TJUE ha aclarado el alcance de la primacía del Derecho de la Unión Europea y ha dado instrucciones a los jueces nacionales para que la aseguren.

Cuando la regla europea es clara y terminante, como es sabido, los jueces están facultados, en determinadas condiciones y circunstancias, para aplicarla directamente al caso del que conocen. Pero cuando se trata de un litigio entre particulares y lo que está en juego es una Directiva, en principio no se reconoce el efecto directo de la misma, solo se exige que la norma nacional a aplicar se interprete a la luz de la Directiva y, cuando ello no sea posible, la parte perjudicada por la no aplicación de esa Directiva pueda obtener una compensación económica a cargo del Estado.

Los jueces y tribunales españoles son un instrumento indispensable para asegurar la efectividad y la primacía del Derecho de la Unión Europea, cuando el mismo es alegado o es aplicable al litigio del que conocen. En ese preenjuiciamiento

han de comprobar y decidir la conformidad de la regla española con el Derecho eurounitario aplicable al caso. Ese control de “europeidad” es un supuesto específico de control de “convencionalidad”, un término que se refiere más genéricamente respecto al examen por el órgano judicial de la posible contradicción de la norma interna aplicable al caso con las reglas de un tratado internacional ratificado por España y publicado oficialmente. Mientras que en el caso de la Unión Europea ese control y sus consecuencias está regulado por el Derecho de la Unión y encuentra su base en el art. 95 CE, no ocurre lo mismo con el control de compatibilidad de la norma interna con la norma del tratado y sus consecuencias, el control de convencionalidad.

El art. 96.1 CE establece que las normas o reglas de ese tratado “formarán parte del Derecho interno”. Este precepto supone asumir la regla del monismo o sea la vigencia en España del tratado sin necesidad de una ley, la aplicación directa de las reglas de los tratados que por su naturaleza y contenido sean autoaplicables y no necesiten una recepción expresa a través de reglas internas. Sin embargo, el precepto no dice nada de los problemas de la posible colisión de una norma española con una norma del tratado, ambas aplicables al caso, ni a quien corresponde comprobar y decidir sobre ese conflicto de normas.

El control de convencionalidad trata de garantizar la efectividad de los tratados cuando las reglas de los mismos deban ser aplicadas a supuestos concretos o cuando el legislador elabore normas que puedan contradecir a las de los tratados. Lo que no nos dice la Constitución es a que órgano corresponde el ejercicio de ese control.

En España se ha hablado de control de convencionalidad precisamente en el marco del procedimiento de elaboración de normas, y ese término ha sido utilizado por el Consejo de Estado al verificar la compatibilidad del proyecto normativo sometido a su consulta ya sea con el Derecho de la Unión Europea o con el contenido de tratados internacionales, de acuerdo a lo previsto en el art. 96.1 CE¹.

Los problemas se plantean cuando ese control se ejerce ante supuestos sometidos a conocimiento de los tribunales. El Derecho comparado ofrece soluciones muy variadas al igual que en el debate doctrinal, especialmente en cuanto a su alcance constitucional y la competencia al respecto del órgano de justicia constitucional, especialmente cuando están en juego derechos fundamentales. También en España se ha planteado el alcance de ese control y el órgano competente para llevarlo a cabo, especialmente cuando el contraste se produce con una norma

¹ En su Memoria anual de 1997, el Consejo de Estado hizo un análisis amplio del examen del control de convencionalidad en los dictámenes de los anteproyectos de ley sometidos a su consideración, verificando si el prelegislador o, en su caso, el que ejercita el poder reglamentario, ha tenido en cuenta el marco internacional, y más estrictamente las directivas de la Unión Europea que la norma proyectada trata de trasponer, desde la idea de la prevalencia de la fuente internacional, una cuestión que ha sido objeto de examen detenido, entre otros, en el dictamen 176/1997.

de rango legislativo, materia propia, en principio, del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que los jueces y tribunales ordinarios pudieran plantearle una cuestión de inconstitucionalidad al respecto.

Las discrepancias doctrinales se plantean sobre el alcance constitucional de la infracción por una norma española aplicable al caso de las reglas autoaplicables de un tratado internacional vigente en España y que según el art. 96,1 CE forman parte de nuestro ordenamiento, y tampoco ha habido una jurisprudencia constitucional u ordinaria que haya aclarado la posibilidad de aplicación por el juez español de reglas contenidas en los tratados y en que supuestos.

La cuestión no se aclara, sino que se complica por lo dispuesto en el art. 10.2 CE, que contiene solo un mandato de que las normas relativas a derechos fundamentales y a libertades que la Constitución reconoce “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”. Es una regla de toma en cuenta, a efectos interpretativos, aparte de la Declaración, los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales, lo que podría entenderse como una degradación del valor de esos tratados, ya integrados en nuestro ordenamiento de acuerdo con el art. 96.1 CE.

2. LA RELEVANCIA DE LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE

La STC 140/2018 ha conocido de un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2014, que ha reducido el alcance de la llamada jurisdicción universal de los tribunales penales españoles, dejando fuera supuestos que hasta entonces han podido conocer esos tribunales.

El recurso invocaba el art. 10 CE y otros preceptos constitucionales, además de algunos convenios internacionales, en relación con el art. 96 CE. La sentencia analiza con profundidad y extensión la problemática de la jurisdicción universal, para concluir que la LO 1/2014 no es contraria al art. 10.2 CE en relación con el art. 24.1 CE, por definir el principio de jurisdicción universal de forma restrictiva, pues no puede deducirse del Derecho internacional de los derechos humanos un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción.

En lo que aquí interesa, la STC 140/2018 en su fundamento jurídico 6 responde a la pretendida vulneración de la ley impugnada del art. 96 CE por alterar las obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales ratificados por España. Se trataría de valorar la compatibilidad de la regulación legal con esos tratados. La sentencia niega la relevancia constitucional de esa compatibilidad y, por ello, que en el análisis de la constitucionalidad de la ley impugnada pueda incluirse esa valoración.

Para ello, invoca la noción de control de convencionalidad afirmando (erróneamente) que surge de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cita su sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto Almonacid Arrellano), según la cual cuando se ha ratificado un tratado internacional los jueces están sometidos al mismo y deben velar porque los efectos de sus disposiciones “no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efecto jurídico. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y el tratado en cuestión”.

La sentencia 140/2018 afirma que la Constitución no contiene ninguna disposición al respecto, y que el artículo 96 CE no atribuye superioridad jurídica a los tratados sobre las leyes internas, pero sí establece el desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior y la resistencia del tratado a las disposiciones internas posteriores sin que ello implique su derogación sino su aplicación preferente. Esa preferencia de la norma internacional sobre la norma interna

no puede significar sino la prevalencia de aquella, su superioridad que debería llevar a su invalidez también por razones de seguridad jurídica, pero el Tribunal Constitucional no ha querido llegar a esa conclusión que convertiría, cuando se trata de leyes, la cuestión de convencionalidad en cuestión de inconstitucionalidad propia del propio Tribunal.

El Tribunal Constitucional ha reiterado, frente a la invocación del art. 10.2 CE, su jurisprudencia precedente sobre que ese precepto no es un canon autónomo de constitucionalidad, que solo establece una pauta hermenéutica obligatoria que no constitucionaliza la DUDH (ni tampoco los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España), ni exige del legislador español el reconocimiento de una jurisprudencia penal universal, una materia disponible por el legislador orgánico.

Según la sentencia, el art. 24.1 CE, leído a la luz del art. 10.2 CE, tampoco justificaría ni impondría un principio absoluto de jurisdicción penal universal, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, que debe interpretarse a la luz de los tratados de derechos humanos firmados por España pero que, como examina detenidamente la sentencia, no han establecido un modelo único y universalmente válido de aplicación de la jurisdicción penal universal.

Esta conclusión no supone una doctrina novedosa. Se fundamenta en sentencias constitucionales precedentes que ya habían tratado la cuestión. Más bien la confirma, la aclara y la fundamenta mejor al insistir en que ni de los tratados ni del CEDH se deduce un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción penal, como ha confirmado la propia jurisprudencia del TEDH.

La sentencia ha recibido críticas por los partidarios o defensores de un ámbito más amplio en España de la jurisdicción penal universal, y no es el lugar aquí de

entrar en ese debate que tiene elementos ideológicos, pero también de dogmática jurídica². Desde esta última perspectiva, la fundamentación de la sentencia puede considerarse irreprochable, y su doctrina, de forma más clara y “pedagógica”, confirma lo que ya se podía deducir de la jurisprudencia constitucional precedente sobre el alcance legal dispositivo del ámbito de la jurisdicción penal universal de los órganos judiciales españoles. La conclusión no es cuestionable, pero sí debe serlo la confirmación del rechazo de la relevancia constitucional del incumplimiento de los tratados ratificados por España en materia de derechos humanos, a diferencia de lo que han hecho otros Tribunales Constitucionales próximos con vistas a asegurar un nivel común de protección de derechos humanos, al menos en el espacio europeo.

En respuesta a la alegada inconstitucionalidad de los apartados a), b) y c) del nuevo art. 23 LOPJ, basada en la vulneración del art. 96 CE, porque alteraría obligaciones asumidas por España en tratados y convenios internacionales ratificados, la sentencia examina detenidamente cómo afecta a la constitucionalidad de una ley el que la misma implique el incumplimiento de un tratado o convenio internacional ratificado. En el recurso se pretendía que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la compatibilidad de la ley interna con los tratados internacionales como parte del control de constitucionalidad que le corresponde.

La sentencia se plantea si, sobre la base de lo dispuesto en el art. 96.1 CE, ello podría servir de base para declarar la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada, lo que supondría que el Tribunal Constitucional incluyera en el enjuiciamiento de constitucionalidad de la ley el examen sobre su compatibilidad con los tratados, de lo que podría derivar una inconstitucionalidad por su oposición a un tratado.

Según la sentencia, nuestra Constitución no ha previsto expresamente que el juicio de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional incluya pronunciarse sobre esa compatibilidad, ni le impone expresamente esa tarea (aunque eso podría suponer que tampoco se la impide) pues, a la vista del desarrollo reciente de la protección internacional de los derechos humanos, cabría considerar que ese silencio le permite una aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos en su enjuiciamiento de constitucionalidad.

² Se ha criticado también que el recurso planteado por el Grupo Socialista era vago con los motivos de inconstitucionalidad que se invocaban, utilizando argumentos no basados en precepto constitucional alguno, y también se reconoce que, aunque la sentencia haya decepcionado a los partidarios del modelo vigente de jurisdicción universal en España por limitar la posibilidad de enjuiciar graves crímenes internacionales, lo cierto es que no hay en el Derecho internacional de los derechos humanos un modelo único de jurisdicción penal extraterritorial ni tampoco en nuestra Constitución existe un modelo constitucional de esa jurisdicción, cuya extensión se deja en manos del legislador ordinario y, por ello, es una cuestión de mera legalidad en la que el Tribunal Constitucional tiene un limitado margen de decisión.

El Tribunal Constitucional se ha negado a ello, siguiendo su doctrina precedente (que podría haber considerado obsoleta). Tras negarse a examinar la contrariedad de una ley a un tratado internacional por no ser un canon de enjuiciamiento constitucional, podría haberse limitado a afirmar su incompetencia. Sin embargo, y esta es la gran novedad de la sentencia, se ha planteado sin que nadie se lo hubiera preguntado, si el control de compatibilidad con los tratados podía derivarse de algún precepto constitucional y, en tal caso, cuál sería el órgano judicial competente para formularlo y cuál debe ser su alcance.

La principal novedad de la sentencia ha sido el reconocimiento del “control de convencionalidad”, un concepto que la sentencia ha asumido de una sentencia de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero que era conocido en Europa.

Lo que plantea en la STC 140/2018 es el control ex post en el caso concreto enjuiciado de la compatibilidad de la norma aplicable no ya con el Derecho de la Unión Europea, sobre la que tiene su propia normativa que hace de todos los jueces españoles actúen como jueces en la aplicación del Derecho de la Unión Europea³ sino con los tratados ratificados por España y especialmente con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

La sentencia reconoce que nuestra Constitución no ha impuesto expresamente a los jueces ordinarios llevar a cabo ese control de convencionalidad, pero, ante ese silencio (o laguna), se plantea si la exigencia de ese control puede derivarse de algún precepto constitucional y, en tal caso, “cuál es el órgano judicial competente para formularlo y cuál debe ser su alcance”, o sea, que examine la compatibilidad de la norma interna con un tratado internacional, que realicen el llamado control de convencionalidad para aplicar en su caso tratados internacionales (que establezcan reglas autoaplicables por encima de la normativa interna).

La STC 140/2018 ha partido de una particular noción del control de convencionalidad, al declarar que en el sistema español ese control es “una mera regla de selección del Derecho aplicable”, y que se limita a determinar la norma aplicable al supuesto controvertido. Ello, conforme a la jurisprudencia constitucional precedente, sería una cuestión de legalidad, que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino “a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye el art. 117.3 CE”.

El Tribunal Constitucional ha deducido del art. 96 CE el que dentro de su facultad de elección de la norma aplicable, los jueces ordinarios, tengan que

³ Puesto que desde la STCE *Simmenthal* se ha reconocido a los jueces nacionales un control difuso de la compatibilidad de las normas internas con el Derecho Comunitario, y hoy de la Unión Europea, que exige el desplazamiento o inaplicación de esa norma contraria al Derecho de la Unión cuando éste establezca una regla “autoaplicable”

analizar la compatibilidad de la norma interna con la disposición internacional, y que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma legal que contradiga un tratado internacional y aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, desplazamiento que no supone la expulsión de la norma interna del ordenamiento sino solo su inaplicación en un caso concreto. Esa prevalencia de los tratados internacionales no utiliza los criterios típicos de jerarquía del sistema de fuentes de competencia (lo que plantearía un problema de validez) sino, en el proceso de selección judicial de la norma, un desplazamiento de la norma en el caso litigioso concreto⁴.

Esta doctrina no es totalmente novedosa, pues la sentencia la deduce de frases extraídas de diversas sentencias precedentes, pero no es la mera confirmación de esa doctrina pues expresamente encomienda a los órganos judiciales llevar a cabo el análisis de convencionalidad, pero que no es ni un juicio de validez de la norma interna ni, aun menos, de constitucionalidad de la misma (que correspondería al Tribunal Constitucional) “sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas, de selección de la norma aplicable”, materia que quedaría fuera, en principio, de la competencia del Tribunal Constitucional. La sentencia hace una importante salvedad al advertir que, a la luz del art. 24.1 CE, en el recurso de amparo se pueda examinar la selección del Derecho aplicado realizada por los jueces ordinarios, evitando una arbitraria o irrazonable aplicación de la norma internacional seleccionada o una desaplicación de la norma interna. Se reserva así el Tribunal Constitucional la última palabra a este respecto, pero ello solo será efectivo si hay adecuada apertura del recurso de amparo para estos asuntos.

3. IMPACTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La encomienda a los jueces ordinarios del control de convencionalidad ha tenido un impacto especial en el Derecho del Trabajo, pues ha sido en la jurisdicción del orden social donde se ha utilizado con mayor frecuencia el reconocimiento expreso de esa competencia judicial. Ya antes de la STC 140/2018 los órganos judiciales del orden social venían llevando a cabo ese control de convencionalidad, aun sin asumir esa denominación, al examinar la compatibilidad de la norma española con los tratados internacionales en materia de trabajo, especialmente la Carta Social Europea y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España, aunque aquella y éstas en la mayoría de los casos establecieran obligaciones a los Estados y sus disposiciones fueran raramente inaplicables, salvo en algunos temas relacionados con derechos humanos, como en

⁴ Vid. Rivas Vaño, A. “*A propósito de los derechos sociales: reflexiones en torno al control de convencionalidad*”, en “*Descentralización, poder y derechos sociales*”, Estudios homenaje Terol Becerra, M.J., 2021, pág. 269 a 280.

materia de libertad sindical o de discriminación⁵. En el ámbito académico han sido numerosos los estudios y publicaciones sobre el llamado Derecho Internacional del Trabajo y sobre las condiciones de eficacia de las normas internacionales de trabajo.

La STC 140/2018 ha animado a nuestros jueces y tribunales del orden social a entrar a examinar, además de la compatibilidad de la norma laboral interna con la norma de la Unión Europea (por exigencia del Derecho de la Unión Europea conforme a la jurisprudencia del TJUE), su compatibilidad con los tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, lo que se enlaza con los arts. 96.1 y 10.2 CE, primacía ya reconocida por el Tribunal Constitucional, que tiene capacidad de desplazar a normas internas en virtud de su aplicación preferente o prevalente (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004).

En el caso del Derecho de la Unión Europea, dada su primacía, ese planteamiento ha sido más fácil, pues se han podido invocar sentencias del TJUE sobre el alcance de directivas, en algunos casos referentes a casos españoles. Pero también la sentencia ha facilitado y confirmado la práctica judicial precedente de invocación o aplicación por los tribunales de instrumentos internacionales de contenido social o laboral para una protección más eficaz de los derechos sociales. Ha sido cada vez más frecuente en materia laboral el que los justiciables invoquen normas internacionales para evitar la aplicación de normas internas que les desfavorecían, ante la avalancha de reformas laborales que han restringido o eliminado derechos que leyes anteriores les reconocían.

Entre esos instrumentos, diversos Convenios de la OIT, especialmente los referentes a la libertad sindical, la negociación colectiva y la terminación del contrato de trabajo, así como la Carta Social Europea en su versión originaria y, ahora, en la revisada.

Nuestros jueces del orden social han sido muy sensibles a estas invocaciones o a su aplicación ex officio. Su labor está llena de luces, pero también de algunas sombras, por eso no han faltado quienes se han mostrado contrarios a un control difuso de convencionalidad, por estimarlo poco respetuoso del principio democrático de división de poderes y de la seguridad jurídica⁶. La doctrina laboral ha estado abierta a esa posibilidad, pero ha tenido en cuenta los riesgos para la seguridad jurídica del uso abusivo o extensivo de ese control difuso de convencionalidad, sobre todo cuando no se ha tratado de aplicar “como una herramienta para combatir o revertir

⁵ Un examen exhaustivo de los instrumentos internacionales sobre los que han conocido nuestros jueces y tribunales del orden social, y un amplio listado de la jurisprudencia al respecto, en Garrido Palacios, M.A. “La recepción del Derecho Internacional del Trabajo en la jurisprudencia de los tribunales españoles”, Tesis Doctoral, Universitat de València, julio 2020.

⁶ Canosa Usera, R. “*El control de convencionalidad*”, Madrid, Cívitas, 2015, pág. 118.

las reformas laborales y los recortes que se han producido como consecuencia de la crisis económica”⁷.

Buen ejemplo puede ser la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 270/2020, de 17 de enero, en relación con el despido por absentismo laboral del art. 52 d) ET, cuya regulación había sido considerada constitucional por la STC 118/2019, y ha afirmado que no contradice al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT. La sentencia del TSJC ha declarado que el art. 52 d) LET se opone y es contrario al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, a los arts. 41.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT, y al art. 3 de la Carta Social Europea y, además, al art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, afirmando que las consideraciones que el Tribunal Constitucional hizo sobre la adecuación del art. 52.d) ET al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT constituían un obiter dictum no vinculante “por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria”, además, la sentencia aplica la Carta Social Europea revisada, cuando todavía no estaba ratificada por España⁸.

La STS de unificación de doctrina 270/2022, de 29 de marzo, ha casado esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia y ha rechazado la tesis de que la atribución a la jurisdicción ordinaria de control de convencionalidad en modo alguno supone que el Tribunal Constitucional no puede examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional, subrayando que las resoluciones del Tribunal Constitucional vinculan a todos los jueces y tribunales, reiterando la no contradicción del despido por absentismo con el Convenio núm. 158 OIT. También ha rechazado que el art. 52 d) ET sea contrario al Convenio núm. 155 OIT, o que la Carta Social Europea revisada no sea aplicable antes de su ratificación, o que el precepto cuestionado vulnere el art. 11 de Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), contradiciendo lo declarado en la STC 118/2019.

Ese mismo Tribunal Superior de Justicia, ya ratificada la Carta Social Europea revisada, ha considerado en una sentencia reciente⁹, aplicando el art. 24 de la misma que reconoce “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a

⁷ Goerlich Peset, J.M. “(Re)descubriendo el control de convencionalidad ¿activismo o autocontención judicial?”, Labos, vol. 2, núm.1, pág. 7. El autor examina “algunos episodios en concreto”; las sentencias judiciales relativas al control de la causalidad de los despidos en interés de la empresa, la admisibilidad del contrato de apoyo a los emprendedores, al despido por absentismo o al cuestionamiento integral de la regulación interna de los efectos del despido injustificado, incluyendo las indemnizaciones tasadas, en contraste con la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la conformidad a la Constitución de esa reforma.

⁸ Vid. sobre esa sentencia y su crítica, Alonso García, R. (2020) “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, Revista Española de Derecho Constitucional, 119, 15-31.

⁹ De la que da cuenta Marcelino Abad en el suplemento de Negocios de El País del domingo 29 de mayo de 2023.

una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”, que la cuantía de la indemnización por despido improcedente en el caso de una trabajadora que llevaba poco tiempo en la empresa y a la que, aplicando el art. 53.1 b) ET (20 días por año de servicio) había correspondido por su escasa antigüedad una indemnización inferior a 1000 euros, era “insignificante” y no tenía “efecto disuasorio” para la empresa, cuando, pocos días después, la empresa se acogió a un ERTE del que se podía haber beneficiado la trabajadora, por lo que ha fijado una indemnización adicional de 3000 euros a favor de la despedida¹⁰, ejerciendo una facultad discrecional que no le permite la norma interna, no desplazada, ni tampoco la norma internacional que invoca.

Este es un caso, entre otros, en los que tanto los justiciables como los tribunales del orden social han hecho un uso extensivo del control de convencionalidad para tratar de desplazar la aplicación de las reformas laborales ablativas invocando un precepto de un tratado internacional que impone obligaciones al Estado parte de ese tratado, pero que no es susceptible de aplicación directa y autónoma por su carácter abierto y genérico. En este sentido, aunque deberían ser conocidas por los órganos judiciales las exigencias para calificar como autoaplicables normas de tratados internacionales, la STC 140/2018 ha pecado de imprudencia al no haber precisado las condiciones en las que, al ejercer el control de convencionalidad, un órgano judicial puede desplazar la aplicación de la norma laboral española para aplicar una norma contenida en un tratado ratificado por España que establezca una regla autoaplicable.

Tampoco ha precisado la prevalencia del planteamiento en su caso de una cuestión de constitucionalidad de la norma cuestionada, ni en el caso del Derecho de la Unión Europea recordar la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, con el resultado práctico de que si se trata de una directiva la misma no será de aplicación directa a las relaciones entre particulares y, por ello, a los contratos de trabajo. Por lo demás, la posibilidad de desplazar una norma interna no permite aplicar analógicamente otra norma interna, que se estima más compatible con el

¹⁰ En este caso ese control de convencionalidad ha sido peculiar pues no ha habido un desplazamiento de la norma interna por la norma del tratado, sino la creación de una norma singular que trata de ampararse en un precepto que no puede calificarse de claro, preciso e incondicional y que requiere medidas de ejecución. Además, la sentencia no cuestiona el art. 53.1 b) ET, que sigue una vieja tradición creada precisamente por la jurisprudencia frente a una normativa que imponía al magistrado de trabajo calcular caso por caso la indemnización por despido a la vista de las circunstancias concretas del despido, lo que luego ha asumido el Estatuto de los Trabajadores estableciendo una indemnización tasada basada en la antigüedad de la persona despedida. Ha aplicado el precepto, pero ha considerado que, en el caso concreto, por la poca antigüedad de la trabajadora, ha dado un resultado que no ha tenido efecto “disuasorio” para el empleador. Pero tal efecto disuasorio no está previsto en la Carta Social Europea renovada, que habla simplemente de indemnización “adecuada”, dejando a cada Estado el establecerla. Sul art. 24 no es una norma clara, precisa e incondicional que no requiera medidas de ejecución que permita su aplicación directa con desplazamiento de la norma interna.

tratado. El desplazamiento tiene que ser de la norma española para aplicar una norma del tratado, y no permite que invocando ese tratado se trate de aplicar extensiva o analógicamente otra norma de nuestro ordenamiento.

La STC 140/2018 se reserva el enjuiciamiento a través del recurso de amparo del control de convencionalidad realizado por los órganos judiciales, respecto a su razonabilidad a la luz del art. 24.1 CE. La última palabra dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al Tribunal Supremo, cuyo papel es importante para garantizar la seguridad jurídica, que puede ponerse en peligro cuando el justiciable, el trabajador o el empleador, no tenga certeza si la norma laboral española va a ser aplicada al litigio.

Además, ese control debe tener en cuenta la diferencia de peso entre las normas internacionales que protegen derechos humanos y las que no lo hacen. Con ello no se trata de cuestionar la competencia asignada de nuestros órganos judiciales para realizar un control de convencionalidad, pero éste no debe ser casuístico sino sistemático, es decir, no centrarse en la convencionalidad de la norma en sus efectos en un caso concreto, sino realizar una consideración global del sistema. Por ejemplo, en materia de indemnización por despido injustificado habría de analizarse si la consideración del tiempo de trabajo en la fijación de la indemnización, que es común en otros ordenamientos (donde incluso se establece un plazo mínimo de ocupación para tener derecho a esa indemnización), es contraria a la Carta Social Europea, aunque ello implique que en los casos de contrato de breve duración la indemnización resultante pueda considerarse insuficiente. Se trata, por tanto, de cuestionar la convencionalidad de las reglas sobre indemnización por despido en su conjunto. Otra cosa es que en el caso en concreto se pueda enjuiciar la conducta del empleador no a la vista del tratado, sino a la vista de instrumentos existentes en el propio ordenamiento como, en su caso, el abuso de derecho.

Por otro lado, como ya se ha dicho, el control de convencionalidad no debe desplazar al preferente control de constitucionalidad. El órgano judicial debe realizar previamente ese examen para plantear en su caso la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, la cual no puede limitarse a cuestiones que correspondan al ámbito restringido del recurso de amparo. Cuando se trata de aplicar el Derecho de la Unión Europea, si la misma no es clara, el órgano judicial debe plantear la cuestión prejudicial para resolver las dudas sobre el alcance de la norma europea.

En materia laboral el control de convencionalidad no puede considerarse una novedad, puesto que ya nuestros tribunales han venido asegurando la recepción del llamado Derecho Internacional del Trabajo, sobre todo en materia de libertad sindical y despido¹¹. Sin embargo, la STC 140/2018 donde ha tenido mayor impacto

¹¹ Sobre la labor judicial en la recepción del Derecho Internacional del Trabajo, aunque limitado a la libertad sindical y a las garantías de la extinción del contrato de trabajo anterior

ha sido en materia de derechos “socio laborales”, como ya se previó en alguno de los primeros comentarios a esa sentencia¹², y ha sido en esa materia donde se han manifestado más los riesgos de un excesivo activismo judicial, también porque la sentencia constitucional ha supuesto ya sea confirmar decisiones judiciales que han declarado inaplicables preceptos de reformas laborales recientes de carácter ablativo o reductivo, o ya animar a un cuestionamiento de reglas laborales decididas por el poder legislativo o reglamentario.

Un sector de la doctrina ha llamado la atención sobre la necesidad de autocontención de respeto al imperio de la ley y del principio de seguridad jurídica, tanto de carácter procedimental como desde el punto de vista sustantivo. Ha de tenerse en cuenta que las normas internacionales del trabajo están dirigidas a los Estados, tienen un contenido abierto y, en la mayor parte de los casos, no son autoaplicables, sino que requieren una adaptación del ordenamiento interno a esas reglas internacionales¹³.

El Tribunal Supremo ha sido consciente de estos riesgos. Ha asumido, pero a la vez delimitado, el control difuso de convencionalidad. Para ello ha aclarado el alcance de la aplicación directa de las normas internacionales por nuestros órganos judiciales, desplazando la norma legal española aplicable en principio al caso, ha establecido algunas cautelas sobre el alcance de ese control.

En palabras de Casas Baamonde, “el mantra de la mera selección del derecho aplicable al caso no reserva un papel protagonista a la jurisdicción ordinaria en la definición de los derechos fundamentales. Es un tema ampliamente debatido entre quienes predicán del control de convencionalidad ‘la efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales en plazo razonable’ y quienes perciben en el control de convencionalidad la posible alteración de nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional. Al margen de polémicas, el control de convencionalidad difuso no está exento del control de la jurisdicción constitucional”¹⁴.

La STC 140/2018 ha dado un positivo paso al asignar a la jurisdicción ordinaria asegurar la efectividad de los derechos laborales reconocidos en los tratados internacionales, pero ha de ser en tanto que se contengan en reglas autoaplicables de

a la sentencia comentada, cabe remitirse a Garrido Palacios, M.A. “*La recepción del Derecho Internacional del Trabajo en la jurisprudencia de los tribunales españoles*”, cit. pág. 251 y ss.

¹² Jimena Quesada, L. “*La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales*”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 53 (2019), pág. 459 y ss., quien, sin embargo, reconoce que el texto de los tratados internacionales en materia laboral, como la Carta Social Europea o los Convenios de la OIT, contienen cláusulas más o menos generales lógicamente superadas por las más detalladas normas nacionales.

¹³ Vid. al respecto, Goerlich Peset, J.M. “*(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?*”, Labos, Vol. 2, No 1, pág. 4-17.

¹⁴ Discurso investidura Dra. Honoris Causa Universidad Santiago de Compostela, pág. 18

esos tratados. Sin embargo, es responsabilidad del Tribunal Constitucional seguir profundizando sobre los límites y condiciones de ese control. Para ello debería facilitar el acceso al amparo de estos asuntos, y en sucesivas sentencias de Pleno no limitarse a reiterar las líneas genéricas y abiertas que al tema de la convencionalidad ha dedicado aquella sentencia, sino que debe establecer criterios claros y seguros sobre el alcance y límites de ese control de convencionalidad. Solo así podrán despejarse los recelos hacia el control judicial difuso de convencionalidad, y asegurar un ejercicio efectivo y, a la vez, responsable del mismo.

La “plausible” STC 140/2018, ha puesto en primer plano un tema crucial para el Derecho del Trabajo, el fortalecimiento de la efectividad de los derechos laborales, especialmente de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales mediante el control difuso de convencionalidad. La pregunta que hay que hacerse es si ese tema debe seguir siendo ajeno al conocimiento del Tribunal Constitucional, aunque, en principio, lo rechace, confirmando la jurisprudencia precedente de la STC 140/2018, pues el control de convencionalidad presupone una nueva concepción de nuestro sistema de fuentes, que supone que todos los operadores jurídicos, incluido el Tribunal Constitucional, interpreten la Constitución “convencionalizada” desde “lineamientos” internacionales¹⁵.

¹⁵ Fondevila Marón, M. “*Un Tribunal Constitucional para el siglo XXI: los retos de la jurisdicción constitucional en España*”, Revista de Derecho Política, núm. 111, pág. 181, que cita al respecto a Sagues, N.P. “*La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*”, Méjico, Porrúa, pág. 356.

EL DESARROLLO CONVENCIONAL Y EL IMPACTO DE LAS MODALIDADES INDEFINIDAS TRAS LA REFORMA LABORAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN*

Fco. JAVIER CALVO GALLEGO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0001-7999-2740

EXTRACTO

Palabras clave: Construcción; contrato fijo-discontinuo; contrato indefinido adscrito a obra; reforma laboral

En el marco que proporciona la reforma laboral de diciembre de 2021, el presente trabajo analiza el desarrollo convencional de las nuevas modalidades contractuales indefinidas, tanto legales como convencionales, propias del sector de la construcción, así como su impacto sobre este específico y singular mercado de trabajo. Para ello se realiza un seguimiento del desarrollo convencional tanto del contrato indefinido adscrito a obra como del “nuevo” contrato fijo-discontinuo, identificando sus principales novedades a nivel sectorial estatal, rápidamente asumidas por los posteriores convenios colectivos provinciales. En especial, se aborda una propuesta de delimitación de ambas figuras, centrada en el carácter estable y, por tanto continuo de las necesidades cubiertas en sucesivas obras a través del primero, y el carácter intermitente y no estable o continuo del segundo que vendría así a paliar la desaparición del contrato de obra ante las insuficiencias tradicionales del contrato eventual dada su naturaleza de contrato a término cierto y limitado en su duración máxima. Esta demarcación parece ajustarse al desarrollo estadístico de la contratación en el sector, que muestra, por otra parte, el enorme éxito, sea o no solo estadístico, de la reforma laboral en este singular sector.

ABSTRACT

Keywords: *Construction; fixed-discontinuous contract; open-ended contract attached to a specific construction project; reform*

In the framework provided by the labour reform of December 2021, this study analyses the conventional development of the new open ended contractual modalities, both legal and conventional, specific to the construction sector, as well as their impact on this particular labour market. The essay tracks the conventional development of both, the indefinite contract attached to a specific construction project and the new fixed-discontinuous contract, identifying their main innovations at the national sectorial level, quickly adopted by subsequent provincial collective agreements. In this way, an attempt is made to delineate both figures, focusing on the stable and thus continuous nature of the needs covered by one in successive projects, and the intermittent and non-stable or continuous nature of the second. This delimitation would thus mitigate the disappearance of the project-based contract, reacting to the traditional shortcomings of a fixed-term contract limited temporally, such as the occasional contract. This delimitation seems to align with the statistical development of hiring in this sector; which also demonstrates the significant success, whether purely statistical or not, of the legal labour reform in this specific sector.

* Este trabajo está dedicado a la memoria de mi querido compañero y amigo el Pr. Dr. Félix Salvador Pérez, siempre en nuestra memoria. Igualmente quisiera agradecer la ayuda de D. Pedro Parra Oncins por los datos que amablemente me ha ofrecido desde el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal.

ÍNDICE¹

1. INTRODUCCIÓN. CONTEXTO Y REFORMA LABORAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
2. EL DESARROLLO CONVENCIONAL DE LA REFORMA Y LA APARICIÓN DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO
 - 2.1. El desarrollo convencional del contrato indefinido adscrito a obra
 - 2.2. La primera aparición del fijo-discontinuo y otras modificaciones sucesivas en relación con el contrato indefinido adscrito a obra
 - 2.3. El punto de destino: el nuevo VII CCGC y su recepción en los convenios provinciales
3. LOS EFECTOS DE LA REFORMA Y EL PAPEL DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN. CONTEXTO Y REFORMA LABORAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Aunque sin alcanzar el nivel de participación, seguramente excesivo, que tanto en el PIB como en la ocupación logró el sector de la construcción durante el primer lustro de este siglo, a nadie escapa la enorme importancia que esta actividad ha tenido -y, de hecho, sigue teniendo- tanto para la economía como, en especial, para el mercado de trabajo español. Baste recordar -por centrarnos aquí en este último aspecto- como el sector de la construcción -compuesto, como se recordará, al menos a efectos estadísticos, por las divisiones o ramas de actividad construcción de edificios, ingeniería civil y actividades de construcción especializada²- ocupaba, según datos EPA, a más de 1.361.200 personas en el año 2023; esto es, un 6,5% de la población ocupada española, muy lejos, por tanto, del 12,1% que este mismo porcentaje ofrecía en 2008, pero razonablemente en línea con los datos de otras economías europeas que, por cierto, han experimentado -como puede apreciarse *infra* en la Tabla 1- una reducción similar, aunque no siempre tan acusada, en este mismo indicador durante estos últimos años³.

¹ Este artículo es parte del Proyecto I+D+I PID2022-141201OB-100, «La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España» (TRABEXIT), financiado por el MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

² A lo largo de este estudio va a identificarse el ámbito funcional del sector de la construcción -definido en el artículo 3 y en el Anexo I de los sucesivos Convenios Colectivos Generales del Sector de la Construcción- con la sección F Construcción del CNAE 2009 y NACE Rev. 2. Y ello aunque en ocasiones esta equiparación pueda nos ser absolutamente exacta, tanto por exceso como por defecto. No obstante, sobre esta progresiva identificación véase más ampliamente, especialmente desde una perspectiva histórica, Calvo Gallego, F.J., Asquerino Lamparero M.J., “Breve reseña de la evolución en la regulación convencional y legal del sector y la progresiva decantación de su ámbito funciona”, en AAVV., *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, p. 35 y sig., y, en especial, p. 90 y sig..

³ Para un más amplio análisis del peso del sector de la construcción en nuestra economía y en nuestro mercado de trabajo permítasenos remitirnos a Arévalo Quijada, M.T., Gómez Domínguez,

Tabla 1: Ocupados en sector de la construcción y porcentaje sobre el total de ocupados (2008-2022)

		2008	2010	2012	2014	2016	2018	2020	2022
EU-27	Total	15.840,2	14.097,2	13.055,4	12.409,2	12.498,0	13.009,4	12.663,8	13.367,0
	%	8,3%	7,7%	7,1%	6,7%	6,6%	6,7%	6,6%	6,8%
EA- 20	Total	12.251,0	10.739,9	9.847,7	9.255,9	9.282,3	9.646,3	9.121,9	9.767,9
	%	8,4%	7,6%	7,0%	6,6%	6,4%	6,5%	6,2%	6,4%
Bélgica	Total	320,3	320,8	321,9	323,1	332,6	321,1	316,5	307,0
	%	7,3%	7,2%	7,2%	7,2%	7,3%	6,8%	6,7%	6,2%
Dinamarca	Total	193,5	156,1	152,9	157,1	151,2	172,3	172,3	186,2
	%	7,0%	6,0%	6,0%	6,1%	5,7%	6,3%	6,3%	6,5%
Alemania	Total	2.524,3	2.487,9	2.572,6	2.671,6	2.687,5	2.741,1	2.266,7	2.531,5
	%	6,7%	6,7%	6,7%	6,9%	6,7%	6,7%	5,6%	6,2%
Irlanda	Total	206,1	98,3	82,0	92,3	116,1	139,8	133,0	160,2
	%	9,6%	5,2%	4,5%	4,8%	5,6%	6,4%	6,0%	6,6%
Grecia	Total	394,7	316,1	199,0	150,4	145,9	150,3	138,3	145,4
	%	8,7%	7,3%	5,5%	4,3%	4,0%	4,0%	3,7%	3,6%
España	Total	2.452,7	1.646,0	1.154,2	989,3	1.068,8	1.213,9	1.235,1	1.306,9
	%	12,1%	8,9%	6,6%	5,7%	5,9%	6,3%	6,5%	6,5%
Francia	Total	1.914,7	1.894,4	1.856,1	1.731,9	1.675,2	1.773,3	1.781,0	1.819,3
	%	7,4%	7,4%	7,3%	6,6%	6,4%	6,7%	6,7%	6,5%
Italia	Total	1.929,4	1.863,3	1.673,7	1.458,6	1.385,4	1.378,3	1.327,8	1.510,7
	%	8,5%	8,4%	7,6%	6,7%	6,2%	6,1%	6,0%	6,7%
Polonia	Total	1.228,5	1.248,4	1.246,1	1.173,7	1.205,9	1.227,0	1.307,2	1.288,6
	%	7,9%	8,2%	8,1%	7,5%	7,6%	7,6%	8,1%	7,9%
Portugal	Total	534,8	461,6	339,8	273,7	284,0	299,6	293,1	309,0
	%	11,2%	10,1%	8,0%	6,4%	6,5%	6,5%	6,4%	6,6%

Fuente: Eurostat, LFS, fsa_egan2, y elaboración propia.

En cualquier caso, aún más llamativo era detectar como el mercado de trabajo de este sector reflejaba, casi a la perfección, algunas de las principales “singularidades” y, por qué no decirlo, de las principales carencias del mercado de trabajo español. Recuérdese, por mencionar solo algunas de ellas, la altísima masculinización y, por tanto, la baja participación femenina -a pesar de los loables esfuerzos realizados, y que aún se realizan, desde el plano colectivo-; las altas tasas de siniestralidad procíclica que, por ejemplo, en el caso del índice de incidencia de accidentes mortales y no mortales, triplicaban o duplicaban respectivamente los datos que ofrecían normalmente el conjunto de sectores de actividad; o, por señalar solo un último dato, la escasa formación y el progresivo envejecimiento de un amplio segmento de sus ocupados, con la consiguiente entrada de una importante cohorte de trabajadores no nacionales en un contexto de necesaria digitalización⁴.

D., Calvo Gallego, F.J. “Caracterización general del sector y de su evolución sociolaboral” en AAVV., *La negociación colectiva...*, cit., p. 99 y sig.

⁴ Para un estudio con mayor profundidad de todas estas cuestiones, nos remitimos, nuevamente, a Arévalo Quijada, M.T., Gómez Domínguez, D., Calvo Gallego, F.J. “Caracterización general...”, cit., p. 129 y sig.

No obstante, de lo que no cabía duda alguna era de que el principal rasgo del mercado de trabajo de este sector era la auténtica exacerbación de la ya tradicional propensión española hacia la temporalidad -la conocida “flexibilidad al margen”-, con eso sí, una escasa penetración de las ETT como consecuencia, seguramente, de una estrecha delimitación de su nicho a nivel convencional acudiendo a la peligrosidad de muchos de sus trabajos⁵.

Ciertamente, podría sostenerse que esta tasa de temporalidad era normalmente más elevada en este sector, incluso a nivel europeo -aunque no en todos los países, véanse los datos infra en Tabla 2-, quizás por lo singular de su actividad productiva, centrada genéticamente en uno de los elementos -la “obra”- que ya desde sus orígenes permitieron identificar el uso legítimo de la contratación temporal en España⁶. Pero parece obvio que esta excepcional intensidad en nuestro país, que ha llevado durante muchos años a superar una tasa de temporalidad del 40%, no podría haberse producido y, desde luego, no podría comprenderse sin enmarcarla en un contexto normativo propio, articulado por la negociación colectiva sectorial estatal, y que, no cabe olvidarlo, ha contado siempre, como veremos, con el beneplácito y la confirmación del propio legislador estatal.

⁵ Véase actualmente el Anexo VIII del VII Convenio colectivo general del sector de la construcción (VII CCGC en adelante) publicado por Resolución de 6 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2023. En este sentido, nos limitaremos aquí a recordar cómo según los datos del Anuario de Estadísticas Laborales de 2022, en dicho año solo se formalizaron en el sector de la construcción (empresa usuaria) 15.902 acuerdos de puesta a disposición, lo que suponía escasamente el 0,4% del total de 3.666.128 contratos de este tipo para el conjunto de sectores de la economía española. De hecho, este mismo porcentaje suponía este mismo tipo de contratación en 2020, esto es, antes de la reforma laboral de 2021. Y así, en dicho año, y siempre según la misma fuente, en el sector de la construcción se habrían formalizado 13.504 contratos de puesta a disposición de un total de 3.414.733 acuerdos de este tipo para el conjunto de sectores de actividad de la economía española.

⁶ Puede consultarse, por todos, el exhaustivo trabajo de Garcia Ninet, J.I. *El contrato para la realización de obra o servicio determinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 9 y sig. En un sentido similar, señalando las razones del predominio de la contratación temporal de obra en este sector véase Cámara Botía A., *Contratos indefinidos adscritos a obras de la construcción*, Aranzadi, 2023, p. 21 y sig.

Tabla 2: Porcentaje de empleados con relación temporal para el sector de la construcción en diversos países europeos de referencia (2008-2020)

		2008	2010	2012	2014	2016	2018	2020
EU-27	Total	15,5%	15,2%	14,9%	15,1%	15,5%	15,5%	13,5%
	Construcción	20,6%	18,8%	17,4%	17,1%	17,4%	16,6%	14,9%
EA-20	Total	16,0%	15,4%	15,0%	15,1%	15,7%	16,2%	14,3%
	Construcción	21,1%	18,5%	16,4%	15,8%	17,0%	17,1%	15,7%
Bélgica	Total	8,3%	8,1%	8,1%	8,6%	9,1%	10,7%	10,1%
	Construcción	4,5%	4,6%	4,8%	4,9%	6,2%	6,4%	6,2%
Dinamarca	Total	8,3%	8,2%	8,4%	8,2%	12,9%	10,7%	10,9%
	Construcción	12,5%	13,1%	10,1%	11,4%	13,7%	9,5%	11,9%
Alemania	Total	14,8%	14,6%	13,8%	13,1%	13,2%	12,6%	10,8%
	Construcción	13,6%	13,7%	11,6%	11,1%	10,9%	10,3%	8,3%
Irlanda	Total	9,3%	10,2%	10,7%	10,1%	8,9%	9,9%	8,9%
	Construcción	7,4%	11,3%	15,4%	12,9%	10,3%	8,9%	7,5%
Grecia	Total	11,6%	12,6%	10,2%	11,6%	11,2%	11,3%	10,1%
	Construcción	15,1%	19,8%	19,6%	21,1%	18,8%	15,0%	14,2%
España	Total	29,2%	24,8%	23,4%	24,0%	26,1%	26,9%	24,2%
	Construcción	48,7%	41,1%	35,9%	36,3%	42,8%	40,8%	36,7%
Francia	Total	15,0%	15,1%	15,2%	15,3%	16,2%	16,6%	15,3%
	Construcción	17,3%	17,3%	17,2%	16,1%	18,1%	18,2%	18,6%
Italia	Total	13,3%	12,7%	13,8%	13,6%	14,0%	17,1%	15,1%
	Construcción	12,5%	13,6%	15,5%	15,1%	15,3%	19,1%	17,1%
Polonia	Total	26,9%	27,2%	26,8%	28,3%	27,5%	24,3%	18,4%
	Construcción	39,9%	39,4%	38,9%	41,1%	37,0%	31,3%	23,3%
Portugal	Total	22,8%	22,8%	20,5%	21,4%	22,3%	22,0%	17,8%
	Construcción	31,7%	27,9%	25,9%	28,4%	26,0%	27,9%	22,8%

Fuente: Eurostat, LFS, *lfsa_eegan2*, *lfsa_etgan2*, y elaboración propia.

En este sentido, y sin entrar aquí en los antecedentes que supusieron las sucesivas Ordenanzas Laborales del sector, es por todos conocido como los sucesivos Convenios Generales de la Construcción asentaron como modalidad típica de este sector una “adaptación” tan sumamente singular del contrato de obra -el conocido como contrato fijo de obra, por contraposición al fijo de plantilla- que la misma tuvo que ser protegida legalmente mediante una genérica remisión a esta negociación por la versión original de la Disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción⁷.

Obviando aquí el análisis detenido de esta regulación, nos limitaremos brevemente a recordar como desde un principio dicha adaptación no solo permitía

⁷ Para un estudio más detenido de dicha evolución y sus hitos principales nos remitimos por brevedad a Calvo Gallego F.J., Asquerino Lamparero, M.J., “Del contrato fijo de obra a la relación indefinida adscrita a obra y su extinción por razones formalmente inherentes a la persona del trabajador” en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2022, núm. 161, p

la incorporación de varias obras en un mismo contrato programa -lo que, con las debidas garantías, no planteaba, al menos a mi juicio, mayores dificultades, como expresamente señaló el propio Tribunal Supremo⁸-, sino que, además, y sobre todo, eliminaba o reducía anteriores límites temporales fijando una elevada indemnización por finalización de la misma -7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato⁹- que, desbordando la establecida para la finalización de los contratos temporales, lo situaba materialmente en la órbita de las establecidas para la extinción por causas productivas, eliminando, además, dada su naturaleza temporal, la posibilidad de computar estas extinciones a efectos de calificar un despido como colectivo¹⁰.

En cualquier caso, sin duda lo más llamativo de todo este proceso fue cómo los propios agentes sociales se encargaron, primero mediante la regulación convencional -por ejemplo, mediante una identificación locativa y no solo funcional del puesto de trabajo o la reiteración de la unidad contractual del contrato programa-, y más tarde, mediante expresas exclusiones que contaron siempre con el posterior respaldo del legislador español, de excluir estos contratos y, lo que es más importante, incluso su reiteración, de las reglas que, por el contrario, y de forma aparentemente general, vinieron limitando en nuestro ordenamiento tanto la duración máxima de estos contratos de obra -art. 15.1.a ET, tres años- como, y sobre todo, la sucesión de contratos temporales estructurales, primero en el mismo puesto de trabajo y, más tarde en la misma empresa o grupo de empresas -art. 15.5 ET-. Y todo ello, obsérvese, sin establecer ninguna regla que impidiera la reiteración aparentemente sin límites de tales contratos¹¹.

185 y sig.; Cámara Botía A., *Contratos indefinidos...*, cit., p. 30 y sig. y a la bibliografía allí citada. En general sobre el contrato fijo de obra pueden consultarse, entre otros, los excelentes trabajos de Rodríguez Escanciano, S. “Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa”, en *Temas Laborales*, núm 152, 2020, págs. 13 y sig.; Lantarón Barquín, D. “Contrato fijo de obra: fijación y revelado de una especial figura contractual en la era digital”, en *Labos*, Vol. 2, n. 2, págs. 43 y sig..

⁸ Véase la conocida STS (Sala de lo Social) de 30 junio 2005 (núm. de recurso: 2426/2004, ECLI:ES:TS:2005:4379, RJ 2005\7791). Sobre las dudas previas, STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 446/2004 de 27 febrero (ECLI:ES:TSJAND:2004:1697, JUR 2004\133401).

⁹ Sobre el paso de la tradicional indemnización del 4,5% al 7% y su conexión con las importantes modificaciones acaecidas en la regulación de esta modalidad convencional en el IV CCGC y en su modificación en marzo de 2011, nos remitimos nuevamente a Calvo Gallego F.J., Asquerino Lamparero, M.J., “Del contrato fijo de obra...”, cit., p. 192 y sig.

¹⁰ Una simple aplicación aritmética permite concluir que, eso sí, sin tramos, la indemnización por un año de servicio equivaldría al salario de algo más de 25,5 días. En un sentido similar, señalando cómo en el acuerdo sectorial se intercambiaba seguridad jurídica y certidumbre a cambio de una mayor indemnización. Lahera Forteza J., “El contrato indefinido adscrito a obra en la construcción” en *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, (coord. por Ángel Jurado Segovia, Javier Thibault Aranda), 2023, La Ley, Madrid, pág. 254.

¹¹ Véase, por ejemplo, lo que en su momento estableció la Disposición adicional primera.2 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de

Los efectos, como ya señalamos en su momento, fueron evidentes. En esencia -vid infra Tabla 3 referida al año 2019-, una abrumadora utilización del contrato de obra o servicio -fijo de obra- que en ocasiones alcanzaban tres de cada cuatro contratos celebrados; una muy inferior utilización del contrato eventual, de los de interinidad y del trabajo a tiempo parcial; una reducida -aunque en la media, o incluso un poco más alto de la que entonces se deducía para el conjunto del sistema- de la contratación indefinida -el fijo de plantilla en la terminología del sector-, y una práctica ausencia -especialmente llamativa en el caso de la regulación convencional- del contrato fijo-discontinuo. Y todo ello, como ya hemos visto, en el marco de una altísima temporalidad directa y una escasa penetración de las ETT.

Tabla 3: Contratos de trabajo registrados según sector de actividad y modalidad 2019 para ambos sexos.

TIPO DE CONTRATO	TOTAL	AGRARIO		INDUSTRIA		CONSTRUCCIÓN		SERVICIOS	
		Total	%	Total	%	Total	%	Total	%
TOTAL	22.512.221	3.133.669	100	2.280.638	100	1.239.824	100	15.858.090	100
INDEFINIDOS	2.159.434	101.530	3,2	221.160	9,7	139.135	11,2	1.697.609	10,7
Iniciales	1.323.913	80.120	2,6	104.013	4,6	71.294	5,8	1.068.486	6,7
Conversiones	835.521	21.410	0,7	117.147	5,1	67.841	5,5	629.123	4,0
TEMPORALES	20.352.787	3.032.139	96,8	2.059.478	90,3	1.100.689	88,8	14.160.481	89,3
Obra o servicio	8.193.202	2.058.420	65,7	604.112	26,5	887.588	71,6	4.643.082	29,3
Eventuales	10.341.952	958.420	30,6	1.315.714	57,7	198.718	16,0	7.869.100	49,6
Interinidad	1.555.355	5.601	0,2	113.202	5,0	5.945	0,5	1.430.607	9,0
Prácticas	82.476	213	0,0	11.438	0,5	4.539	0,4	66.286	0,4
Formativos	39.435	226	0,0	2.281	0,1	877	0,1	36.051	0,2
Otros *	140.367	9.259	0,3	12.731	0,6	3.022	0,2	115.355	0,7

Fuente. Anuario Estadísticas laborales 2019, Movimiento laboral registrado MLR-28 y elaboración propia.

**Por simplicidad se han incorporado a "Otros" las siguientes modalidades contractuales: investigador predoctoral en formación, personas con discapacidad, relevo, jubilación parcial y sustitución por jubilación a los 64 años.*

El problema, en este caso, es que si bien los negociadores colectivos contaron siempre -como ya hemos indicado- con el beneplácito del legislador español, no tuvieron una similar recepción en el ámbito comunitario y, en especial, en el caso del Acuerdo marco entre los interlocutores sociales europeos sobre el trabajo de duración determinada incorporado, como es bien sabido, en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. Sin ánimo de reiterar lo que ya en su momento señalamos, esta ausencia de controles o limitaciones al uso sucesivo

trabajo, sobre todo si se la compara con el mismo punto de la misma Disposición adicional del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio de la que trae origen. Sobre la misma y su justificación en las presiones de la patronal de la construcción, véase, por todos, Luján Alcaraz. J., "El contrato fijo de obra del sector de la construcción en la reforma laboral de 2010" en *Aranzadi Social*, 2010, núm 12, (BIB 2010\2144) al que nuevamente nos remitimos para un mayor aporte bibliográfico.

de esta modalidad, que generaba en la práctica una notable estabilidad, aunque sin formal fijez laboral, y una contratación temporal que, por tanto, abarcaba incluso el volumen “normal” o “estable” de servicios¹², permitió la creación de supuestos paradigmáticos como el que finalmente, y como *leading case*, dio lugar a la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de junio de 2021, EV contra Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, S.A. Asunto C-550/19 (ECLI:EU:C:2021:514)¹³.

No parece necesario insistir aquí en el contenido de aquella sentencia y en el impacto que la misma tuvo, incluso en la supresión general del tradicional contrato de obra o servicio en el marco del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Baste señalar que en esa tesitura -acrecentada, sin duda, por el cambio de doctrina que en relación con el contrato de obra ligado a sucesivas contrataciones estables supuso la STS núm. 1137/2020 de 29 de diciembre de 2020¹⁴- era obvia, al menos, la necesidad de alterar la práctica inmutada del contrato fijo de obra en relación, sobre todo, con su prolongada reiteración en el tiempo¹⁵.

Pues bien, desde estas premisas, y dando una muestra más de la progresiva singularidad del sector de la construcción en el ámbito laboral, lo primero que llamó la atención de aquella reforma pactada y articulada a través del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, fue que, aun partiendo de la lógica general asumida claramente por el Gobierno, esto es, la supresión del tradicional contrato de obra o servicio determinado, el camino seguido por el sector de la construcción en el rediseño de

¹² De forma expresiva Elorza Guerrero, F., Moreno Navarro, M.P. “El contrato indefinido adscrito a obra: reflexiones desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo”, en AAVV. *Estudios sobre la estabilidad en el empleo: una perspectiva jurídica. Homenaje al Profesor Félix Salvador Pérez, Aranzadi*, 2023, p. 200, señalan expresamente cómo “en la práctica, la adquisición de la condición de fijo de los trabajadores sujetos a este contrato fijo de obra constituía una quimera”.

¹³ Sobre esta sentencia y su impacto, De Val Tena, A.L., “El contrato temporal fijo de obra en el sector de la construcción: límites al encadenamiento de contratos y sucesión de empresa. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19)”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*. Núm.1 (4º Trimestre 2021); Villalba Sánchez, A., “Sucesión abusiva de contratos de duración determinada “fijos de obra” y consecuencias de la transmisión de empresas a la luz del Derecho de la Unión” en AAVV., *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, (dir. Gárate Castro, J., Maneiro Vázquez, Y.), 2022, Aranzadi, Navarra, p. 227 y sig.; Rojo Torrecilla, E., “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 el Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, 24 de junio de 2021, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/ue-limites-la-utilizacion-del-contrato.html>

¹⁴ Núm. de Recurso: 240/2018 ECLI:ES:TS:2020:4383. Sobre la misma, con una interesante recapitulación de la sucesiva jurisprudencia sobre esta materia, véase por todos, Cavas Martínez, F., “El fin del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (cambio de doctrina)” en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, n.1.

¹⁵ Véase por ejemplo Cámara Botía A., *Contratos indefinidos...*, cit., p. 12.

su mapa contractual difirió formal, pero también y sobre todo, materialmente, del seguido por el legislador para el resto de sectores.

Así, mientras para todas las demás actividades los agentes sociales intentaron reconducir la tradicional contratación temporal de obra o servicio determinado fundamentalmente hacia el contrato fijo-discontinuo¹⁶, en el caso de la construcción los propios negociadores optaron por una fórmula distinta. Desconociendo las posibilidades que les brindaba esta ahora aún más flexible forma de contratación, sobre todo por su extensa capacidad de configuración en los correspondientes convenios sectoriales, los negociadores de la construcción procedieron a crear, para este concreto y específico ámbito, una nueva modalidad contractual -la del indefinido adscrito a obra- en la que el anterior término resolutorio -principal, aunque no exclusivamente la finalización material de la obra- se convertía ahora en una causa de extinción de la relación siempre que, básicamente, y esta era la novedad, no existiera en el momento de la finalización de aquella una “colocación” adecuada en otra obra en la misma provincia, ya fuera por la inexistencia de dicha obra, por la inadecuación de su perfil profesional -tras un previo proceso de formación- o por la presencia de otros trabajadores que tuvieran un mejor derecho a aquella¹⁷.

Sin detenernos nuevamente a analizar esta singular causa de extinción y, por consiguiente, esta singular modalidad de contratación indefinida -ya que el evento distaba, como hemos visto, de poder configurarse técnicamente como un

¹⁶ Véase, por todos, Vicente-Palacio A, “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, p. 88 y sig. Un estudio más detenido de esta cuestión en Calvo Gallego F.J. “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL32/2021”, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 2022, núm. extra 1 (Monográfico), p. 89 y sig.

¹⁷ En general sobre esta modalidad véase, junto a los anteriormente citados, Aragón Gómez, C., “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, en *Labos*, 2022, Vol. 3 págs.43 y sig.; Nogueira Guastavino, M., “En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción”, en *Almacén de Derecho*, 10-1-2022, disponible en <https://almacenederecho.org/en-busqueda-de-laestabilidad-perdida-la-reforma-de-los-fijos-discontinuos-y-del-contrato-fijo-de-obra-en-el-sector-de-la-construccion>; Beltrán de Heredia Ruiz, I., “RD Ley 32/2021 y el contrato indefinido adscrito a obra (Ley 32/2006): dudas de constitucionalidad y motivos para una (eventual) cuestión prejudicial”, 24 de enero de 2022, disponible en <https://ignasibeltran.com/2022/01/24/rdley-32-2021-y-el-contrato-indefinido-adscrito-a-obra-ley-32-006-dudas-de-constitucionalidad-y-motivos-para-una-eventual-cuestion-prejudicial/>; Goerlich Peset, J.M., “La reforma de la contratación laboral”, en AAVV., *La reforma laboral de 2021 un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 57 y sig.; Molina Navarrete, C., “¿El contrato indefinido adscrito a obra: ¿cambio cultural”, “cambio estadístico” o “nueva máscara de la temporalidad”? en *Noticias CIELO*, 2022, núm. Extra 0, (Ejemplar dedicado a: La reforma laboral española de 2021: puntos críticos del Real Decreto-Ley 32/2021); Folgoso Olmo, A. “El contrato de trabajo indefinido adscrito a obra de construcción”, en *Revista de Derecho laboral V.lex*, 2022, núm. 5.

término resolutorio de necesario acaecimiento-, nos limitaremos aquí a destacar dos aspectos que se deducían de esta opción específica del y para el sector de la construcción, tal como, por cierto, estaba delimitado en el propio Convenio Colectivo General de ámbito estatal.

La primera, ya avanzada, era la opción de este sector por un modelo en el que la finalización de la obra no actuaría como una simple causa de suspensión, como en cambio sí hubiera podido suceder si se hubiera optado por intentar insertarlo en el nuevo contrato fijo-discontinuo. Reiterando la lógica tradicional, la finalización, incluso progresiva de la obra seguía considerándose la base de una justa causa de extinción del contrato, si bien esta actuaba ahora no ya como un término resolutorio automático, sino como una causa de extinción legal, autónoma pero también condicionada a la inexistencia, parecía suponerse coetánea a la finalización de la obra, de una colación adecuada para la que no existiera alguien de la misma empresa con mejor derecho en la misma provincia. Era este condicionante lo que impedía hablar de término -como hecho de acaecimiento cierto, a diferencia de la condición- y lo que facilitaba su tránsito formal hacia el contrato indefinido. Pero lo hacía, obsérvese, desplazando esta estabilidad puntualmente al momento final de la obra y sin que por tanto se estableciera derecho alguno de llamamiento preferente en posibles y posteriores obras de la misma empresa, ni tan siquiera en la misma provincia, lo que obviamente sí hubiera sucedido si se hubiera seguido la senda general del contrato fijo-discontinuo, conectando el inicio y el fin de la obra a sucesivos llamamientos y finalizaciones del periodo de actividad de una única relación de este tipo sin, por tanto, y al menos en principio, necesidad de limitar el número de llamamientos o la duración de este contrato indefinido. Cuestión distinta hubiera sido la viabilidad de esta opción para supuestos en los que no existieran interrupciones temporales entre los distintos llamamientos. Pero no avanzamos ideas.

La segunda observación se centra en el hecho de que, a pesar de la terminología buscada, resultaba ciertamente difícil considerar y calificar todas y cada una de tales extinciones como justificadas por causas inherentes al trabajador. Y ello no ya tanto por la libre capacidad del legislador de calificar como quiera a una causa, sino más en concreto, por la finalidad seguramente buscada de excluir estas extinciones de las computables a efectos de despido colectivo. De hecho, esta denominación era seguramente innecesaria si lo que se quería era excluir la aplicación del procedimiento del artículo 51 ET en aquellos casos en los que estas extinciones superaran los umbrales en él establecidos. Para ello bastaba con la expresa exclusión del legislador, como ciertamente se hacía y aún se hace en la nueva DA 3 Ley 32/2006 -norma especial prima sobre general-

El problema es que, al igual que ocurrió en relación con la regulación del entonces contrato temporal y las reglas del art. 15 ET, esta exclusión o inaplicación singular de las reglas generales establecida por el legislador nacional bien podría “servir” para inaplicar ahora el artículo 51 ET, esto es, para excluir la propia

legislación nacional; pero no para excluir la posible la aplicación de las exigencias que, en relación con los despidos colectivos, establecía la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998. Y ello ya que como señalamos en su momento, resulta más que discutible -al menos a nuestro juicio-, que el simple *nomen iuris* que dé el legislador nacional a una causa de extinción, puede permitir eludir la aplicación de una norma cuya interpretación autónoma exige la propia eficacia del ordenamiento europeo¹⁸. En definitiva, con estas premisas, si ya era difícil considerar como un motivo inherente a la persona del trabajador su pretendida falta de aptitud para otras vacantes en otras obras de la misma empresa, ciertamente resultaba casi imposible, repetimos, al menos desde nuestro punto de vista, sostener esta exclusión cuando lo que se producía, simple y llanamente, era la ausencia de otras obras o puestos en la misma provincia (la típica causa productiva...)¹⁹.

2. EL DESARROLLO CONVENCIONAL DE LA REFORMA Y LA APARICIÓN DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO

2.1. El desarrollo convencional del contrato indefinido adscrito a obra

Como suele ser habitual, y dada la permanente negociación y actualización de contenidos que ha caracterizado tradicionalmente la dinámica colectiva de este sector, la reforma laboral de diciembre de 2021 tuvo una muy rápida traslación al Convenio Colectivo General de la Construcción (CCGC). Sin entrar aquí en otras cuestiones que carecen de interés a estos efectos, nos limitaremos a recordar cómo en la vigésimo segunda reunión de la Comisión negociadora del VI CCGC se acordó, el 18 de marzo de 2022, la incorporación al texto de este convenio general de un nuevo artículo 24 bis, titulado contrato indefinido adscrito a obra²⁰, con eso, sí, la

¹⁸ Nos remitimos por brevedad a la jurisprudencia que en su momento señalamos en Calvo Gallego F.J., Asquerino Lamparero, M.J., “Del contrato fijo de obra...”, cit., p. 214 y sig.

¹⁹ De hecho, esta misma duda está presente en casi todos los estudios sobre esta nueva modalidad contractual. Véanse, por mencionar solo algunos, Gárate Castro, J., “Los recientes cambios del régimen laboral de la subcontratación y, *obiter dicta*, algunas breves referencias a las muchas «asignaturas pendientes»”, en *Revista Galega de Dereito Social*, 2022, n. 14, p. 53; Villalba Sánchez, A., “Sucesión abusiva de contratos...”, cit., p. 243; Beltrán de Heredia Ruiz, I., “RD Ley 32/2021 y el contrato indefinido...”, cit.; Molina Navarrete, C., “¿El contrato indefinido adscrito a obra...”, cit., p. 5; Folgado Olmo, A. “El contrato de trabajo indefinido...”, cit., p. 53, n. 12; Lahera Forteza, J., “El contrato indefinido...”, cit., p. 253 -que, por cierto, plantea igualmente problemas desde la perspectiva constitucional de la igualdad de trato-

²⁰ Incorporada y publicada mediante Resolución de 3 de mayo de 2022, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 117, de 17 de mayo de 2022. Sobre este desarrollo convencional véase recientemente Elorza Guerrero, F., Moreno Navarro, M.P. “El contrato indefinido adscrito...”, cit., p. 210 y sig.

ausencia a esta sesión de ELA y el rechazo, al menos aparente de su contenido por el representante de la CIG²¹.

Pues bien, lo primero que sin duda cabe resaltar de este nuevo precepto -más allá de su rápida y aparentemente uniforme traslación a los posteriores convenios sectoriales provinciales²²- es que, alejado ya de las exigencias impuestas por la reforma laboral de 2021 -una reforma que, como se recordará, tenía como una de sus ideas fuerza la búsqueda de una notable reducción en el número de las modalidades contractuales-, el nuevo art. 24.bis VI CCGC identificaba y situaba claramente esta institución en su ámbito seguramente natural; esto es, no ya en sede de extinción -cuya regulación convencional en el artículo 94 CCGC permaneció en este primer momento absolutamente incólume-, sino claramente en el campo de las modalidades contractuales, esto es, en el capítulo II, Título I, Libro I. del VI CCGC, como materia de competencia exclusiva de la negociación colectiva sectorial estatal ex art. 12.1.b) del mismo Convenio²³.

Más allá, de destacar que se esta incorporación se hizo en un primer momento sin eliminar la regulación tradicional del contrato fijo de obra -quizás, y como se recordará, por el deseo de apurar en aquel momento el singular periodo de gracia dado a estas modalidades, al menos a nuestro juicio, por el juego conjunto de la Disposición transitoria tercera.1 y la Disposición final octava del mencionado RDL

²¹ Obsérvese que entre los argumentos en contra utilizados por esta central y recogidos en el acta antes mencionada se encontraban algunas de las dudas suscitadas por la doctrina como que las circunstancias extintivas resultaban de difícil inclusión entre las inherentes a la persona del trabajador o una posible vulneración de la Directiva 89/59, de despidos colectivos.

²² Véanse, por señalar algunos ejemplos, el art. 17 del Convenio Colectivo del Sector Construcción y Obras Públicas de Madrid (BO. Comunidad de Madrid de 21 diciembre 2023, núm. 303); art. 36 del Convenio colectivo para el sector de la Construcción da Coruña 2022-2026 (BO. A Coruña de 18 julio 2023, núm. 136); art. 16 del Convenio colectivo de construcción y obras públicas de la provincia de Burgos para los años 2022 a 2026 (BO. Burgos de 4 enero 2023, núm. 2); art. 39 del Convenio Colectivo del sector de la Construcción y Obras Públicas para los años 2022 a 2026, en la provincia de Ciudad Real (BO. Ciudad Real de 4 marzo 2024, núm. 45); art. 15 del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de la provincia de Cuenca para los años 2022 a 2026 (BO. Cuenca de 21 febrero 2024, núm. 22). Por su parte, el art. 7 del Convenio colectivo del sector de la construcción de les Illes Balears (BO. Illes Balears 24 febrero 2024, núm. 28), se remite simplemente al VII CCGC en este campo, si bien sí señala un correo electrónico a efectos de notificación a la Comisión Paritaria de la finalización de la obra. Ya por último, algo similar cabe encontrar en el Convenio Colectivo de trabajo para la actividad de Edificación y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2022 a 2026 (BO la Rioja de 22 de diciembre de 2022, núm 245) que se remite en esta materia al Convenio Estatal en sede de extinción (arts. 32y 33) incorporando, eso sí, en el Anexo VIII la cláusula anexa a este tipo de contrato. En cambio, no contempla el desarrollo convencional de esta modalidad, salvo error u omisión por nuestra parte, el Convenio Colectivo del Sector de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de Navarra (BO. Navarra 2 mayo 2023, núm. 90).

²³ Sobre los efectos de esta regla sobre las “disonancias” en la negociación sectorial inferior véase, recientemente, TSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 4675/2023 de 31 de octubre, (Núm. de Recurso: 29/2023, ECLI:ES:TSJGAL:2023:7079).

32/2021²⁴-, resultaba y resulta evidente la importancia de esta opción. Y ello ya que, aunque en un principio pudiera pensarse que la elección entre la creación de una nueva modalidad contractual o la regulación de un aspecto de su régimen general -la extinción- aplicable únicamente a aquellos contratos resultaba jurídicamente inocua o absolutamente intrascendente, lo cierto es que esto realmente no era así. Basta recordar cómo, por ejemplo, si en general las reformas en materia contractual tienden a tener una irretroactividad absoluta, que permite su no aplicación a las relaciones ya nacidas previamente bajo anteriores modalidades contractuales, las modificaciones en la regulación de las condiciones de trabajo -por ejemplo, las causas de extinción- suelen tener una retroactividad al menos mínima, lo que conlleva su aplicación a relaciones nacidas incluso con anterioridad a su entrada en vigor, pero en las que el supuesto de hecho (final de la obra) se produce a partir de su entrada en vigor. Desde estas premisas, lo que la opción “estética” de la reforma -acuciada por el ya comentado deseo de limitar las modalidades contractuales- planteaba era si dada su aparente consideración como una nueva causa de extinción, la misma podía ser aplicable a aquellas relaciones indefinidas previas a la reforma -fijos de plantilla- que no siendo personal estructural -expresamente excluidos, como se recordará, de esta nueva causa de extinción/modalidad contractual- sí pudieran caer bajo el ámbito funcional que definía materialmente a esta modalidad -tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción-.

Pues bien, el art. 24.bis, tras reiterar, como suele ser habitual en sede de contratación, el tenor literal de la nueva norma legal, aclaraba expresamente esta cuestión desde la óptica desde la que, creemos, siempre tuvo que abordarse este tema. Y así, tras insistir en la delimitación, tanto positiva -tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculadas a obras en el ámbito funcional de “este” (por si había alguna duda) CCGC-, como negativa -personal de estructura- de esta modalidad contractual -eso sí, sin aclarar algunos conceptos jurídicos indeterminados, en especial, este último que quizás sí lo hubiere merecido-, reitera la “irretroactividad” de esta nueva causa de extinción que, de este modo, no sería aplicable a todas aquellas personas trabajadoras con contratos indefinidos -se presupone que desarrollando funciones propias de esta modalidad- pero suscritos con la empresa con anterioridad al 31 de diciembre de 2021; unos contratos estos para los que la “finalización de la relación laboral se regirá por las condiciones generales previstas en el Estatuto de los Trabajadores”. En definitiva, una opción lógica, al menos a nuestro juicio, si recordamos que, en el fondo, lo que la norma legal hizo fue sustituir el viejo contrato fijo de obra por una nueva modalidad de contratación, ciertamente indefinida, y en la que el anterior carácter automático de la finalización de obra como término resolutorio, se convertía ahora en simple

²⁴ Aunque como es bien sabido, no era esta una opinión pacífica en la doctrina. Sobre las distintas interpretaciones nos remitimos a Cámara Botía A., *Contratos indefinidos...*, cit., p. 66-67.

condición resolutoria cuando no fuera posible la recolocación, con todo lo que ello supone de una mayor garantía de estabilidad para estos asalariados²⁵.

Cuestión distinta, aunque llamativa, es que la nueva norma convencional no incorporó, ni como veremos, se ha incorporado posteriormente, un modelo o formulario de este tipo de contrato que, eso sí, se presupone normalmente por escrito²⁶ al tenerse que anexas al mismo, como sabemos, la propuesta de recolocación, esta sí, necesariamente escrita por estricta exigencia legal. Esta ausencia formal obliga a plantear la duda de si cuando se diesen los dos requisitos establecidos legal y convencionalmente para la consideración de una relación como indefinida adscrita a obra -tipo de actividad y carácter no estructural- debiera o no hacerse mención expresamente a esta causa extintiva en el contrato, o al menos, al hecho de que el mismo hubiera sido suscrito bajo esta modalidad para poder aplicar lícitamente esta causa de extinción.

Pues bien, sin poder detenernos más en una cuestión colateral a estas reflexiones, en estos casos sí parecería lógico retomar, al menos a nuestro juicio, su consideración como condición contractual de aplicación general a este tipo de contratos indefinidos posteriores a la reforma, y admitir por tanto su aplicación incluso a aquellos contratos incluidos en su ámbito de aplicación aunque los mismos no hubieran incorporado, como seguramente sería recomendable, una recepción expresa de dicha cláusula extintiva o e su propia naturaleza en su formalización por escrito. A nuestro juicio, no cabría otra opción ya que nos encontramos ante una causa legal que actúa externamente al contrato, máxime si recordamos que, como sucedió anteriormente con el fijo de obra, esta nueva modalidad será la naturalmente utilizada, el modelo por excelencia, en este concreto ámbito del sector.

Cuestión distinta es si las propias partes podrían excluir expresamente esta aplicación a nivel contractual, lo que a mi juicio siempre debiera ser posible. Y ello no ya tanto por la posibilidad para el empresario de excluir o de renunciar incluso anticipadamente al ejercicio de una causa de extinción legalmente establecida, sino, y sobre todo, por la posibilidad, a mi juicio evidente, de que las partes acuerden la consideración de su actividad como estructural -y, por tanto, excluida de esta causa de extinción-, al confirmar, por ejemplo, que la actividad desarrollada forma parte ya de las tareas ordinarias en el funcionamiento permanente de la empresa.

²⁵ Aunque ciertamente se ha hablado con razón de un cambio estético con efectos básicamente estadísticos no podemos dejar de señalar cómo, con todas sus carencias antes señaladas, en estos casos sí existe una obligación de recolocación que no existía bajo el anterior contrato fijo de obra. En un sentido similar, señalando que sería injusto negar a la reforma su voluntad de contribuir a la mejora de la estabilidad de los trabajadores en el sector Vicente-Palacio A., “La supresión del contrato...”, cit., p. 85.

²⁶ Recuérdesse que, de forma general, el artículo 18.3 VII CCGC -reiterando una regulación ya clásica en el sector- exige, en sede de ingreso al trabajo, que la empresa entregue “en todo caso” una copia completa del contrato a la persona trabajadora”.

Otra interpretación distinta condenaría a estos trabajadores a una situación peor en este aspecto a la anterior a la reforma laboral, ya que en aquel momento nada impedía a las partes, como se recordará, suscribir contratos fijos de plantilla para determinadas actividades de obra.

En cualquier caso, y más allá de esta especificación, buena parte del nuevo artículo 24 bis VI CCGC se limitó a una simple reproducción de la Disposición Adicional tercera de la Ley 32/2006, lo que, por otra parte, resultaba lógico dado lo prolijo y detenido de aquella regulación legal, más propia en ocasiones de una norma convencional que de la tipicidad propia de las normas legales en esta sede. De este modo, aspectos como la finalización de la obra o la propuesta de recolocación derivada de la misma -de la que en aquel momento no se daba aún un formato específico- se transcribían de forma casi literal, centrándose las aportaciones convencionales en dos aspectos fundamentales.

El primero se centraba en el tipo de formación necesario, en su caso, para permitir el acceso a la cualificación que permitiría la “recolocación”. En este ámbito, seguramente lo más importante, al menos conceptualmente, no eran las novedosas -aunque sí clarificadoras- reglas sobre el momento en el que esta formación debe impartirse -dentro de la jornada ordinaria²⁷, siempre que las circunstancias organizativas de la empresa así lo permitan- o sobre la consideración como tiempo de trabajo ordinario (nunca extraordinario), a los efectos retributivos o de compensación, cuando aquella deba desarrollarse fuera de dicha franja.

Lo seguramente más importante, conceptualmente al menos, es que la nueva norma convencional sí venía ahora a delimitar la extensión máxima del proceso formativo -veinte horas- más allá del cual no existiría, al parecer, obligación empresarial de ofertar la misma. Obsérvese, por tanto, que esta regulación delimita indirectamente el ámbito en el que el proceso formativo sí permite la adquisición de las cualificaciones necesarias para hacer exigible la recolocación -siempre, claro está, que no haya una persona trabajadora con mejor prelación- y en la que, por tanto, esta oferta es obligatoria, ya sea para la misma obra -pero distinto puesto o función en el que aún no haya concluido-, o en otra, debe entenderse, eso sí de la misma provincia²⁸.

Ahora bien, también en sentido inverso, esta misma cuantificación horaria marcaría igualmente la frontera en la que por ser el proceso de recualificación

²⁷ Esta ubicación es especialmente importante ante las dudas que sobre esta posibilidad planteó inicialmente un destacado sector de la doctrina -véase, por ejemplo, las dudas de Vicente-Palacio A., “La supresión del contrato...”, cit., p. 86.

²⁸ Aunque a mi juicio cabe admitir la posibilidad de que el empresario pudiera incluso ofrecer voluntariamente una colocación en otra provincia cuando no existiera en la de origen y, obviamente, como posibilidad y nunca como obligación para el empleador. En este sentido, no deja de ser llamativo que la cláusula anexa de propuesta de recolocación que, como veremos, más tarde

necesario más extenso dicha oferta no sería obligatoria para el empresario aunque sí existieran otras obras o puestos que requiriesen dicha cualificación incluso en la misma provincia. De ahí, en definitiva, la importancia de esta nueva regulación, más aún si recordamos cómo en el caso de contenidos formativos por oficios -véase lo establecido en el apartado 2 del Anexo XII, en relación con lo establecido en el artículo 139 de aquel CCGC- la suma de las catorce horas lectivas de la parte común de esta formación más las seis específicas para, entre otras actividades, las de albañilería, demolición y rehabilitación, encofrados, ferrallados, revestimiento de yeso, electricidad o mantenimiento de las instalaciones, se encuentran en este marco de veinte horas antes señalado.

Con todo, lo que la norma no aclara es qué ocurriría si fuesen varias y diversas las vacantes que podrían ser cubiertas con diversos procesos formativos de veinte horas como máximo. A mi juicio, el hecho de que esta formación corra a cargo de la empresa y que sea ella la competente para su organización, unido al hecho de que la norma atribuya igualmente al empresario la delimitación concreta del centro u obra -entre las varias que pudieran existir en la provincia- en la que se especifique la oferta de recolocación -atribuyendo al trabajador el simple derecho a “dimitir” si no estuviera conforme-, conducen en principio a remitir la elección del puesto y, por tanto, de la actividad formativa que se ofrecería al trabajador al empresario con, eso sí, los límites generales derivados del respeto a los derechos fundamentales del trabajador. No hay previsto, por tanto, un derecho del trabajador a optar en función, por ejemplo, de sus necesidades familiares, entre las diversas posibilidades y centros que en ese momento existan en la empresa.

Finalmente, y en tercer lugar, la norma igualmente destaca cómo más allá de las simples apariencias formalmente buscadas, el ofrecimiento de esta formación estaría condicionado, como “requisito básico”, no solo a que resultase necesaria -lo que es evidente-, sino también a que no concurriese cualquiera de los motivos de extinción previstos en la misma norma, clarificando, de este modo, que este proceso de formación, como de hecho, la propia recolocación, sólo sería exigible cuando antes -y no después- se hayan constatado su posibilidad; esto es, la inexistencia de los factores -ausencia de obra en la provincia, falta de cualificación no subsanable mediante esta formación de 20 horas como máximo, presencia de terceros con mejor derecho o incluso, rechazo de esta misma reubicación por parte de la persona trabajadora- que convierten ahora la finalización de obra -repetimos, tal como es definida en el precepto- en causa de extinción de la relación.

Por otra parte, el segundo ámbito donde se concentran estas novedades convencionales se centra, como era previsible, en los criterios de permanencia o prioridad que deben existir en caso de existir un exceso de personas con la

se incorporará al VI CCGC deje abierta la posibilidad de establecer una provincia específica, lo que suscita al menos esta posibilidad que la incluida en dicha oferta sea distinta a la del acuerdo inicial.

cualificación necesaria para desarrollar estas mismas funciones. Pues bien, en este caso, lo primero que hace el precepto convencional, desarrollado expresamente la remisión legal, es aclarar cuáles serían estas cualificaciones, conectándolas con el área funcional (esto es, gestión técnica, producción y actividades asimiladas y servicios transversales) niveles (fundamentales a efectos de retribución mínima, art. 50 VI CCGC), funciones, grupos profesionales y características del mismo. En definitiva, parece, cada uno de los conjuntos o ámbitos que se deducen de los encuadramientos de categorías, grupos profesionales y niveles retributivos en relación con los grupos profesionales y áreas funcionales tal como quedan fijados en el Anexo XI del CCGC.

Pues bien, dentro de estos ámbitos, dos son los criterios: el primero, la antigüedad -esto es, mayor tiempo de servicio y experiencia- pero obsérvese, no en general, sino limitadamente a aquella que se haya obtenido en la misma empresa -obsérvese, no para otras, aunque quizás sí del mismo grupo- y para el mismo “puesto a ocupar” en la nueva empresa; un concepto este último que no debe interpretarse lógicamente en el restrictivo sentido en el que era delimitado en el art. 22 del VI CCGC²⁹, sino en las funciones, grupo profesional, nivel retributivo y área funcional por el que le se incluye en el proceso de recolocación, obtenido a lo largo de toda su vida laboral en la empresa. Y solo subsidiariamente, esto es, en caso de igualdad en este primer criterio, la mayor antigüedad, obsérvese, en la empresa y no en el sector, sin que, eso sí, el precepto aclare si dicha antigüedad se refiere solo a la obtenida en la última relación entre las partes o si por el contrario debiera incorporarse a dicho cómputo la suma de otras posibles relaciones anteriores, aunque ya extintas, entre los mismos sujetos.

Ya para concluir, la norma no altera aparentemente ningún otro elemento de la regulación legal, si bien sí aclara que el plazo de quince días con el que debe comunicarse la extinción del contrato por ausencia de obras o de colocaciones adecuadas a las que tuviera derecho en dicho ámbito territorial podría sustituirse por un importe equivalente en días del preaviso omitidos, calculados sobre los correspondientes conceptos salariales del convenio de aplicación y que deberán incluirse en el recibo del salario con la liquidación correspondiente al cese. Y todo ello, claro está, “sin perjuicio de la notificación escrita” de dicho cese.

²⁹ Recuérdese que el art. 22 VII CCGC, heredero de una tradición conectada con el intento de eludir la versión originaria del art. 15.5 ET, identificaba locativamente el puesto de trabajo señalando que cualquier modificación de “las tareas o funciones que desempeñe la persona trabajadora, la categoría profesional que le corresponda dentro de la clasificación vigente y... el centro de trabajo donde se desempeñe la actividad” constituirían “un cambio de puesto de trabajo”.

2.2. La primera aparición del fijo-discontinuo y otras modificaciones sucesivas en relación con el contrato indefinido adscrito a obra

Por otra parte, y con el limitado antecedente que supuso la previa incorporación en la 23ª reunión de la Comisión Negociadora de un nuevo art. 25 bis VI CCGC, dedicado a la contratación fijo discontinua a tiempo parcial para formadores³⁰, lo cierto es que la definitiva incorporación del contrato fijo-discontinuo al sector de la construcción se produjo un poco más tarde, en el marco, esta vez sí, de una amplia modificación del VI CCGC, suscrita por las principales organizaciones sindicales y empresariales de nivel estatal el 13 de junio de 2022³¹.

Más allá de otras cuestiones ciertamente destacadas como la actualización retributiva, con expresa inclusión de una cláusula de garantía salarial -arts. 50 y 52-, la incorporación de un Plan de Pensiones -art. 52 bis- o la adecuación de la regulación sobre jubilación forzosa al nuevo marco legal -art. 96-, parece evidente que el núcleo de esta modificación se centró en sede de contratación; una materia esta a la que, eso sí, se unieron otras cuestiones menores, formales o de pura adaptación, como las modificaciones del artículo 4 VI CCGC en relación con el ámbito personal; de actualización económica -art. 50 VI CCGC remuneración mínima bruta anual-; de simplificación y ampliación del ámbito temporal de vigencia -artículo 7 VI CCGC, que en principio extendía ya uniformemente esta hasta el 31 de diciembre de 2026, anticipando lo luego recogido en el art. 7 VII CCGC-, o de extensión y actualización de materias exclusivas de este nivel de contratación -artículo 12 VI CCGC-.

Pues bien, en relación con estas modificaciones y sin poder entrar aquí en las diversas aportaciones en relación con otras modalidades contractuales -en especial, de los contratos formativos (desplazados ahora al art. 24 VI CCGC, con el resto de modalidades temporales y la puesta a disposición y para los que se incorporaba, por ejemplo, la expresa apertura de los trabajos en obra a los menores de 18 años -arts. 18 VI CCGC)-, parece evidente que el núcleo de esta reforma se produjo mediante la incorporación de un nuevo contenido del artículo 25 VI CCGC, dedicado ahora monográficamente a los contratos fijos-discontinuos.

Aparentemente, una rápida lectura de los primeros puntos de este nuevo artículo parecía justificar y centrar la finalidad de esta “nueva” modalidad para el sector de la construcción en la consideración de la misma como el cauce natural para articular, tras la reforma de 2021, los contratos ligados a la ejecución de “contratas, mercantiles o administrativas” lo que resultaba extraordinariamente importante

³⁰ De 25 de marzo de 2022. Su acta fue publicada mediante Resolución de 3 de mayo de 2022, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 117, de 17 de mayo de 2022.

³¹ Publicado por la Resolución de 23 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 187, de 5 de agosto de 2022. Sobre el contenido de este acuerdo véase Elorza Guerrero, F., Moreno Navarro, M.P. “El contrato indefinido adscrito...”, cit., p. 213 y sig.

especialmente en el ámbito de la conservación y mantenimiento de infraestructuras -art. 3.1.b VI CCGC-, con su correlativo impacto material en relación con las reglas específicas de subrogación en las contrata de mantenimiento establecidas en el art. 27 VI CCGC³². De hecho, era específicamente a estas genéricas “contratas, subcontratas o concesiones administrativas” a las que se refería el artículo 25.1 VI CCGC cuando, al hilo de la llamada a la negociación colectiva del art. 16.4 ET, abordaba expresamente el plazo máximo de inactividad en tales casos excluyendo, por cierto, la regla legal supletoria de tres meses, sin establecer otra específica y cerrada.

En cualquier caso, y más allá de la nueva reiteración de aspectos legales como los relativos a su forma y al contenido del documento (art. 25.2 VI CCGC y art. 16.2 ET), o de otras cuestiones, ciertamente importantes, pero menores a los efectos que aquí interesan -como la detallada regulación de la forma, plazo y contenido del preaviso del llamamiento y en su caso el orden de prelación (que debe entenderse siempre en el ámbito provincial)- tres son las cuestiones fundamentales que nos gustaría destacar aquí.

La primera, sin duda, la forma de delimitar, quizás excesivamente abierta, el tipo de actividad -a nuestro juicio, avanzamos, necesariamente intermitente- que justificaría tanto la estipulación de esta concreta modalidad contractual, como, por tanto, el llamamiento, la duración de la actividad y, por consiguiente, la duración del periodo de inactividad. Limitarse a señalar, como hace en ocasiones este precepto que “la persona trabajadora deberá ser llamada cada vez que la actividad de la empresa en la provincia lo requiera...en función de las necesidades de la empresa y del volumen de trabajo a desarrollar en cada momento”; o que el periodo de inactividad se corresponderá “con el período de tiempo en el que no sea precisa la prestación de servicios de la persona trabajadora porque la actividad de la empresa no lo requiera o por no existir necesidad de incrementar la plantilla, en la provincia en la cual aquélla suscribió el contrato de trabajo” constituye una forma tan genérica que seguramente requieren una reinterpretación legal, que intente compaginar el papel de cada una de las nuevas formas de contratación indefinida. Pero no avancemos acontecimientos,

Por ahora, nos limitaremos a destacar cómo parece absolutamente evidente y plenamente legítima la estipulación de esta modalidad para la cobertura de las necesidades temporales e intermitentes derivadas de contrata y concesiones, cuyo inicio y final, progresivo o incluso por fases o actividades, debieran considerarse, por tanto, como el, o los factores, que activarían el llamamiento, la finalización de la actividad o la vuelta a la misma. La finalización, incluso progresiva, de la misma debiera permitir, por tanto, pasar a situación de inactividad, de la misma manera

³² En relación con este tema, aunque referido al impacto que el nuevo contrato indefinido adscrito a obra podía tener sobre estas hipótesis véase Vicente-Palacio A, “La supresión del contrato...” cit., p. 88.

que la progresiva actualización de las distintas fases y trabajos contratados, así como la justificación progresiva de unidades de obra contratada debiera justificar las sucesivas fases de actividad o inactividad típicas de este contrato. En estos casos, no parece que hubiera en principio una limitación temporal en su duración -por tanto, incluso superior a tres años- o de concatenación sin límite, de diversas y sucesivas llamadas o suspensiones ligadas a la dinámica de las contrataciones estipuladas por la empresa.

Cuestión distinta, aunque a nuestro juicio, ciertamente relacionada, es si la simple obra, como tal actividad desarrollada por la empresa, aparentemente intermitente y típicamente con un periodo de ejecución indeterminado, permitiría la estipulación directa de esta modalidad, esto es, ligándola a la misma y no a la mera subcontratación. Pues bien, al menos a mi juicio, más allá de que en un sector como la construcción la mayor parte de las obras serán producto de una contratación o subcontratación, lo cierto es que, al menos en teoría, nada parece impedir esta posibilidad. Y de hecho, el propio artículo 25.4 VI CCGC se encargaba de clarificar esta opción cuando situaba la interrupción de los contratos fijos “discontinuos adscritos a obras” no ya tanto en la finalización incluso progresiva de la contrata, sino con la terminación, real, verificable y efectiva, incluso paulatina -unidades de obra-, de los trabajos a realizar en la misma u, obsérvese, mismas.

De aceptar esta premisa, el problema, evidente, sería como compaginar esta nueva modalidad contractual convencional con la ya existente, y, no se olvide, de creación legal específicamente para el sector de la construcción³³; esto es, con el contrato indefinido adscrito a obra.

Una primera y rápida respuesta sería, simple y llanamente, considerar que ambas modalidades -indefinido adscrito a obra y fijos discontinuos- podrían utilizarse indistintamente en el caso de obras y contrataciones y subcontratas de obra en el sector de la construcción -recuérdese la extraordinaria penetración de la subcontratación en la organización productiva de este sector- quedando entonces al albur de empresarios y trabajadores -o normalmente, a decisión solo del empleador-, cuando utilizar una u otra modalidad. Y, sin embargo, parecen evidentes los problemas que esta opción plantea.

En primer lugar, porque resulta difícil admitir ontológica y jurídicamente que un mismo evento -la finalización de obra- pueda justificar al mismo tiempo y según la previa modalidad elegida dos efectos aparentemente incompatibles como la suspensión del contrato y/o su extinción. Desde esta perspectiva, una vez que el legislador ha considerado la finalización de la obra en el sector de la construcción

³³ Esta duda ya se planteó por los primeros comentaristas de esta incorporación. De este modo, Elorza Guerrero, F., Moreno Navarro, M.P. “El contrato indefinido adscrito...”, cit., p. 214 ya señalaban como esta cuestión de cuándo se utilizaba una u otra modalidad “queda muy en el aire”.

como una causa, todo lo condicionada que se quiera, de posible extinción del contrato indefinido “continuo”, no parece razonable que los negociadores colectivos pudieran enmendar convencionalmente aquella primera decisión abriendo ahora sin más la opción de configurar esta misma finalización como una simple causa de suspensión, aunque, eso sí, esta pudiera llamativamente evitarles los problemas antes mencionados relativos a la hipotética incompatibilidad de la actual regulación legal con la directiva de despidos colectivos.

Ciertamente, podría alegarse que desde la perspectiva tuitiva del derecho del trabajo, esta opción podría resultar admisible si la misma fuera similar o incluso más beneficiosa para el trabajador que la previamente establecida en la norma legal específica y, por tanto, teóricamente prioritaria. Pero esta mayor tutela dista, al menos a mi juicio, de ser tan clara y evidente.

En este sentido, es cierto, y podría alegarse a favor de este uso indistinto de ambas modalidades, que la estipulación de un contrato fijo-discontinuo otorgaría, a pesar de la excesivamente genérica redacción del art. 25 VI CCGC, un derecho al llamamiento durante todo el periodo, en principio ilimitado, en el que subsista, aún inactiva, la relación laboral. Frente al genérico contrato indefinido adscrito a obra, en el que, como hemos visto, este derecho a la recolocación parece exigir y, por tanto, limitarse a aquellos supuestos en los que exista una concatenación casi inmediata entre las sucesivas obras o necesidades de personal, en el fijo-discontinuo este derecho no quedaría temporalmente limitado, sino que, como decimos, debería activarse no ya solo ante necesidades sucesivas sino también, aunque existiesen interrupciones temporales de la actividad, siempre, obviamente, que surja una necesidad laboral en el ámbito provincial del mismo área funcional, grupo profesional y características delimitadas en el contrato. Se trataría, por tanto, de un derecho al llamamiento sin límite temporal aparente y, por consiguiente, no constreñido, como parecía suceder en la recolocación del contrato adscrito a obras, a la existencia de esta posibilidad antes o coetáneamente -pero no posteriormente, al menos cuando el plazo sea significativo- a la finalización de la misma.

Además, a favor de esta opción de uso indistinto, también podría sostenerse que, aunque sea parcialmente, la indemnización en estos casos podría acabar siendo similar, sino idéntica a la generada en el adscrito a obra. Y ello ya que en estos casos el simple fin de la actividad supone la generación de una indemnización del 5,5% calculada sobre los conceptos salariales devengados, eso sí, durante el último periodo de actividad; una cantidad que se incrementaría además con el 1,5% necesario para alcanzar el 7% tradicional del indefinido adscrito a obra, tanto cuando el trabajador dimitiese durante los siguientes veinticinco meses, como cuando transcurridos estos, se acordase un mutuo disenso con la empresa. Si tenemos en cuenta que el propio art. 25.6 VI CCGC contempla expresamente que estas cuantías “no serán compatibles y, por tanto, se procederá a su compensación, con las indemnizaciones que pudieran corresponder por la extinción del contrato de trabajo en los supuestos recogidos en los artículos 40, 41, y del 50 al 55 del

E.T.”; y que en el contrato de trabajo podrá incluirse una cláusula en virtud de la cual la persona trabajadora autoriza a la empresa a practicar la compensación de las cuantías a las que se refiere el apartado anterior respecto del importe de la indemnización” se observará la aparente similitud o intento de equiparación de una y otra modalidad a efectos indemnizatorios. Máxime si asumimos que la referencia a veinticinco meses hasta la dimisión parece estar estrechamente relacionada con la duración máxima de la prestación por desempleo contributivo (art. 269 LGSS) al que durante el periodo de inactividad (art. 267.1.d LGSS) tendrían derecho estos trabajadores “fijos discontinuos”³⁴.

Y, sin embargo, también es cierto que a pesar de los intentos de equiparación subsisten algunas diferencias. En primer lugar, ya que, a pesar de su mayor duración temporal, el derecho de llamamiento del fijo-discontinuo no incluye el derecho a un proceso formativo de recualificación que amplíe las posibilidades de esta recolocación como en cambio sí sucede en el caso del contrato adscrito a obra. Y, en segundo lugar, porque si bien en principio la indemnización en ambos casos puede alcanzar el 7% de los conceptos salariales devengados, ello no siempre sucederá así. Piénsese, por ejemplo, que si el trabajador fijo-discontinuo decide permanecer en situación de inactividad, a la espera a una nueva llamada, esta permanencia hará que no tenga derecho al 1,5% antes mencionado, que se perderá caso de un nuevo llamamiento, al calcularse estos porcentajes en el art. 25 VI CCGC siempre sobre el último periodo de actividad.

En cualquier caso, creemos que la principal razón para rechazar este aparente uso indistinto y, en definitiva, para definir de forma diferenciada el espacio o nicho de una u otra modalidad, estaría en la propia definición legal del fijo-discontinuo. Y ello ya que, como ha recordado nuestro Tribunal Supremo, antes incluso de la última reforma laboral, esta última modalidad presenta o debe presentar como autentico rasgo o seña de identidad la necesidad ineludible de que las actividades que cubre sean en todo caso intermitentes; esto es, que no articulen prestaciones materialmente continuadas y estables (volumen normal y estable de actividad continua de la empresa, aun en distintas obras) impidiendo por tanto que a través de esta vía se sucedan o se quieran suceder la articulación de obras o contrataciones sin interrupciones en el correlativo marco temporal.

Si a todo ello sumamos el hecho de la última reforma laboral ha eliminado la anterior referencia legal a la necesidad de que los fijos-discontinuos cubrieran actividades dentro del “volumen normal de actividad en la empresa” cabría concluir proponiendo que el respeto a la ley nos exigiría reservar espacios diferentes a una y otra modalidad indefinida.

³⁴ Planteando dudas incluso sobre la legalidad de esta regulación convencional, al no establecer un plazo máximo de inactividad, con el consiguiente traslado de costes empresariales a la Seguridad Social, Lahera Forteza, J. “El contrato indefinido adscrito...”, cit., p. 256.

Así, el contrato “continuo o común” adscrito a obra debiera seguir siendo el modelo por excelencia para cubrir aquellas necesidades ligadas a obras pero que se enmarcan en el volumen normal de la actividad de la empresa, repetimos, a pesar de que estas se articulen en múltiples obras o contrata, siempre que se prevea el natural engarce de una y otras. Por tanto, través de esta fórmula contractual debieran formalizarse y seguir formalizándose aquellas relaciones que el empresario considera que, por su carácter habitual, por cubrir el volumen normal de la empresa, se mantendrán ininterrumpidamente mediante el trasvase sucesivo, con una normal continuidad, de una a otra u otras obras -o incluso contrata-, dentro de la misma provincia.

En cambio, mediante el contrato fijo-discontinuo se vendrían a cubrir aquellas necesidades previsiblemente intermitentes, añadidas, puntuales y, por tanto, no comunes ni continuas de estas empresas. Y de esta forma, el contrato fijo-discontinuo vendría así a competir, más que con el indefinido adscrito a obra -pensado aparentemente para las necesidades estables y continuas de las empresas-, con un contrato como el eventual -cuya indemnización se ha elevado igualmente hasta el ya común 7%³⁵- y muy poco utilizado tradicionalmente en la obra, no solo por el hecho de ser un contrato necesariamente a término cierto -lo que choca con el carácter incierto de la finalización de la misma-, sino también ya que su duración, aunque incrementada hasta los doce meses máximos establecida legalmente, podría ser escasa para obras no habituales, puntuales, pero aun así de larga duración, relativamente frecuentes en el sector.

Esta interpretación no solo permitiría salvar la aparente dualidad antes mencionada de la “finalización de obra”, que tendría, ahora sí, unas consecuencias lógicamente distintas en función del tipo de relación y la realidad sobre las que una y otra modalidad se insertan (esto es, extinción para las relaciones estables y continuas ante esta caída de la actividad habitual y continua; o de mera suspensión en las necesidades intermitentes y por tanto temporales que podrían reactivarse). Es que, además, esta misma interpretación permitiría fortalecer la búsqueda de la estabilidad material en el empleo, trasvasando relaciones de una modalidad temporal -circunstancias de la producción/eventuales- a ora indefinida -fijos-discontinuos- en una nueva muestra del carácter innovador e incluso experimental de este sector. Y todo ello, finalmente, sin olvidar que esta interpretación encajaría perfectamente con otros contenidos del mismo precepto

En este sentido, piénsese, en primer lugar, en la singular forma de delimitar convencionalmente la causa del llamamiento del fijo-discontinuo en este sector; una forma que, como hemos visto, y dejando a un lado las contrata de mantenimiento, más que estar centrada en el inicio de la obra o incluso de la propia contrata, hace

³⁵ Sobre la posible incentivación de la contratación indefinida que puede suponer este incremento de la contratación eventual, además temporalmente limitada con un término cierto, Lahera Forteza, J. “El contrato indefinido adscrito...”, cit., p. 255.

referencia genéricamente –art. 25.3 VI CCGC- “a las necesidades y al *volumen* de trabajo a desarrollar *en cada momento*”, lo que parece hacer referencia a necesidades puntuales y no continuas de actividad en la propia empresa. O, en segundo lugar, a la propia creación en el art. 26.7 VI CCGC, y al amparo del art. 16.5 ET, de bolsas provinciales específicas para estos específicos empleados, gestionada por delegaciones provinciales y coordinadas por la Fundación Laboral de la Construcción³⁶, en cuya organización y gestión paritaria tendrán un importante papel los convenios provinciales; unas bolsas estas a las que dichos trabajadores fijos-discontinuos podrían enviar sus “curriculas” y de las que las empresas podrán solicitar demandantes, en un intento evidente de facilitar su reincorporación a la actividad continua de esas empresas³⁷.

Además, lo que sí está claro es que en el diseño del VI CCGC esta aparición no parecía reducir la importancia del contrato indefinido adscrito a obra. De hecho, no deja de ser sintomático que esta misma modificación incorporase expresamente una mención a esta modalidad tanto el art. 93 VI CCGC, relativa a las causas y efectos de la extinción, como en el artículo 94 en relación con el cese, al mismo tiempo que se incluía finalmente en el Anexo XVI una cláusula anexa sobre “propuesta de recolocación con preaviso de extinción” (sic) y “propuesta de recolocación efectiva” especialmente clarificadora en los aspectos formativos, y en línea con lo que ya sostuvimos en el epígrafe anterior de este mismo trabajo³⁸.

2.3. El punto de destino: el nuevo VII Convenio Colectivo General de la Construcción y su recepción en los convenios provinciales

Finalmente, el cierre, al menos por el momento, de todo este proceso se produjo con la aprobación el 3 de julio de 2023 del texto del nuevo VII CCGC³⁹, que en su preámbulo, junto con otras importantes novedades, destaca, precisamente, “la tipología específica” con “notas claramente innovadoras” del contrato fijo-discontinuo.

³⁶ Recuérdese que la Fundación Laboral de la Construcción está registrada desde hace ya más de diez años como agencia de colocación y empresa de recolocación con centros de trabajo prácticamente en toda España.

³⁷ Destacando el carácter voluntario de esta opción Elorza Guerrero, F., Moreno Navarro, M.P. “El contrato indefinido adscrito...”, cit., p. 214.

³⁸ Sin poder detenernos aquí en otras cuestiones, sí quisiéramos llamar la atención sobre el hecho de que, del contenido de este Anexo, cabe incluso deducir la posibilidad de que la oferta fuese tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, lo que suscitaría la cuestión -en la que no podemos entrar aquí- de si mediante este procedimiento sería posible el cambio de una a otra forma de trabajo, a pesar de lo establecido en el art. 12.4.e ET.

³⁹ Publicado por la Resolución de 6 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2023.

En general, el VII CCGC solo procede a reiterar las regulaciones convencionales incorporadas progresivamente en las sucesivas reformas del VI CCGC antes mencionadas, procediendo, eso sí, a reenumerarlas. De esta forma el contrato indefinido adscrito a obra pasa así, con una regulación prácticamente igual a la antes analizada, al nuevo artículo 25 VII CCGC, mientras que el contrato fijo-discontinuo pasa a ser regulado en el artículo 26 relegando el fijo-discontinuo a tiempo parcial para formadores al artículo 27, siempre de este nuevo Convenio General de la Construcción.

Lo que sí desaparece, al parecer definitivamente, es la regulación global que del contrato fijo de obra aún se hacía en la Disposición Transitoria primera, tras la modificación de junio de 2022 antes mencionada, seguramente por el tiempo transcurrido desde su derogación legal, si bien llamativamente se mantienen aún ciertas referencias al mismo en otros preceptos del convenio, especialmente en relación con el modelo de renovación (anexo II), la suspensión por fuerza mayor temporal o los ceses, causas y efectos de su extinción⁴⁰.

Por lo demás, tampoco la negociación colectiva sectorial provincial parece haber alterado esta regulación, lo que resulta lógico dado el carácter excluyente que el propio Convenio General de la Construcción da a esta materia. Y de hecho, un rápido análisis de una muestra de estos convenios refleja, eso sí, una amplia y casi literal recepción de estas instituciones, y en especial, del fijo-discontinuo, sin mayores novedades⁴¹ salvo el hecho de que en algún caso el ámbito de la misma se especifica centrándolo expresamente en “el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o

⁴⁰ Véanse los artículos 21.4, 94.1.d), 97, 98.c) del VII CCGC.

⁴¹ Véanse, por señalar algunos ejemplos, art. 37 del Convenio colectivo para el sector de la Construcción da Coruña 2022-2026 (BO. A Coruña de 18 julio 2023, núm. 136); art. 17 del Convenio colectivo de construcción y obras públicas de la provincia de Burgos para los años 2022 a 2026 (BO. Burgos de 4 enero 2023); art. 40.bis del Convenio Colectivo del sector de la Construcción y Obras Públicas para los años 2022 a 2026, en la provincia de Ciudad Real (BO. Ciudad Real de 4 marzo 2024, núm. 45); art. 16 del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de la provincia de Cuenca para los años 2022 a 2026 (BO. Cuenca de 21 febrero 2024, núm. 22); art. 14 del Convenio colectivo de trabajo de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de la Provincia de Huesca (BO. Huesca 22 noviembre 2023); art. 41.1 del Convenio Colectivo de Edificación y Obras Públicas de la provincia de Lugo (BO. Lugo 27 diciembre 2023, núm. 295); art. 38 del Convenio colectivo de trabajo del sector de la construcción de la provincia de Tarragona para los años 2022-2026 (BO. Tarragona 21 diciembre 2023); art. 16 del Convenio Colectivo del Sector Construcción y Obras Públicas de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 21 diciembre 2023, núm. 303); art. 12 del Convenio Colectivo del Sector de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de Navarra (BO. Navarra de 2 mayo 2023, núm. 90).

Por su parte, el art. 7 del Convenio colectivo del sector de la construcción de les Illes Balears (BO. Illes Balears 24 febrero 2024, núm. 28) se limita a remitir esta materia al VII CCGC. Algo similar en los arts. 32 y 33 del Convenio Colectivo de trabajo para la actividad de Edificación y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2022 a 2026.

administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa⁴², o algún otro en el que llamativamente se establece una dirección de correo electrónica para comunicar la finalización de estos contratos a la Comisión paritaria provincial⁴³.

3. LOS EFECTOS DE LA REFORMA Y EL PAPEL DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Pues bien, con todo este panorama legal y convencional, lo primero que seguramente debe destacarse desde una perspectiva estadística, es el notabilísimo éxito que ha tenido la reforma laboral de diciembre de 2021, tanto en el conjunto del sistema como -y, lo que es más importante, al menos a los efectos que aquí nos interesan- en el sector de la construcción.

Así, y como puede apreciarse infra en la Tabla 4, si en general la tasa de asalariados temporales en el cuarto trimestre de cada año ha caído en el total de ramas de actividad del 26,1% en 2019 al 16,5% en 2023, con una reducción, por tanto, de más de nueve puntos y medio, esta misma reducción se habría más que duplicado en el específico sector de la construcción en donde se habría pasado del 38,2% de asalariados con contratos temporales en el cuarto trimestre de 2019 al 16,2% del mismo trimestre de 2023, lo que supone una reducción, obsérvese, de 22 puntos porcentuales o de casi dos tercios de su nivel inicial.

En definitiva, y si nos atuviéramos a este primer dato de tasa de temporalidad cabría sostener que el sector de la construcción ha sido sin duda clave en el éxito de toda esta reforma. Y ello ya que en dos años habría pasado de ser el sector que tradicionalmente mayor temporalidad presentaba, a situarse incluso por debajo de la media calculada para el conjunto de los sectores -16,2 % frente al 16,5%-.

Tabla 4: Porcentaje de asalariados con contratos temporales por rama de actividad. Cuarto Trimestre.

	2019T4	2020T4	2021T4	2022T4	2023T4	Reducción
Total	26,1%	24,6%	25,4%	17,9%	16,5%	9,6%
A Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	55,9%	54,4%	54,2%	38,6%	37,6%	18,3%
B Industrias extractivas	16,6%	11,1%	18,2%	10,6%	7,7%	8,9%

⁴² Art. 24.1 del Convenio colectivo Provincial de Córdoba para las Industrias de la Construcción y Obras Públicas (2022-2026) (BO. Córdoba 21 diciembre 2022, núm. 242).

⁴³ Art. 35 Convenio colectivo para el sector de la construcción de la provincia de Ourense (2022-2026)

	2019T4	2020T4	2021T4	2022T4	2023T4	Reducción
C Industria manufacturera	19,3%	17,7%	18,0%	10,3%	9,3%	10,0%
D Suministro de energía eléctrica, gas, vapor	14,8%	17,7%	14,8%	8,9%	9,1%	5,6%
E Suministro de agua	23,4%	14,6%	17,6%	7,3%	11,1%	12,4%
F Construcción	38,2%	35,3%	33,2%	19,8%	16,2%	22,0%
G Comercio al por mayor y al por menor;	22,6%	19,7%	19,6%	11,5%	10,5%	12,1%
H Transporte y almacenamiento	22,4%	22,0%	24,4%	11,9%	10,0%	12,4%
I Hostelería	34,8%	25,8%	33,6%	19,0%	16,2%	18,5%
J Información y comunicaciones	13,6%	13,6%	13,0%	8,2%	7,5%	6,1%
K Actividades financieras y de seguros	9,5%	8,5%	7,8%	5,6%	4,6%	5,0%
L Actividades inmobiliarias	17,3%	9,5%	15,9%	6,0%	4,3%	12,9%
M Actividades profesionales, científicas...	18,6%	18,7%	16,9%	11,2%	10,7%	7,9%
N Actividades administrativas y auxiliares	24,6%	26,5%	25,9%	16,6%	16,6%	7,9%
O Administración Pública	22,0%	21,4%	24,6%	23,1%	21,6%	0,5%
P Educación	28,0%	30,5%	29,4%	25,8%	26,6%	1,4%
Q Actividades sanitarias, servicios sociales	32,0%	34,2%	34,8%	30,6%	27,5%	4,5%
R Actividades artísticas y recreativas	37,8%	25,9%	31,5%	27,8%	25,8%	12,0%
S Otros servicios	21,7%	20,2%	21,7%	15,7%	11,9%	9,8%

Fuente: EPA y elaboración propia.

De hecho, y si comparamos estos mismos datos de temporalidad sectorial a nivel europeo -ver infra Tabla 5 referidos, eso sí, a los cuartos trimestres de cada año, peculiares por evidentes razones climatológicas- resulta llamativo comprobar como España ya no sería el país con la tasa más alta de temporalidad en el sector de la construcción. En poco más de dos años habría reducido su antes amplísimo diferencial con la media europea o con la eurozona a poco menos de cuatro puntos, cuando en el último trimestre de 2019 -esto es, antes de la reforma- el mismo rondaba los veintidós puntos porcentuales.

Tabla 5: Porcentaje de trabajadores temporales en el sector de la construcción en diversos países europeos, cuarto trimestre (2019-2023)

	2019-Q4	2020-Q4	2021-Q4	2022-Q4	2023-Q4
EU-27	16,05%	14,91%	14,11%	12,61%	11,84%
EU-20	16,89%	15,94%	15,34%	13,23%	12,26%
Bélgica	5,83%	5,02%	6,17%	3,57%	3,66%
Dinamarca	9,74%	9,99%	11,44%	10,06%	13,86%
Alemania	9,94%		8,80%	10,70%	9,64%
Irlanda	8,44%	8,36%		4,35%	
Grecia	16,36%	13,38%	13,90%	12,47%	17,79%
España	38,15%	35,36%	33,30%	19,69%	16,17%
Francia	20,15%	19,53%	16,72%	16,32%	15,58%
Italia	18,94%	18,38%	19,94%	14,30%	14,39%
Polonia	25,99%	23,56%	17,08%	17,49%	16,53%
Portugal	27,57%	21,96%	16,81%	16,81%	19,37%

Fuente: Eurostat, LFS, *lfsq_eegan2*, *lfsq_etgan2y* elaboración propia.

Y si esta es la evolución en relación con la población asalariada, algo similar cabe de deducir si lo que ahora se analiza es la tipología contractual que proporciona el Movimiento Laboral Registrado que, como se recordará, era y teóricamente será la fuente utilizada para la prevista evaluación de esta misma reforma laboral (DA 24 ET).

Como puede apreciarse infra Tabla 6 en este caso podríamos decir que el cambio ha sido casi radical y ha venido marcado, obviamente, por la desaparición del contrato de obra o servicio, antes típico de este sector -fijo de obra-. Ello ha provocado la absoluta desaparición en el año 2023 -tras el periodo de gracia del que antes hemos hablado en los primeros meses de 2022- de lo que antes constituía, casi, las tres cuartas partes de los contratos formalizados en este sector.

Pero aún siendo esto importante, aún lo es más que ese conjunto de contratos se haya desplazado, casi en su totalidad, a la contratación indefinida, ya sea mediante conversiones -especialmente importantes, por razones lógicas, en el año 2022- o, sobre todo hacia los indefinidos ordinarios o iniciales, singularmente en el año 2023. De hecho, la contratación indefinida en su conjunto pasó de rondar el 10% en 2020, a un 72,8% -prácticamente tres de cada cuatro contratos- en el año 2023; de la misma manera que la contratación temporal global habría pasado de ser aproximadamente el 90 % en el año 2020, a un escaso 27 % en 2023, con una evolución descendente incluso frente al año anterior⁴⁴.

⁴⁴ Esta misma percepción, destacando no obstante el hecho de que el SEPE no distingue entre indefinidos adscritos a obra y fijos de plantilla, en Elorza Guerrero, F., Moreno Navarro, M.P. “El contrato indefinido adscrito...”, cit., p. 216.

Esta última evolución se justifica, como decimos, por la desaparición del contrato de obra y por la estabilidad de las restantes causas temporales estructurales. El contrato eventual sigue sin alcanzar el 17%, con una evolución ligeramente ascendente, similar a la del contrato de interinidad/sustitución, mientras que los contratos formativos siguen, desgraciadamente sin despegar en un sector que, sin embargo, necesita empezar a facilitar el necesario proceso de transición ante el conocido proceso de envejecimiento de buena parte de las plantillas.

Tabla 6: Contratos registrados por tipología (2019-2023)

	2019		2020		2021		2022		2023	
	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%
Total indefinidos	139.135	11,2	111.324	10,2	174.307	15,2	644.213	62,0	634.416	72,8
Indefinido	70.611	5,7	59231	5,4	67.735	5,9	503.870	48,5	586.253	67,3
Indef. discapacidad	683	0,1	511	0,0	688	0,1	1.341	0,1	1.366	0,2
Convertidos indefinidos	67.841	5,5	51582	4,7	105.884	9,3	139.002	13,4	46.797	5,4
Total temporales	1.100.689	88,8	979.437	89,8	969.101	84,8	337.066	32,4	237.273	27,2
Obra o servicio	887.588	71,6	798831	73,2	762.503	66,7	138.123	13,3		0,0
Eventuales.	198.718	16,0	168429	15,4	189.514	16,6	178.251	17,1	147.172	16,9
Inserción laboral									70.317	8,1
Financ. Fondos europeos									833	0,1
Interinidad/sustitución	5.945	0,5	6224	0,6	8.712	0,8	13.027	1,3	11.863	1,4
Temporal discapacidad	1.073	0,1	762	0,1	997	0,1	529	0,1	402	0,0
Relevo	121	0,0	107	0,0	152	0,0	102	0,0	116	0,0
Jubilación parcial	453	0,0	449	0,0	552	0,0	426	0,0	480	0,1
Sust. Jubilación 64 años	1	0,0	1	0,0	2	0,0		0,0		0,0
Prácticas	4.539	0,4	3083	0,3	4.963	0,4	3.526	0,3	2.563	0,3
Formación/alternancia	877	0,1	608	0,1	690	0,1	1.726	0,2	2.404	0,3
Investigador predoctoral		0,0		0,0		0,0	1	0,0		0,0
Otros contratos	1.374	0,1	943	0,1	1.016	0,1	1.355	0,1	1.123	0,1
Total otros contratos	1.100.689	88,8	979.437	89,8	969.101	84,8	337.066	32,4	237.273	27,2
Total contratos	1.239.824	100,0	1090761	100,0	1.143.408	100,0	1.039.831	100,0	871.689	100,0

Fuente: Anuarios de Estadísticas Laborales de los años 2019, 2020, 2021, 2022, MLR-28. Los datos de 2023 están tomados de Estadísticas de Contratos SEPE, datos acumulados diciembre de 2023 y elaboración propia.

Todo lo más cabe apreciar un notable despegue de los contratos encuadrados dentro de la categoría “mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral/ fomento de empleo agrario” y que seguramente responden a la posibilidad excepcional, abierta primero por la Disposición Final segunda del RDL 32/2021 y más tarde, por la Disposición adicional novena de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y de acuerdo con el cual “las Administraciones públicas y, en su caso, las entidades

sin ánimo de lucro podrán realizar contratos vinculados a programas de políticas activas de empleo previstos en esta ley con las personas participantes en dichos programas”.

En cualquier caso, y una vez acreditada la rápida traslación de la reforma laboral tanto a las modalidades de contratación por su duración, como a la correspondiente tasa de temporalidad, la segunda cuestión que nos interesa destacar aquí es el impacto de la nueva regulación sobre el contrato fijo-discontinuo en un sector como la construcción en el que, como ha ocurrido tradicionalmente con la contratación a tiempo parcial, este tipo de relación era casi una perfecta desconocida.

Aunque en este caso, los datos de contratación publicados no son tan claros, el observatorio de ocupaciones del SEPE nos ha proporcionado las siguientes cifras, desagregadas en función de su jornada a tiempo completa, a tiempo parcial o fijo-discontinua.

Tabla 7: Contrataciones desagregadas por jornada completa, parcial y fijos discontinuos (2019-2023)

(CNAE09)		2019		2020		2021		2022		2023	
		%	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	Total
COMPLETA	Agricultura y pesca	3.006.042	95,9	2.781.186	96,8	2.780.672	95,4	1.453.096	64,7	917.702	51,9
	Industria	1.999.224	87,7	1.721.617	88,1	2.077.453	88,2	1.647.451	83,7	1.328.293	82,9
	Construcción	1.129.718	91,1	992.814	91,0	1.038.333	90,8	896.273	86,2	746.450	85,6
	Servicios	8.327.551	52,5	5.457.426	54,4	6.866.377	52,9	6.537.271	50,1	5.665.810	50,6
	Total	14.462.535	64,2	10.953.043	68,7	12.762.835	65,8	10.534.091	57,5	8.658.255	56,1
PARCIAL	Agricultura y pesca	52.669	1,7	27.162	0,9	42.881	1,5	19.567	0,9	14.068	0,8
	Industria	266.359	11,7	218.406	11,2	261.340	11,1	206.403	10,5	168.609	10,5
	Construcción	107.427	8,7	95.122	8,7	100.626	8,8	80.079	7,7	66.182	7,6
	Servicios	7.360.390	46,4	4.466.048	44,5	5.953.766	45,9	5.150.676	39,5	4.223.325	37,7
	Total	7.786.845	34,6	4.806.738	30,1	6.358.613	32,8	5.456.725	29,8	4.472.184	29,0
FIJO DISCON.	Agricultura y pesca	74.958	2,4	63.810	2,2	90.582	3,1	773.573	34,4	837.780	47,3
	Industria	15.055	0,7	13.309	0,7	16.020	0,7	114.850	5,8	105.084	6,6
	Construcción	2.679	0,2	2.825	0,3	4.449	0,4	63.479	6,1	59.057	6,8
	Servicios	170.149	1,1	103.336	1,0	151.860	1,2	1.367.625	10,5	1.311.845	11,7
	Total	262.841	1,2	183.280	1,1	262.911	1,4	2.319.527	12,7	2.313.766	15,0
Total	22.512.221		15.943.061		19.384.359		18.310.343		15.444.205		

Fuente: Datos proporcionados por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal y elaboración propia.

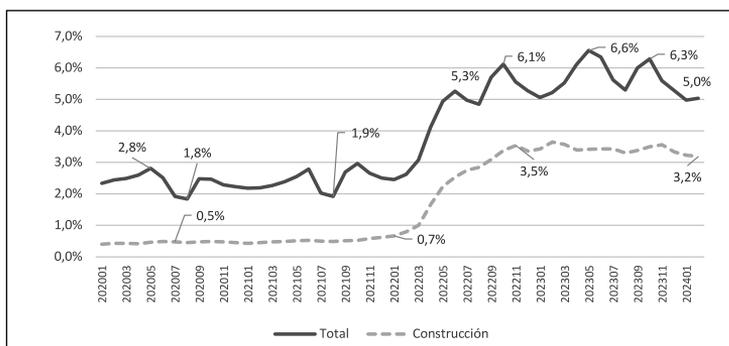
Pues bien, con estas premisas parece evidente el despegue, en general, de esta modalidad tras la reforma laboral de 2021. De suponer poco más del 1 % de los contratos durante los años 2019 a 2021, habría pasado al 15% en el año 2023 siempre para el conjunto de los sectores.

No obstante, lo que sí resulta llamativo es que, si se analiza el porcentaje que esta modalidad representa sobre el total de los contratos de cada sector de actividad, el impacto sobre cada una de ellas dista mucho de ser homogéneo: mientras su crecimiento es ciertamente apreciable en todos los sectores, resulta especialmente importante en servicios -en donde aumenta diez puntos hasta alcanzar cerca del 12% de los contratos- pero, y sobre todo en el sector primario de agricultura y pesca donde el año pasado se aproximó al 48% de los contratos realizados en este sector.

En el caso de la construcción el incremento es ciertamente significativo, pasando del 0,2% en 2019 o el 0,4% de 2021 al 6,8% de 2023, en una senda similar a la que ofrece el sector de la industria. Este incremento responde a una merma porcentualmente similar en los contratos con jornada completa -que siguen siendo, no obstante, la abrumadora mayoría- y de los contratos a tiempo parcial que continúan sin alcanzar los dos dígitos y que mantienen su concentración en los servicios. Pero lo más importante es que este incremento no parece afectar al núcleo de la contratación en construcción, lo que podría apoyar nuestra percepción de que el fijo-discontinuo no ha alterado el carácter central del contrato indefinido adscrito a obra como sucesor del fijo de obra y como modalidad central en la construcción española.

Finalmente, a unas conclusiones similares podríamos llegar si analizásemos, no ya la contratación, sino la afiliación a la Seguridad Social. Si partimos de la media mensual de los afiliados al Régimen general con una relación fija discontinua es fácil detectar -véase infra Ilustración 1- como el sector de la construcción ha presentado una media siempre inferior al del conjunto de sectores. Y como, si bien el porcentaje de estos se amplía sustancialmente a partir de 2022, este aun superando el 3% nunca alcanza la media de sectores que se sitúa entre el 5 y el 6 % de afiliados mensuales.

Ilustración 1: Porcentaje de afiliados media mensual con relación fija discontinua. Construcción y total.



Fuente: BBDD Estadísticas TGSS (<https://w6.seg-social.es/PXWeb/pxweb/es/>) y elaboración propia

En cualquier caso, lo que también demuestran los datos, analizando el promedio en el año de la media mensual de trabajadores de la construcción en función de su tipo de relación (véase infra Tabla 8) es que el trasvase en los años 2022 y 2023 se ha producido, básicamente entre el temporal a tiempo completo y el indefinido con esta misma jornada. Los fijos discontinuos se habrían incrementado, pero en el entorno del 3%, lo que parece indicar claramente el evidente predominio del contrato indefinido adscrito a obra.

Tabla 8: Promedio anual de la media mensual de afiliados Régimen General en el sector de la Construcción por tipo de contrato

		2020	2021	2022	2023	2024 (en-feb)	Diferencia 2024-2020
Total		846160	891573	931339	979085	981475	
Indefinido T, Completo	Total	416995	448277	639411	797256	823199	406203
	%	49,3%	50,3%	68,7%	81,4%	83,9%	34,6%
Indefinido T, Parcial	Total	36349	37430	50687	59240	59983	23634
	%	4,3%	4,2%	5,4%	6,1%	6,1%	1,8%
Indef. Fijo-discontinuos	Total	3858	4564	21791	33765	31510	27652
	%	0,5%	0,5%	2,3%	3,4%	3,2%	2,8%
Temporal T, Completo	Total	349682	359926	193262	73135	53379	-296303
	%	41,3%	40,4%	20,8%	7,5%	5,4%	-35,9%
Temporal T, Parcial	Total	31510	33256	17451	7570	6072	-25438
	%	3,7%	3,7%	1,9%	0,8%	0,6%	-3,1%
Formativos,	Total	5266	5113	5489	4705	3713	-1552
	%	0,6%	0,6%	0,6%	0,5%	0,4%	-0,2%
Otros	Total	2500	3009	3249	3414	3619	1118
	%	0,3%	0,3%	0,3%	0,3%	0,4%	0,1%

Fuente: BBDD Estadísticas TGSS (<https://w6.seg-social.es/PXWeb/pxweb/es/>) y elaboración propia

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras todo lo antes señalado podemos alcanzar ya algunas conclusiones. La primera y más evidente es que la rápida traslación de la reforma laboral al sector de la construcción, favorecida por una negociación colectiva sectorial estatal rápida y excluyente en este ámbito, ha permitido un cambio radical tanto en la tipología contractual como en el tipo de relación que ha caracterizado tradicionalmente a este sector. La absoluta desaparición del anteriormente omnipresente contrato fijo de obra no ha generado un desplazamiento o trasvase -tan típico en nuestra historia- a otras modalidades de contratación temporal. Salvo aquellos pocos contratos que han logrado articularse en el marco de programas de empleo, la inmensa mayoría

de aquellos acuerdos se han desplazado naturalmente al indefinido (suponemos, dada la ausencia de más distinción en los datos estadísticos, que a los adscrito a obra) sin que el volumen de eventuales, interinos o formativos se haya alterado significativamente. Ello ha conducido a que un sector paradigmáticamente temporal se haya situado incluso por debajo de una media nacional igualmente a la baja, coadyuvando al éxito, a mi juicio, algo más que estadístico, de esta reforma.

La segunda conclusión se centraría en que la introducción convencional del fijo-discontinuo no parece haber alterado la naturaleza hegemónica del contrato indefinido adscrito a obra. Aunque ciertamente se observa un despegue de esta modalidad, con anterioridad prácticamente ausente de este sector, el mismo no ha tenido, como algunos temían, un efecto sustitución del indefinido adscrito a obra, lo que parece apuntar su utilización para cubrir contratos o subcontratos del sector de mantenimiento o para actividades de obra intermitentes o puntuales, que no sean estables y ligadas a la actividad materialmente continua de estas empresas.

De esta forma, la singularidad del sector de la construcción, y su tradicional capacidad de “ingeniería jurídica” le habrían llevado, nuevamente, a construir un “peculiar” contrato fijo-discontinuo (liberado ahora de la anterior referencia legal al “volumen normal de actividad de la empresa”) como parte de un mecanismo ciertamente complejo; un mecanismo destinado, por un lado, a cubrir necesidades intermitentes y discontinuas, y, por tanto, no estables, eludiendo un contrato eventual que por la naturaleza de su término cierto y su específica limitación temporal nunca se ha ajustado al término incierto propio del sector de la construcción; y que, por el otro, intenta dotar de una mayor estabilidad a la contratación irregular, intermitente o no constante, generando una bolsa específica dentro de este sector gestionada por un organismo propio como la Fundación Laboral de la Construcción con funciones -intermediación, formación...- propias de un auténtico servicio de empleo sectorial y de gestión tripartita. El tiempo y la evolución estadística nos mostrarán el mayor o menor éxito de esta interesante opción. Lo que hoy es ya indudable es el éxito de la reforma laboral en el sector de la construcción.

EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL COMPLEJO DE PENÉLOPE DEL DERECHO ESPAÑOL*

ANTONIO COSTA REYES

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

ORCID: 0000-0003-1640-9321

EXTRACTO

Palabras clave: Contratación temporal; Directiva 1999/70/UE; indefinido no fijo; abuso; empleo público

La historia de la falta de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico con el marco comunitario viene de lejos, prácticamente desde el origen mismo de la Directiva sobre trabajo de duración determinada. El legislador español no entendió -o no quiso entender- que la transposición correcta de tal Directiva exigía un mayor esfuerzo que el que se realizó, no solo inicialmente, sino incluso tras las actuaciones posteriores.

Por esa razón, para quien ha prestado la debida atención a todo ello, poco le debe sorprender las recientes sentencias de abril y junio de 2024 del Tribunal de Luxemburgo, porque la misma viene a significar la enésima advertencia de que nuestro ordenamiento sigue sin trasponer adecuadamente la Directiva, pero también, y esto es relevante, de que la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal podría no estar haciendo lo suficiente para procurar el efecto útil de la Directiva.

Las siguientes páginas se dedicarán a analizar la doctrina del Tribunal de Justicia en la materia y a cuál ha sido la respuesta interna que Tribunales y legislador, particularmente tras las reformas de urgencia de 2021, han procurado a la cuestión de si en nuestro ordenamiento existen medidas adecuadas y, en concreto, a si es posible o exigible consideración como fijo de la relación temporal objeto de abuso.

ABSTRACT

Keywords: Fixed-term work; Directive 1999/70/EC; non-permanent contracts; abuse of fixed-term relationships; public employment

The lack of adaptation of our legal system to the Community framework goes practically from the very origin of Directive 1999/70/EC. The Spanish legislator did not understand -or did not want to understand- that the correct transposition of such Directive required a greater effort than the one that was made, not only initially, but even after the subsequent actions.

For this reason, for those who have paid due attention to all this, the recent TJUE judgments of 2024 should come as little surprise, but also, and this is relevant, that the case law of our TS may not be doing enough to ensure the useful effect of the Directive. The following pages will therefore be devoted to an analysis of the TJUE's doctrine on the matter and to the response that the Spanish Courts and the legislature have given to the question of whether there are adequate measures in our legal system and whether it is possible or required to consider fixed-term relationships as being subject to abuse.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2022-139488OB-I00 DER “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral”, financiado/a por MCIN 10.13039/501100011033.

ÍNDICE

1. A MODO DE CONTEXTO. LA (TRADICIONAL Y EXASPERANTE) INADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL MARCO COMUNITARIO.
2. LO QUE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA NOS DEVUELVE (OTRA VEZ)
 - 2.1. Desarrollo de procesos para la cobertura definitiva
 - 2.2. Otras medidas: Responsabilidad por incumpliendo de la normativa en materia de empleo público
 - 2.3. Resarcimiento económico: compensación por cese
 - 2.3.1. Configuración y causa. La compensación no viene a sancionar el incumplimiento del Derecho Comunitario
 - 2.3.2. Cuantía. La compensación no viene a sancionar de manera suficiente y disuasoria
 - 2.4. Reconocimiento como personal estable: de la insuficiencia del INF a la posibilidad de declarar la fijeza.
 - 2.4.1. La declaración como indefinido no fijo no es una medida adecuada.
 - 2.4.2. La posible consideración como fijo a partir de una interpretación conforme
3. ¿Y AHORA QUÉ?
 - 3.1. La indemnización per se como regla general
 - 3.2. La fijeza como posible solución específica

1. A MODO DE CONTEXTO. LA (TRADICIONAL Y EXASPERANTE) INADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL MARCO COMUNITARIO

Como sabemos, la historia de la falta de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico con el marco comunitario viene de lejos, prácticamente desde el origen mismo de la Directiva sobre trabajo de duración determinada (1999/70/CE). El legislador español no entendió -o no quiso entender- que la transposición correcta de tal Directiva exigía un mayor esfuerzo que el que se realizó, no solo inicialmente, sino incluso tras las actuaciones posteriores. Así, en una primera intervención (RD-Ley 5/2001), se limitó esencialmente a dar respuesta a la exigencia de la cláusula 4ª Directiva, al reconocer el principio de igualdad entre temporales e indefinidos, lo que tampoco evitó cierta inercia de nuestros tribunales por mantener diferencias y que aún llegan a nuestros días¹. Y, por lo que se refiere a las obligaciones que se derivarían de la cláusula 5ª Directiva (prevenir, evitar y sancionar el abuso o sucesión de contratos temporales), solo en un momento posterior, ante el fracaso de

¹ A modo de ejemplo: en materia retributiva; STJUE 09/07/2015 (C177/14); a los efectos de los procesos de selección, STJUE 12/10/2012 (C-302/11 a C-305/11) o del cómputo del tiempo como temporal a efectos de la consolidación del grado (STJUE 30/06/2022, C-192/21).

Debe recordarse la intervención del propio Tribunal Constitucional (SSTC 232/2015, de 5 de noviembre y 22/2018, de 5 de marzo) sobre la adecuación de las exigencias comunitarias y el marco constitucional. En dichas sentencias, el TC no parece considerar que el principio de no discriminación definido en la cláusula 4ª quede integrado dentro del art. 14 CE.

la inicial remisión entonces hecha a la negociación colectiva para que estableciera medidas para evitar el abuso-sucesión de contratos temporales, el RD-Ley 5/2006 reformó el art. 15 LET, incluyendo la previsión de fijeza en los casos de sucesión de contratos temporales en un periodo dado².

Tampoco ayudó a resolver este problema de acomodo a la Directiva la actuación del TS, reacia en gran medida a modificar y ajustar su jurisprudencia a las exigencias de la normativa comunitaria, en la que, lejos de procurar al menos el *efecto útil* de la misma con una *interpretación conforme* de nuestro ordenamiento interno, seguía reproduciendo en gran medida unos planteamientos interpretativos anteriores a la misma y, por tanto, basados solo en una lectura casera y autorreferencial de nuestro marco jurídico. Esta genérica afirmación no supone negar ciertos cambios y matizaciones importantes en algunos aspectos relativos al principio de igualdad (cláusula 4^a) y, en menor medida, en relación al abuso en materia de contratación temporal (cláusula 5^a)³.

Así, en un primer momento fueron las cuestiones relativas a la cláusula 4^a las que exigieron una mayor atención por parte de los tribunales (cómputo de la antigüedad, derechos de promoción, etc.)⁴. Aspecto que, al menos con relación al empleo público, sigue aun evidenciando la necesidad de adecuación, particularmente por parte de la jurisprudencia administrativa, mucho más reacia a aceptar cambios en su rígida y poco *conforme* a lo que requeriría el efecto útil de la Directiva en este ámbito.

² Previsión que, no lo olvidemos, quedó en suspenso desde 2011 -RD-Ley 10/2011- hasta 2012 inclusive -RD-Ley 3/2012, que adelantó unos meses la suspensión que el anterior estableció hasta 31/08/2013.

El RD-Ley 32/2021 culminará hasta ahora ese proceso con la introducción expresa de una sanción para el caso de abuso por rotación en el puesto (de nuevo, ante la práctica inacción de la negociación colectiva al respecto, pese a la remisión hecha en la mencionada norma de urgencia de 2006), y acortando los plazos para reconocer la fijeza en los casos de sucesión de contratos temporales.

³ Con todo, algunos de los más importantes cambios en esa jurisprudencia patria se harán de nuevo desde una perspectiva interna, con escasa o nula apoyadura en la Directiva (*v.gr.*, contrato de obra o servicio en los casos de contratos habituales y ordinarios), cuando no ignorándola (*v.gr.*, el caso del contrato fijo de obra); Costa Reyes, A., “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020”; Trabajo y Derecho, 75/2021 y “Contratos temporales causales. Análisis del art.15 LET para un contexto de posible (y necesaria) reforma” AA.VV. (Garrido, Coord.) Análisis actual de la contratación laboral; Monografías de Temas Laborales N° 63, Junta de Andalucía/CARL; 2022.

⁴ Capítulo específico implicó la cuestión de la indemnización por extinción de los contratos temporales que dio lugar a diversas sentencias -y contradictorias- del Tribunal comunitario [STJUE de 14/09/2016, C-596/14, Diego Porras I vs SSTJUE de 05/06/2018 (C-677/16 y C-574/16, Montero Mateos); y de 21/11/2018 (C-619/17, Diego Porras II), y de 11/04/2019 (C29/18, C30/18 y C44/18, Cobra)] y que el TS terminó cerrando (STS de 13/03/2019, rec. 3970/2016, ECLI:ES:TS:2019:945). No obstante, desde nuestro punto de vista, el cierre de la cuestión no nos parece que haya cerrado las dudas que se plantean sobre un posible trato discriminatorio (Costa Reyes, A., Contratos temporales causales...; cit.).

Más tarde, el protagonismo de esa inadecuación del marco normativo español correría a cargo de las exigencias de la cláusula 5ª, que es la que reclama la necesidad de medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia del Acuerdo Marco destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (tanto preventivas como, para salvaguardar precisamente el efecto útil de la Directiva, sancionadoras). Protagonismo que se ha debido, en mayor medida, al empleo público⁵, donde la falta de intervención del legislador en este ámbito llevó a nuestro Alto Tribunal a atraer y aplicar la figura del indefinido no fijo (INF) para el caso de los empleados públicos laborales y, por lo que se refiere a las plazas de funcionarios o estatutarios⁶, negando esa posibilidad y limitándose a exigir la prolongación de la relación en tanto la Administración no procediera a la cobertura reglamentaria de tal plaza⁷.

Pronto se evidenciarían las insuficiencias y nuevos conflictos que originarían tales construcciones, con los consiguientes problemas de seguridad jurídica. Así, y por lo que respecta al INF, el Alto Tribunal modificará en numerosas ocasiones aspectos sustanciales de su doctrina sobre el mismo⁸. Por poner algunos ejemplos de esa variable doctrina judicial, mencionaremos tres ámbitos: *uno*, en lo relativo a su naturaleza (mero contrato temporal, luego indefinido, mixto sujeto a condición y, finalmente, a término)⁹. *Otro*, respecto a la propia cuantía de la indemnización por su extinción *ex art.* 49.1, b) LET, esto es, derivada de tal cobertura reglamentaria de la plaza por otra persona distinta al trabajador objeto del abuso, donde sucesivamente pasó de negarla, para después reconocer la propia del contrato temporal¹⁰; hasta

⁵ Recuérdese que tales construcciones alcanzarán al empleo tanto en las AA.PP. en sentido estricto, como en el conjunto del sector público (y no solo para las entidades de derecho público). Entre otras muchas, SSTS (Pleno) de 18/06/2020 (rec. 1911/2018), o de 24/11/2021 (rec. 4280/2020).

⁶ A quienes son aplicables la cláusula 5ª de la Directiva (Acuerdo Marco), por todas, SSTJUE 14/09/2016, C16/15; y 26/11/2014, C-22/13.

⁷ Recuérdese que tal solución derivó de la exigencia por parte del Tribunal comunitario de que tal personal tuviera un tratamiento similar al INF (por todas, STJUE 14/09/2016, Asuntos 184/15 y 197/15). Como consecuencia, posteriormente, la sala de lo contencioso administrativo del Alto Tribunal vendría a declarar la continuidad de la relación (nulidad cese) hasta la cobertura tras la correspondiente convocatoria plaza; por todas, SSTS (C-A) de 26/09/2018 (reces. 785/2017 y 1305/2017) y de 12/05/2022 (rec. 6712/2020).

⁸ En extenso, Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos ¿una historia interminable o una historia terminada?”; Revista de información laboral, 10/2018, y Pérez Guerrero, M.L., El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad; Aranzadi, 2022.

⁹ Las sentencias clave de tal variación y una importante crítica a lo que ese vaivén respecto a la naturaleza implica y la incoherencia en su plasmación (a efectos de reconocer o no determinados derechos propios del personal fijo de carrera), en Yagüe Blanco, S., “El «indefinido no fijo de plantilla»: estado actual y perspectivas tras la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024”; Trabajo y Derecho, 112/2024 (LA LEY 13435/2024).

¹⁰ Por todas, SSTS de 06/10/2015, rec. 2592/2014, ECLI:ES:TS:2015:4420, y 31/03/2015, rec. 2156/2014, ECLI:ES:TS:2015:1768.

que, finalmente, ha impuesto una cuantía equivalente a un despido por causas objetivas¹¹. Y *tres*, en lo relativo a qué debía de entenderse por abuso en los términos de la Directiva (sucesión de contratos), en concreto, cuando formalmente existiera un solo contrato que se prorroga o cuando se producía la extralimitación de los plazos que para la cobertura de tal plaza prevé el art. 70 LEBEP¹².

En el ámbito del empleo administrativo (funcionarios y personal estatutario), como adelantábamos, la rígida y autorreferencial jurisprudencia de este orden, negará a quienes en ese ámbito se vean objeto de tal abuso, el derecho *per se* a una indemnización (ni tan siquiera por la extinción de su relación por la cobertura por un tercero de la plaza que el afectado ocupaba), remitiendo a las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que tal abuso le haya producido, los cuales ni se presumen ni puedan equipararse por comparación a la prevista para los laborales INF¹³ ... lo que en la práctica la hace enormemente difícil, ya que carga sobre el perjudicado por el abuso una prueba de enorme complejidad práctica.

En definitiva, a quien ha prestado la debida atención a todo ello, poco le debe sorprender las recientes SSTJUE 22/04/2024 (UNED, asuntos C59, C110 y C159, todos ellos de 2022) y 13/06/2024 (asuntos C331 y C332/22), porque las mismas vienen a significar la enésima advertencia de que nuestro ordenamiento sigue sin trasponer adecuadamente la Directiva, pero también, y esto es relevante, que la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal podría no estar haciendo lo suficiente para procurar el *efecto útil* de la Directiva.

En efecto, para comprender las referidas SSTJUE y sus, en apariencia, contundentes términos, es preciso recordar que dicho Tribunal ha venido insinuando desde hace años que ese incumplimiento del marco comunitario también puede ser producto de cierta inacción de nuestros tribunales a la hora de interpretar nuestro marco regulador. Y es que, como se sabe, el TJUE no puede resolver expresa y definitivamente si nos ajustamos a la referida Directiva ni cómo hacerlo, pues deben ser los Tribunales españoles quienes, sobre la base de las respuestas de aquél, comprueben si nuestro ordenamiento dispone de medidas ajustadas a las exigencias de la referida cláusula 5ª Directiva. En concreto, desde hace tiempo nos viene planteando si a tal efecto responde el reconocimiento como INF de la relación temporal abusiva, o la indemnización prevista para el caso de extinción de la misma o bien el desarrollo de procesos para la cobertura definitiva de tal plaza¹⁴.

¹¹ STS 28/03/2017, rec. 1664/2015, ECLI:ES:TS:2017:1414.

¹² Cuestión que, de nuevo, terminó aclarando el TJUE (STJUE 03/06/2021, C-726/2019) y aceptando *a regañadientes* y con matices el TS (STS 28/06/2021, rec. 3263/2019).

¹³ STS C-A de 21/12/2021, rec. 3565/2019, ECLI:ES:TS:2021:4813; reiterada en su sentencia de 09/05/2023, rec. 5132/2019, ECLI:ES:TS:2023:1927.

¹⁴ Por todas, STJUE 19/03/2020, C-103/18 y C-429/18.

A nuestro modo de ver, la posición autocomplaciente del TS sobre su solución al problema del abuso en el empleo público temporal vía INF (seguida con excesiva condescendencia por parte del TC)¹⁵, queda lejos de esa lectura atenta que reclama el Tribunal de Luxemburgo, como finalmente ha quedado evidenciado en la sentencia que analizamos. Las siguientes páginas se dedicarán, precisamente, a conocer cuál ha sido la respuesta interna -particularmente tras la reformas de urgencia de 2021 (RD-Ley 14/2021 y Ley 20/2021)- a si en nuestro ordenamiento existen esas u otras medidas adecuadas, entre ellas, la posible consideración como fijo de la relación objeto de abuso.

2. LO QUE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA NOS DEVUELVE (OTRA VEZ)¹⁶

2.1. Desarrollo de procesos para la cobertura definitiva

Desde antiguo, el TJUE, tal y como hace en la sentencia que comentamos, venía afirmado que podría ser una medida conforme a la cláusula 5ª el que en nuestro ordenamiento se estableciera la obligatoriedad de articular mecanismos para la cobertura definitiva de los contratos temporales objeto del abuso proscrito por la Directiva. Sin embargo, de la misma forma, advertía que tal conclusión no era predicable de la regulación contenida en el art. 70.1 LEBEP, porque los plazos allí exigidos para desarrollar tales procesos de cobertura quedaban en manos del propio empleador (Administración), ya que no existen mecanismos efectivos que garanticen que los mismo se llevaban a cabo en el plazo legalmente previsto.

Cierto es que, de manera más aparente que real, el legislador de urgencia de 2021 pretendió evitar esa situación, siquiera parcialmente. Así, respecto a situaciones anteriores a al RD-Ley 14/2021 (o la Ley 20/2021), se establecerá la obligatoriedad de procesos extraordinarios de estabilización del personal temporal que ocupara “plazas de naturaleza estructural que (...) estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en

¹⁵ *Vid.* SSTs de 24/11/2021 (rec. 4280/2020), ECLI:ES:TS:2021:4457, y (C-A) 26/09/2018 (rec. 785/2017), ECLI:ES:TS:2018:3250, en relación al ATC 427/2023, de 11 de septiembre y en contraste con el fundamentado Voto particular a esta última y al de Sempere Navarro en aquélla. También Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular en la administración pública. El rayo que no cesa. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo”; RDS, 103/2023.

¹⁶ Pese a que la sentencia viene referida al personal laboral, consideramos que sus conclusiones son, en general, plenamente extrapolables al personal funcionario. De opinión contraria, Moreno Brenes, P., “Fijos/temporales en el empleo público: el derecho de la UE no puede desplazar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. A propósito de la STJUE de 22 de febrero de 2024, sobre personal indefinido no fijo”; Diario La Ley, 10475/2024 (LA LEY 11241/2024).

los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020” (art. 2), y, más allá incluso, reclamará una convocatoria excepcional para la “consolidación” por la vía de concurso del empleo temporal de larga duración, esto es, (solo) para quienes hubieran estado ocupando plazas “con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016” (DA 6ª Ley 20/2021).

Sin embargo, como ya planteamos en otro momento¹⁷, este macroproceso de estabilización de empleo público temporal para regularizar situaciones anteriores tampoco puede ser considerado como una medida adecuada, entre otras razones, porque solo pretende resolver, en su caso, situaciones abusivas del pasado, por lo que la solución que contiene ni tan siquiera se mantiene, en todo caso, para los (nuevos) casos de abuso. Es más, incluso en situaciones *a pasado*, tampoco podrán beneficiarse quienes, aun siendo objeto de abuso, no cumplan los requisitos del mencionado art. 2 RD-Ley 14/2021.

Añádase, además y por extraño que parezca, que el legislador de urgencia de 2021 “olvidó” mencionar a los INF como destinatarios de tales procesos extraordinarios de estabilización-cobertura, lo que ha debido precisarse con posterioridad a través de instrumentos de dudosa exigibilidad¹⁸. Con todo, en nuestra opinión, la naturaleza temporal del INF debería implicar su inclusión, ya que de la redacción de la reforma de urgencia sobre tales procesos puede colegirse que solo podrán excluirse de la misma aquellos supuestos expresamente previstos¹⁹.

Pero más allá incluso de esas limitaciones subjetivas, lo cierto es que las previsiones normativas sobre el desarrollo de los procesos de cobertura tampoco permitirán colmar las exigencias de la cláusula 5ª, porque, como señalará el TJUE en las sentencias aquí comentadas, pese a que “la convocatoria de tales procesos dentro de los plazos establecidos puede prevenir, en principio, los abusos derivados de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada a la espera de que dichas plazas se cubran de manera definitiva”, lo cierto es que, pese a las medidas en este sentido de 2021:

Primero, tampoco se ha añadido ninguna garantía de que las AA.PP. cumplan efectivamente y en plazo tales convocatorias (singularmente, respecto a situaciones

¹⁷ Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

¹⁸ *Id.* Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, de 01/04/2022. Para *colmo*, tal Resolución no reclama expresamente que tales procesos extraordinarios abarquen a las plazas de los INF que cumplieran con los requisitos del art. 2 RD-Ley 14/2021 (o Ley 20/2021), sino que se limita a establecer que “podrán incluir las plazas ocupadas por personas que hayan sido declaradas como personal indefinido no fijo por sentencia judicial” (Orientación 1.5). No obstante, y solo respecto a la Administración General del Estado, ese potencial se convertirá en exigencia (“incluirán”) en el art. 4 Real Decreto 408/2022.

¹⁹ Así lo inferimos de la STS (C-A) de 25/04/2023, rec. 702/2022, ECLI:ES:TS:2023:1647

a futuro -contrataciones/nombramientos posteriores a la entrada en vigor de aquella normativa de urgencia, DT 2ª RD-Ley 14/2021 y Ley 20/2021), quedando por tanto nuevamente a discrecionalidad de la Administración-empleadora. Reiterará así el TJUE que también ahora, pese a los plazos concretos previstos en el art. 70.1 LEBEP “para que la Administración de que se trate convoque tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y esos procesos son poco frecuentes”.

Tal afirmación no quedará cuestionada, como luego veremos, por el hecho de preverse una supuesta responsabilidad por el incumplimiento de las previsiones en materia de contratación temporal (DA 7ª LEBEP, introducida por el RD-Ley 14/2021 y continuada por la Ley 20/2021).

Y segundo, y más importante, la propia configuración de los procesos extraordinarios de cobertura contemplados en la reforma de urgencia de 2021 evidencia que responden a otra finalidad (distinta a la de la Directiva): la de reducir la temporalidad en el ámbito del empleo público²⁰. Por tanto, tal previsión “no exime (...) del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada”; y ello porque “esos procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso”²¹.

En otras palabras, “dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión” (STJUE 22/04/2024, UNED, § 117-119).

Es cierto que quizás pueda matizarse esta última afirmación²², en tanto que los procesos extraordinarios previstos en el RDL 14/2021 (y en Ley 20/2021, especialmente, en su DA 6ª) sí tuvieron en consideración esas situaciones de abuso anteriores, como se refleja en los mecanismos de valoración de las pruebas (concurso-oposición, posibilitando que esas fases no sean eliminatorias entre sí y valorándose con un 40% el concurso, esencialmente vía experiencia en el nivel -simplemente vía concurso, para los supuesto de la mencionada DA 6ª Ley

²⁰ La propia reforma se de urgencia de 2021 así lo confirma, no solo desde su propia terminología (art. 2 Ley 20/2021/RD-Ley 14/2021 Procesos de estabilización de empleo temporal en el empleo público), sino esencialmente sobre la base de justificación, ya que se vinculan a las medidas dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -PRTR-, en el Componente 11 “Modernización de las Administraciones públicas” de la Palanca IV (Una administración para el siglo XXI).

²¹ STJUE 19/03/2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, §100 y 101.

²² Casas Baamonde, M.E., “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación

20/2021-). Sin embargo, también es innegable que las pruebas son abiertas y no garantizan, en todo caso, la cobertura definitiva de la plaza por el afectado, de ahí lo acertado de la conclusión del TJUE respecto a la plena adecuación de tal medida a los efectos de la cláusula 5ª.

2.2. Otras medidas: Responsabilidad por incumpliendo de la normativa en materia de empleo público

En alguna ocasión, el TJUE ha considerado que la imposición de responsabilidades a las AA.PP. y a sus directivos en materia de personal que infrinjan las normas relativas a la selección o a la contratación puede ser una medida acorde a la cláusula 5ª Directiva, ya que, en ciertos casos, permite prevenir y evitar el abuso (por todas, STJUE de 07/03/2018, C-494/16, Santoro).

En esta línea parecerían estar diversas previsiones contenidas en la legislación de urgencia de 2021 (aunque desde 2017 ya existían otras similares), en particular, la recogida en los dos primeros apartados de la ya referida DA 17ª LEBEP, pues con ella se pretende tanto reforzar el cumplimiento de la normativa que regula la contratación temporal, especialmente, el periodo máximo de duración de los contratos de interinidad por vacante (y en general de cualesquiera temporales), como reafirmar, indirectamente, la obligatoriedad de que los procesos selectivos para la cobertura definitiva de tales plazas se lleven a cabo en el plazo máximo de 3 años (art. 70.1, *in fine* LEBEP). Para ello, se introducirán medidas que, supuestamente, impedirían extender tales relaciones de interinidad más allá de ese plazo o de los periodos máximo de vigencia (*vid.* art. 10.4 LEBEP), incluida la exigencia de responsabilidad a quienes incumplan las previsiones dirigidas al control de la temporalidad.

No obstante, como expresa y contundentemente señalan las SSTJUE que comentamos, y tal y como ya hemos sostenido en otro lugar, tal previsión no satisface la exigida garantía de efectividad, ni tan siquiera respecto a los potenciales trabajadores a quienes va destinado (recordemos que la misma solo será de aplicación al personal empleado con posterioridad a la entrada en vigor de la norma de urgencia de 2021), lo que refuerza la insuficiencia de tal medida²³. Ciertamente, la supuesta medida *responsabilizadora* derivada de la DA 17ª LEBEP tiene tal grado de ambigüedad y de abstracción que no permite que sea efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula 5ª. En este sentido, para evidenciar esa insuficiencia, se recuerda por parte de los órganos judiciales que plantean la cuestión prejudicial que no se “tiene constancia de que se haya exigido responsabilidad a ninguna Administración

de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión”; Revista de Jurisprudencia Laboral, 2/2024.

²³ Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales” (STJUE 22/04/2024, UNED, § 112).

De todo cuanto antecede, la comentada STJUE 22/04/2024 (UNED, C59, C110 y C159/2022) negará validez a tal previsión, a efectos de la mencionada cláusula 5ª, sobre la base de los siguientes argumentos: primero, porque “la expresión «actuaciones irregulares» no está definida y, por lo tanto, es demasiado imprecisa para permitir la imposición de sanciones o la imputación de responsabilidades que cumplan con un principio de tipicidad y certeza”. Y segundo, porque “estas disposiciones nacionales no especifican las responsabilidades que se pueden exigir y se limitan a remitirse a «la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas», que no puede identificarse”.

En definitiva, no parece que la medida implementada en el ordenamiento español vaya a garantizar, *per se*, que se eviten los abusos o la celebración en plazo de tales procesos de cobertura definitiva, pues sin el correspondiente desarrollo, esta normativa carece de eficacia práctica.

Y como observa el Tribunal de Luxemburgo, la regulación española sobre tal responsabilidad queda lejos de las características que permitieron reconocer como adecuado a estos fines el mecanismo italiano de responsabilidad de las Administraciones, al que se refiere la ya señalada STJUE de 07/03/2018 (C-494/16). En efecto, la falta de contundencia de la previsión española contrasta con alguna de las medidas que el ordenamiento italiano contemplaba en este sentido, por ejemplo, a) estableciendo que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, b) esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. Igualmente, c) se dispone que las administraciones 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 infracción²⁴.

En todo caso, es oportuno observar que ni siquiera con tal alcance estas medidas *responsabilizadoras* evitarían la necesidad de adoptar otras de carácter reparador, por cuanto que, producido el abuso vedado por la Clausula 5ª Directiva, sería necesario resarcir a quien se viera afectado, como también contempla la previsión italiana.

²⁴ Por contraste, *vid.* STSJ Andalucía/Sevilla, 856/2024, ECLI:ES:TSJAND:2024:1: “(...) el que se prevean responsabilidades disuasorias en el sector público es una quimera, basta ver el decurso de la DA 17ª EBEP, introducida por el RD Ley 14/2021, no desarrollada por ninguna CCAA

2.3. Resarcimiento económico: compensación por cese

El legislador de urgencia introducirá también ciertas medidas económicas que, afirmará, servirán para ajustarnos a las exigencias comunitarias. Así, y respecto a esas situaciones que denominábamos *a futuro*, la DA 17ª LEBEP ofrece dos previsiones que la propia normativa de 2021 (E.MM, II y III) considera como un “mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio para el cumplimiento del deber de evitar abusos en la temporalidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, esto es, para cumplir con la cláusula 5ª Directiva: una, que ya hemos analizado en el apartado anterior, de exigencia de responsabilidades. Y otra, consistente en la fijación de una compensación económica para los casos de incumplimiento del plazo máximo de vigencia del contrato temporal cuando el trabajador afectado cesa definitivamente. Compensación que también está prevista *a pasado* (ex art. 2 Ley 14/2021 -y Ley 20/2021-) para quienes no superen los referidos procesos extraordinarios de estabilización de empleo temporal allí previstos.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista y como vendrán a confirmar las SSTJUE aquí comentadas, tal compensación tampoco será una respuesta adecuada a las exigencias de la cláusula 5ª Directiva (suficiente y disuasoria), tanto por la propia razón de ser (configuración y causa del nacimiento) como por razones materiales (*quatum*).

2.3.1. Configuración y causa. La compensación no viene a sancionar el incumplimiento del Derecho Comunitario

Como adelantábamos, las reformas de 2021 preveían tal compensación en favor tanto de quienes, a partir de la misma, vieran prolongado su contrato temporal más allá del plazo de vigencia legalmente previsto (DA 17ª LEBEP), como de quienes ya venían sufriendo tal extralimitación y no superasen los procesos extraordinarios de estabilización allí contemplados (art. 2 RDL 14/2021 -y de la Ley 20/2021 y DA 6ª de la misma-)

Refiriéndonos ahora a las situaciones *a futuro* (DA 17ª LEBEP), debemos comenzar subrayando su limitado alcance objetivo y subjetivo -y, con ello, desechando lo adecuado de tal medida a efectos comunitarios-, ya que tal compensación está prevista exclusivamente para el personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de tal normativa de urgencia de 2021 y, además, solo en el supuesto de “incumplimiento del plazo máximo de permanencia” fijado para cada contrato temporal, por lo que quedan fuera otros

al día de hoy; y, por supuesto jamás veremos medidas del tipo de 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 de que en los procedimientos judiciales sea obligatoria la constitución de la legitimación pasiva demandándolos como responsables solidarios, etc, etc.”.

casos de encadenamiento o sucesión abusiva de contratos²⁵. Sin duda, llama la atención lo restringido del supuesto que dará lugar a la compensación, al menos desde la perspectiva comunitaria, porque deja fuera como decimos el supuesto ordinario del art. 15.5 LET (en los términos de la DA 15ª LET).

Pero además de tales insuficiencias, hay otro dato que es el que lleva al TJUE a excluir su adecuación, y es que el derecho a tal compensación solo tiene lugar, *nace*, tras el cese efectivo del trabajador afectado. Es decir, con ello parece evidenciarse que lo que justifica el percibir esa compensación, y ni siquiera siempre, es la extinción-cese y no el mero abuso.

En definitiva, y respecto a las situaciones *a futuro* (DA 17ª LEBEP), nada impide que se pueda incumplir el plazo de 3 años (*ex arts.* 10.4, 2º y 70 LEBEP) ni, en general, la normativa relativa al empleo temporal, en especial, la vigencia máxima de la relación temporal (y que, como sabemos y luego analizamos, daría lugar a una sucesión de contratos a efectos de la Directiva); y en ese caso, sin que necesariamente nazca el derecho a la compensación, ya que la misma no tiene lugar por la mera superación de cualesquiera de aquellos plazos máximos, sino “a partir de la fecha del cese efectivo”²⁶. Pero como decimos, ni tan siquiera siempre. En efecto, y en esta línea de evidenciar que dicha compensación no sanciona *per se* el abuso, debe tenerse en cuenta que, incluso producido ese cese, la compensación no nace cuando la causa de la extinción de la relación de trabajo responde a razones disciplinarias o a la mera dimisión voluntaria por parte del trabajador... o, incluso, si el trabajador continua en dicha relación (entre otras, bien porque sea él quien obtenga la plaza tras el proceso de cobertura reglamentario o bien, porque, de ser funcionario interino, acontezca la excepción que permite la sucesión y extensión del contrato prevista en el art. 10.4 LEBEP).

Y por lo que se refiere a los abusos *a pasado* (art. 2 RD-L 14/2021 -y Ley 20/2021-), la compensación solo tiene lugar para el caso de que el trabajador afectado concorra a tal convocatoria excepcional de su plaza y no la obtenga, excluyéndose, por tanto, si la obtiene o si simplemente no se presenta a dichos procesos de estabilización extraordinarios. En esta línea, la desvinculación de tal compensación y el abuso sufrido se evidencia también porque la norma exige, para ser beneficiario de la misma, que se estuviera en activo en tal condición (funcionario interino o laboral temporal), es decir, tampoco se reconoce en caso

²⁵ Recuérdesse que lo que deba entenderse por sucesión de contratos a estos efectos no queda a la libre decisión de los estados, precisamente por su incidencia en el efecto útil de la Directiva, de ahí que tampoco cualquier interrupción entre contratos temporales excluiría la aplicación de la cláusula 5ª; por todas, STJUE 04/07/2006 (C-212/04).

²⁶ Lo que, por otro lado, parece confirmar que, superado el plazo máximo de vigencia, no tiene lugar la extinción automática de la relación (como algunos autores infieren del art. 10 y la mencionada DA 7ª LEBEP), sino que es posible que el trabajador continúe hasta un momento posterior, el del cese efectivo. En extenso, Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

de que quien, aun habiendo sido objeto de abuso, ya no tuviera tal consideración en el presente (*v.gr.*, porque ya no estuviera en activo por haberse extinguido tal relación temporal con anterioridad o por emplearse en otra plaza fija que hubiera obtenido, etc.).

En resumen, tal compensación no puede entenderse, ni siquiera para los supuestos allí previstos, como una solución al menos parcial y alternativa -a la no transformación en fija de la relación laboral de duración determinada abusiva-. Y así lo entienden las SSTJUE que comentamos cuando en ellas se afirma que tal compensación “no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión (...), porque tal abono por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos”. Aunque tal conclusión solo viene referida para las situaciones *a pasado*, creemos que, sobre la base de esos mismos argumentos, tal conclusión es extrapolable a la compensación prevista para los incumplimientos del plazo de vigencia máxima (DA 17ª LEBEP)

Y en esta lógica, debemos recordar que ya desde tiempo atrás el “Tribunal de Justicia ha considerado que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco (*cuando*) tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”²⁷.

2.3.2. *Cuantía. La compensación no viene a sancionar de manera suficiente y disuasoria*

Como expresamente resolverá la STJUE 13/06/2024(C-331/22 y C-332/22), § 81-82 y 91, la compensación tampoco parece que pueda satisfacer materialmente la finalidad de la sanción que se derivaría de la cláusula 5ª, por cuanto que su cuantía no permite considerarla una sanción disuasoria y efectiva frente “a los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de la normativa comunitaria” (cláusula 5ª Directiva)²⁸.

En concreto, dispone la norma, la cuantía de tal compensación será, de un lado, y para el personal funcionario, el equivalente a 20 días de sus retribuciones

²⁷ STJUE 03/06/2021 (C-726/19), § 73-74 (la *cursiva* es nuestra)

²⁸ STJUE 19/03/2020 (C-103/18 y C-429/18): “es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula”. En esta línea, Casas Baamonde, M.E., Informe “*Temporalidad...*”; cit., pp. 44.

fijas por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades. En el supuesto de los casos *a futuro* (DA 17ª LEBEP), además, esa antigüedad se referirá solo al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento, sin incluir la correspondiente por anteriores relaciones de trabajo a las que pudiera suceder aquél.

En nuestra opinión, más bien, se pretende esencialmente responder a la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso administrativo, que, como adelantábamos, excluía una indemnización automática y, de alguna forma, como ahora veremos, establecer cierto paralelismo -aunque en menor cuantía (pues solo se atiende a la antigüedad del contrato afectado y respecto a partidas fijas)- con la solución indemnizatoria que la Sala de lo social del TS reconocía para el caso de extinción del INF por la cobertura reglamentaria de la plaza por un tercero²⁹.

En cualquier caso, respecto al valor que tal compensación podría tener a efectos de la Directiva (en cuanto medida sancionatoria disuasoria y efectiva) -y confirmando así la conclusión de la mencionada STJUE de junio-, baste advertir que, pese a existir la referida indemnización por extinción en el ámbito laboral (cuya cuantía, repetimos, es superior a la que se prevé para la compensación ahora prevista), lo cierto es que no parece que haya servido como medida sancionadora efectiva y disuasoria, pues no se percibe un cambio en la actuación irregular o una minoración del abuso, sino que, más al contrario, parece que la misma ha servido de “traje a medida” de las Administración incumplidora, que ve reconocida una causa específica de extinción sin las exigencias y costes propios de los despidos por causas objetivas³⁰.

De otro lado, respecto al personal laboral temporal, tal compensación equivaldrá a 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”. De nuevo, para los casos *a futuro*, la antigüedad para determinar la cuantía de la compensación vendrá “referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento”. Como puede observarse, a diferencia de lo previsto en el ámbito funcionarial (y estatuario), se advierte ahora que tal compensación es independiente de la que

²⁹ Así parece reconocerlo nuestro Alto Tribunal, que en varios pronunciamientos expresará claramente la necesidad y urgencia de la reforma en la materia, pues en ellos vino a afirmar que la pretensión indemnizatoria del personal funcionario cesado sólo tendrá respaldo legal tras las reformas de 2021, y que precisamente por ello (*ratione temporis*), se les negó a las situaciones anteriores; por todas, SSTS de 30/11/202, rec. 6302/2018 (ECLI:ES:TS:2021:4532) -que se refiere al RD-Ley 14/2021- y de 09/05/2023, rec. 5132/2019 (ECLI:ES:TS:2023:1927) -que hace lo propio en relación a la Ley 20/2021.

³⁰ STSJ Madrid nº 944/2023, de 27 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2023:11782). A mayor abundamiento, añade esta sentencia, al estar tasada tal indemnización (12 mensualidades, solo partidas fijas, solo respecto al tiempo del contrato viciado, etc.), es manifiestamente insuficiente para disuadir de perpetrar la situación, especialmente, porque a partir de los 18 años en tal situación, el tiempo superior ni tan siquiera se tomaría en consideración en el *quatum*.

podiera corresponder en el ámbito laboral. Que así se señale deriva, precisamente, de la diversa solución judicial que ya hemos adelantado que existe actualmente respecto al derecho a tal indemnización para el de cese de uno u otro tipo de empleado público.

En cualquier caso, es evidente que, con esta intervención del legislador de urgencia de 2021, se confirma que esa indemnización ya admitida en el orden social no podía ser catalogada como medida adecuada a los efectos de la cláusula 5ª. En efecto, y como ahora explicamos, “la indemnización que recibe el trabajador indefinido no fijo por extinción del contrato de trabajo no supone una penalización o sanción para la administración que contrata ilícitamente (tampoco lo es en caso de contrataciones lícitas), sino una compensación al trabajador por la pérdida de su empleo”³¹, pues no percibe una cuantía distinta a la que le hubiera correspondido de conformidad a la regulación laboral para supuestos equivalentes (despido improcedente o por causas objetivas).

Retomando el tema de cuál sea esa indemnización que *a priori* le corresponde conforme a la legislación laboral y si, junto a la compensación, permite un *quantum* suficientemente disuasorio frente al abuso, caben dos opciones: o bien la que ya se fijó para el caso de extinción del INF o bien considerar que, tras la reformas de 2021 y 2022 la indemnización será ahora prevista para el caso de extinción del contrato temporal: doce días de salario por año de servicio (art. 49.1, c LET) o la fijada en la normativa específica (*v.gr.*, LETT). A nuestro parecer, debe excluirse esta última posibilidad, y no solo por su limitado alcance, ya que tal indemnización solo se prevé para el contrato por circunstancias de la producción, pero no para el de interinidad (que es el supuesto en el que en más ocasiones de incurre en el incumplimiento sancionado). Ciertamente, tal opción debe rechazarse, además, porque tal solución indemnizatoria exigiría que el contrato se ajuste a la temporalidad del art. 15 LET, lo que no parece que pueda sostenerse cuando se superaron los plazos máximos de vigencia³².

Por tanto, sostenemos que también ahora debe mantenerse la indemnización que el TS, con anterioridad al RD-Ley 14/2021, ya venía reconociendo en favor de quienes veían extinguida esa relación INF como consecuencia de la causa específica prevista (*ex art.* 49.1, b LET: cobertura definitiva de la plaza que ocupaban por parte

³¹ Sepúlveda Gómez, M., “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-86/14, de 11 de diciembre de 2014”; *Temas Laborales*, 129/2015, pp. 233.

³² En extenso, Costa Reyes, A., “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021”; *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 467, 2022.

de un tercero³³): la equivalente al despido por causas objetivas: 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades (art. 53.1, b LET)³⁴. Obsérvese, por lo que ahora interesa, que esta percepción económica no se preveía como sanción al abuso, sino como consecuencia de la extinción de tal relación INF y sobre la base del *principio de igualdad* en el tratamiento de situaciones materialmente equivalentes (pues operaba a modo de cese por causas organizativas)³⁵.

Es cierto que, si el personal laboral reclamase judicialmente, podría obtener una indemnización superior: bien porque el despido se considere improcedente o bien porque el trabajador afectado hubiera mantenido anteriores o posteriores contratos temporales con tal AA.PP. y fuera susceptible de aplicarse la doctrina judicial de la “unidad esencial del vínculo”³⁶. Pero estos supuestos, como decimos, solo acontecerán previo reconocimiento en la vía judicial, y en tal caso, se prevé por la legislación de urgencia de 2021 que “se procederá a la compensación de cantidades”, lo que parece apuntar a que si la cuantía fijada judicialmente fuera superior a lo percibido inicialmente con la extinción (indemnización y compensación), solo se abonará la diferencia...de modo que, en la práctica, el trabajador solo percibirá la cuantía indemnizatoria que le hubiera correspondido como a cualquier otro trabajador no afectado por este concreto abuso.

En definitiva, lo que pretendemos poner ahora de manifiesto es que puede ocurrir que, en caso de extinción del INF por tal circunstancia, no haya materialmente *compensación* o su cuantía sea mínima (lo que impide su consideración como suficientemente disuasoria). Así lo hemos ejemplificado en el supuesto de que el trabajador reclame judicialmente contra el cese (y que dará lugar a la compensación de cantidades), pero cuando para la indemnización laboral solo se computa la relación temporal en cuestión y el salario de referencia solo incluyera partidas fijas o las variables sean marginales con relación al total, ya que en este supuesto no hay (casi) diferencia.

³³ Como viene ocurriendo hasta ahora, STS 31/10/2023, rec. 1576/2022 (ECLI:ES:TS:2023:4591).

³⁴ STS 28/03/2017, rec. 1664/2015 (ECLI:ES:TS:2017:141). Observa la jurisprudencia que, al tratarse de una causa específica de extinción (*ex art. 49.1, b LET*), no sería preciso seguir el proceso extintivo ni las formalidades previstas en los arts. 51-53 LET; por todas, STS 23/03/2022, rec. 1236/2020 (ECLI:ES:TS:2022:1343). En consecuencia, y en sentido contrario, de pretenderse la amortización *ante tempus*, sí debiera cumplirse con los requisitos causales y formales *ex arts. 51 y sgs, LET*; SSTS 08/07/2014, rec. 2693/2013 (ECLI:ES:TS:2014:3514), y de 28/03/2017, rec. 1664/2015 (ECLI:ES:TS:2017:141). Y, del mismo modo, considera el TS que corresponde la declaración de improcedencia de la extinción de un INF en caso de que la plaza se hubiera ofertado como de personal funcionario (incluso aunque así estuviera catalogada en la RPT), por todas, SSTS de 07/07/2015, rec. 2598/2014 (ECLI:ES:TS:2015:3307) y de 09/06/2016, rec. 25/2015 (ECLI:ES:TS:2016:3087).

³⁵ En extenso, Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

³⁶ Sobre el tema, SSTS 09/12/2020, rec. 3954/2018 (ECLI:ES:TS:2020:4285), de 08/03/2007, 175/2004 (ECLI:ES:TS:2007:3871); de 21/03/2002, rec 2456/2001 (ECLI:ES:TS:2002:9451).

En definitiva, también por esta razón material podemos concluir que la compensación no busca, *per se*, para sancionar el abuso, sino que más pareciera que la misma tiene “como finalidad «una minoración de la litigiosidad», a sabiendas de que la atribución de la compensación económica es automática y no requiere decisión judicial”³⁷.

2.4. Reconocimiento como personal estable: de la insuficiencia del INF a la posibilidad de declarar la fijeza

2.4.1. La declaración como INF no es una medida adecuada

Como adelantábamos, el TS llegó a la conclusión -no sin dudas por parte de algunos de sus miembros- de que el TJUE había confirmado lo acertado de la figura del INF como medida ajustada a la cláusula 5ª de la Directiva. Sin embargo, como también hemos tenido la oportunidad de manifestar en otro momento³⁸, únicamente una lectura interesada o en clave *casera* podía llevar a tal resultado, porque no solo debemos recordar que el origen de la creación jurisprudencial de tal figura respondió a una cuestión ajena a las exigencias de la Directiva (el referido equilibrio entre los reclamos de la legislación laboral, de un lado, y, de otro, los principios y normas que rigen el acceso al empleo público)³⁹; sino también porque la misma no se ajusta a la visión dicotómica (temporal/indefinido) de la contratación laboral propia de la perspectiva comunitaria, la cual choca a todas luces con la “plasticidad” y el carácter híbrido que desde nuestro país se le otorga al INF.

Lo señalado exige el análisis de por qué la figura del INF no solo no da respuesta adecuada para dar cumplimiento a las exigencias de la cláusula 5ª, sino que incluso queda dentro del ámbito de aplicación-protección de la propia Directiva 1999/70/CE:

Primero, porque tal figura es, a estos efectos, una relación de trabajo de duración determinada⁴⁰. Tal y como ha venido sosteniendo el TJUE, la sentencia de 22/04/2024 (UNED) comentada reafirma que el elemento característico de un contrato de duración determinada es “la circunstancia de que el término de un contrato de ese tipo viene determinado por «condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado» (...)” Y, en este sentido, concluye respecto

³⁷ Cialti, P-H., “Las reformas laborales de 2021...”; cit.

³⁸ Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...”; cit.

³⁹ Se entiende así que tal figura se utilizara como solución general a cualesquiera casos de incorporación de un trabajador a la plantilla de las AA.PP. fuera de los procedimientos legalmente establecidos para la cobertura de plazas... salvo, finalmente, para el caso de reversión de empresas/contratas; Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...”; cit.

⁴⁰ AATJUE 11/12/2014, C-86/14, y 26/04/2022, C-464/21.

a nuestro caso que, mientras que “la extinción del contrato de un trabajador fijo está sujeta a las causas de extinción y a las condiciones generales establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo está sujeta, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a una causa de extinción específica. Así pues (...) un contrato indefinido no fijo, cuya duración está limitada por la producción de un hecho o acontecimiento determinado, a saber, la adjudicación definitiva de la plaza ocupada por el trabajador, (tiene) la condición de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco” (§ 63-65).

Segundo, porque la declaración como INF no excluye la existencia del *abuso* perseguido por la norma comunitaria. En efecto, y partiendo de la conclusión del párrafo anterior, precisa el TJUE en su sentencia de abril que, si bien y en principio, la cláusula 5ª de la Directiva se aplica para el caso de sucesión de contratos y, por tanto, la exigencia de adopción de medidas preventivas y sancionadoras reclamadas no serían predicables en el caso de un único contrato; no menos cierto es que “la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente” (§ 82).

Para llegar a tal resultado, la sentencia europea comenzará advirtiendo que, pese a que corresponde a los EE.MM. determinar “las modalidades concretas de aplicación del término «sucesivos», a efectos del Acuerdo Marco”, no menos cierto es que “el margen de apreciación así atribuido a las autoridades nacionales no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o la efectividad del Acuerdo Marco”. Tal limitación (dirigida a todas las autoridades, no solo al legislativo, sino también a los propios jueces) es particularmente necesaria respecto de la exigencia un concepto clave, como es el de “sucesivas relaciones laborales”, ya que “resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación” de la Directiva (§ 72-74).

Aplicada dicha advertencia a nuestro caso, el TJUE resolverá (§ 75, 78 y 80) que, “cuando un trabajador es declarado «trabajador indefinido no fijo», esta declaración (...) tiene como efecto sustituir por tal condición los contratos temporales que dicho trabajador haya podido celebrar anteriormente, de modo que, con dicha declaración, la relación laboral en cuestión pasa a ser, desde el inicio, una relación laboral indefinida no fija. De este modo, los contratos temporales celebrados con anterioridad dejan de estar vigentes y dicho trabajador queda vinculado desde el principio por un único contrato indefinido no fijo”⁴¹. Y es

⁴¹ Sobre esa interpretación, resulta interesante la STS 18/05/2022 (rec. 4088/2020), cuando afirma que el encadenamiento “revelaría la existencia de una unidad esencial del vínculo, en

precisamente este resultado el que puede generar un problema mayor respecto a la Directiva, pues “concluir que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada, a efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, por la mera razón de que un trabajador esté vinculado a la Administración de que se trate mediante un único contrato indefinido no fijo, mientras que (...), por un lado, este último contrato, también de naturaleza temporal, sustituye, como sanción, a sucesivos contratos temporales y, por otro lado, la permanencia de este trabajador indefinido no fijo en la plaza en cuestión se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de convocar, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de dicha plaza, de modo que su relación laboral, en consecuencia, ha sido renovada tácitamente durante varios años; podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco”. (...) Además, dicha interpretación restrictiva podría tener por efecto no solo excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empleadores para satisfacer necesidades permanentes y estables (...)”

En definitiva, las meras “prórrogas automáticas de dicho contrato de duración determinada pueden asimilarse a renovaciones y, por consiguiente, a la celebración de distintos contratos de duración determinada”. De lo que deducirá el TJUE que esos casos (como ocurre con el INF) “no se caracterizan por la celebración de un único contrato, sino por la celebración de contratos que efectivamente pueden calificarse de «sucesivos» a efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco” (§ 81).

Este planteamiento no es tampoco una novedad, pues responde a la línea interpretativa de dicho Tribunal orientada a evitar prácticas e interpretaciones internas que pudieran vaciar la Directiva. Así, baste recordar ahora que con anterioridad había apreciado sucesión de contratos temporales cuando exista prórroga de uno ya existente, esto es, aunque formalmente no se celebren nuevos contratos posteriores, ya que la «duración» de la relación laboral constituye un elemento esencial de todo contrato de duración determinada”, por lo que la modificación de la fecha de finalización inicialmente prevista (*v.gr.*, mediante prórroga -incluso automática- o novación) constituye un cambio esencial de dicho contrato, “que puede legítimamente asimilarse a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que suceda a la anterior relación laboral, comprendida, de este modo, en el ámbito de aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco”⁴². Y esto es lo que ocurre cuando, superado el plazo previsto

definitiva, de un único contrato, tal como se desprende de una adecuada interpretación y aplicación del Acuerdo Marco sobre trabajos de duración determinada incorporado a la Directiva 99/70/CE (STJUE de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04)”.

⁴² SSTJUE, 11/02/2021 (C-760/2018), particularmente, §39 y sgs. y de 03/06/2021 (C-726/19) §36 y sgs. Asumida en la STS 28/06/2021, rec. 3263/2019 (ECLI:ES:TS:2021:2454). A

para la convocatoria de la plaza para su cobertura definitiva (art. 70 LEBEP), la misma no ha tenido lugar, por lo que, también entonces existirá el abuso... como ya advirtiera la STJUE de 03/06/2021, C726/19 (IMIDRA), y que terminó por provocar el cambio en la doctrina del Tribunal Supremo⁴³.

Y finalmente, tercero, porque el INF ni tan siquiera permite servir de excepción a la renovación de los contratos temporales *ex letra a*) de la cláusula 5ª apartado 1 Directiva, como en el caso defendió el Gobierno español, quien alegó que la adecuación a los principios constitucionales era una razón objetiva para la renovación o sucesión del contrato temporal más allá del plazo previsto para la convocatoria de las plazas. Frente a ello, como decimos, el TJUE responderá en la sentencia de abril (UNED) que aquella disposición de la Directiva “se refiere a las razones objetivas que justifiquen la «renovación» de los contratos de duración determinada y no a las razones objetivas que justifiquen la aplicación, como tal, de un tipo de contrato, como el contrato indefinido no fijo” (§ 95). Recuérdese una vez más, como adelantábamos *supra*, que la creación del INF no respondía en realidad a las exigencias del marco comunitario, sino a intentar con ello adecuar los principios de acceso al empleo público con las consecuencias que en el ámbito privado se derivan de las irregularidades sustanciales o abusos en la contratación temporal.

En resumen, el INF, lejos de ser una medida adecuada a lo exigido en el ámbito comunitario para evitar el abuso (cláusula 5ª) -y para hacer realidad que la relación indefinida es la forma común de relación entre trabajadores y empresarios (Preámbulo Directiva)-, lo que implica es precisamente lo contrario, ya que permite perpetuar la situación de temporalidad y no disuade ni sanciona al empleador que así abusó.

la misma conclusión se llega para los casos de prolongación del contrato temporal en los que concurra algún elemento novatorio distinto, por accesorio que sea, en extenso Costa Reyes, A., “Descentralización productiva y contrato temporal...; cit.

⁴³ STS 28/06/2021, rec. 3263/2019 (ECLI:ES:TS:2021:2454). Sobre el tema, Costa Reyes, A., “De un (no) abuso del Decreto-ley a un posible (nuevo) intento de *lawfare*. Comentario a la STC 145/2023, de 25 de octubre, sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”; RDS, 104/2023.

Con todo, debe advertirse y precisarse que el TS sigue señalando que la mera superación del plazo de 3 años prevista en el art. 70.1 LEBEP no implica la automática consideración como INF en todo caso, de modo que habrá que estar al caso concreto. Y, este sentido, tal conversión no ocurrirá cuando se acredite por la AA.PP. “la concurrencia de circunstancias extraordinarias y excepcionales que impiden calificar como irregular, abusiva y fraudulenta su actuación”. La razón es que la declaración como INF se sustenta “en el irregular proceder de la entidad pública contratante, que incurre en abuso de derecho al mantener indebidamente ese vínculo laboral sin activar los obligados mecanismos legales para la definitiva cobertura de la plaza”, por tanto, su razón de ser no es solo porque “su duración resulte “inusualmente” larga, sino porque es además “injustificada””; SSTS 19/12/2023, rec. 4895/2022 (ECLI:ES:TS:2023:5873) y de 20/02/2024, rec. 5018/2022 (ECLI:ES:TS:2024:1052).

Ni que decir tiene que, si esta es la conclusión respecto al INF, mayor razón hay para sostener la insuficiencia de la solución dada para el ámbito funcional y estatuario, donde, recordémoslo una vez más, ni tan siquiera se producirá un cambio en la relación de trabajo, sino una mera prolongación de la relación de interinidad más allá del plazo inicialmente posible.

2.4.2. *La posible consideración como fijo a partir de una interpretación conforme*

Se trata, sin duda, de la cuestión más relevante y en apariencia, novedosa de las comentadas SSTJUE de 2024. Para una adecuada explicación del alcance de lo que dichas sentencias aportan en este tema es necesario, a nuestro entender, tomar en consideración algunas cuestiones previas.

Así, y en primer lugar, el TJUE ha afirmado en todo momento -y reitera en la sentencia comentada- que la Directiva comunitaria no contiene concretas medidas para sancionar el abuso, siendo ésta una cuestión que compete a los EE.MM. Por tanto, no es posible una aplicación directa de la Directiva, porque su cláusula 5ª no es “incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional” (§ 129), ni tampoco -añadimos nosotros- la inaplicación de las medidas que lo impidan (“efecto exclusión”), al no estar en juego los principios generales del Derecho de la Unión (como lo sería el principio de igualdad contenido en la cláusula 4ª)⁴⁴.

No obstante, el TJUE también ha reafirmado que esa remisión al Derecho interno en modo alguno puede implicar un vaciamiento del efecto útil de la Directiva y, por tanto, junto con la remisión al legislador para fijar tales medidas preventivas y sancionadoras del abuso, también reclama de los tribunales nacionales una *interpretación conforme* del ordenamiento jurídico que haga posible la efectividad de lo pretendido por tal norma comunitaria y, por ende, que permita una sanción proporcional y adecuada para disuadir del abuso⁴⁵.

En esta línea, el Tribunal de Luxemburgo también ha reconocido que, respecto a las medidas a adoptar *ex* cláusula 5ª, es perfectamente posible que las previstas para los casos de abuso en el empleo público no tengan que coincidir con

⁴⁴ Sobre el tema, Costa Reyes, A., “Extinción del contrato del trabajador con ocasión de su incapacidad laboral desajustes normativos y jurisprudenciales a la luz de la Directiva 2000/78/CE”; Derecho de las Relaciones Laborales, 9, 2019 (EDC 2019/752594).

⁴⁵ Como recuerda la STJUE comentada, se trata de “que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero” (§130). Y aclara, la “obligación de interpretación conforme se refiere al conjunto de las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a dicha directiva” (citando y remitiéndose a la jurisprudencia que contiene la STJUE de 11/02/2021, C-760/18).

las del ámbito privado⁴⁶. Por tanto, nada impediría que se dispusiera una medida en el ámbito público distinta a la fijeza contenida en el art. 15.5 LET. No obstante, también ha señalado que, si bien no está previsto en la Directiva, es perfectamente posible, aunque no necesario, que la medida sancionatoria sea la fijeza de la relación del trabajador afectado por el abuso, reiteramos, sin que ello pueda entenderse como una obligación general de transformar los temporales en indefinidos.

Ahora bien, a falta de otras medidas suficientes y disuasorias, puede y debe ser una medida adecuada para dar cumplimiento a la Directiva⁴⁷. Y en este sentido, el TJUE venía remitiendo a los Tribunales nacionales para que comprobasen si existían esas otras medidas y, en caso contrario, si era posible imponer tal fijeza, si quiera a partir de una *interpretación conforme* (aunque ello implique modificar la jurisprudencia existente si es incompatible con los objetivos de la Directiva)⁴⁸. Llegados a este punto es cuando debemos recordar que existe un límite claro a esa exigencia de los órganos judiciales de procurar una interpretación que, dentro de las amplias reglas de la exegética, permitieran un adecuado cumplimiento y efecto útil de la Directiva; a saber, que tal interpretación no sea “*contra legem*” (y/o *contra constitutionem*)⁴⁹.

En resumen, “la cláusula 5 de la Directiva, carente de efecto directo, no puede invocarse (...) con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria” a la misma⁵⁰.

Y es aquí cuando las SSTJUE que comentamos señalan varias conclusiones de especial interés en estos momentos: de un lado, que de cuanto lleva analizado parece poder concluir que nuestro ordenamiento jurídico interno no contiene, en el sector público, ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de la contratación de duración determinada (incluidos los INF, como hemos visto); por lo que “la conversión de estos contratos en una relación laboral de duración indefinida(-fija) podría constituir tal medida”. Y, de otro lado, que si la imposibilidad de reconocer esa (conversión automática en) fijeza en el empleo público no deriva explícitamente de la normativa interna, sino de la jurisprudencia consolidada, debería entonces modificarse ésta porque tal interpretación resulta “incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco”.

Corresponde pues resolver si la negativa a tal conversión deriva de una norma explícita que la prohíba o si cabe una interpretación de la misma que, sin contravenirla, permita admitir esa conversión en fijeza.

⁴⁶ Por todas, STJUE 07/03/2018, C-494/16.

⁴⁷ STJUE 03/06/2021, C-726/19.

⁴⁸ Por todas, STJUE, de 19/04/2016 (C-441/14).

⁴⁹ Casas Baamonde, M.E., “Los indefinidos no fijos...”; cit.

⁵⁰ STJUE de 19/03/2020, C-103/18 y C-429/18, §119 y jurisprudencia ahí citada.

Pero previamente conviene advertir que quizás no sean correctos los términos en los que los tribunales españoles le han planteado al TJUE esta cuestión. Así, pareciera que se ha querido basar la imposibilidad de la transformación automática de una relación de servicio temporal en una permanente-fijo en un mero problema interpretativo del TS, por cuanto que sería éste quien, a diferencia de lo que concluye el TC, considera que esa opción está excluida categóricamente en el Derecho español, no solo en el acceso a la condición de funcionario de carrera, sino también respecto del personal laboral, pues en ambos casos, la fijeza “sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad” (E.MM RDL 14/2021). Es decir, el TJUE entiende, a partir de los datos aportados, que en este punto existe una divergencia entre lo que al respecto interpreta el TC (que, *ex art.* 23 y 103 CE, limitaría tal impedimento respecto a las relaciones funcionariales o equivalente) y lo concluido por el TS, ya que sería éste quien estaría excluyendo tal posibilidad de fijeza automática a las relaciones de empleo público laboral, pues estaría exigiendo también en ellas el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En nuestra opinión tal planteamiento ante el TJUE es incorrecto. Así, podría aceptarse -con dudas- que el TC ha circunscrito las exigencias del art. 23 CE a las relaciones funcionariales en sentido estricto (*ex art.* 103 CE) y que, por tanto, constitucionalmente solo respecto de éstas (acceso a la función pública) nuestra Carta Magna parece exigir la observancia de los referidos principios, limitándose, respecto a las laborales, a reclamar el genérico principio de igualdad *ex art.* 14 CE, es decir, la “imposibilidad de establecer requisitos para acceder... que tengan carácter discriminatorio” o una diferencia no justificada⁵¹. Sin embargo, en la información aportada al Tribunal de Justicia se obvia que también es cierto que, en otros momentos, el TC parece requerir la sujeción de todo empleo público (laboral o funcional y estatutario) a los principios de mérito y capacidad, los cuales, en todo caso, parece sugerir que están implícitos en el art. 14 CE⁵²... aunque, es oportuno subrayarlo, en los casos en los que así lo ha hecho, tal afirmación pueda estar motivada en gran medida por las singularidades del supuesto enjuiciado, en el cual la fijeza pretendida lo era por quien había sido contratado en fraude como falso autónomo, es decir, por quien en ningún momento ha sido “objeto de selección a

⁵¹ SSTC 281/1993, de 27 de septiembre; 86/2004, de 10 de mayo; 132/2005, de 23 de mayo y 236/2015, de 19 de noviembre.

⁵² STS 29/04/2024, rec. 4962/2022 (ECLI:ES:TS:2024:2361). En la doctrina Administrativa, STS (C-A) 12/07/2023, rec. 7815/2020 (ECLI:ES:TS:2023:3232). Para numerosos autores el principio de igualdad implica, *per se*, los de mérito y capacidad, ya que solo a través de la valoración objetiva de los mismos puede evitarse vulnerar el mencionado art. 14 CE; Fernández Delpuech, L., “Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, Universidad de Granada (Tesis 2013), 2014, págs. 102, 110, 11. Otros autores concluyen que las exigencias de tales principios a todo empleo público derivan de los específicos preceptos constitucionales (art. 23 y 103 CE), aunque en su argumentación aportan referencias a SSTC relativas al personal no laboral (estatutario o funcional); así Moreno Brenes, P., “Fijos/temporales...; cit.

través de los procedimientos reglados”⁵³, precisión que consideramos de especial interés para lo que después se señalará para el caso de temporales que superaron un proceso de selección.

Sea como fuere, y en todo caso, no menos cierto es que el propio TS ha reconocido que “el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública”, como han hecho el art. 55 y la DA 1ª LEBEP, y sobre tal base normativa, “evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo (...). Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público (...)”⁵⁴.

En definitiva, la imposibilidad de conversión automática en fijo de la relación laboral temporal abusiva cuando no se ha superado previamente un proceso ajustado a los principios de igualdad, mérito y capacidad sería así una exigencia expresamente contenida en una disposición legal. Y, por tanto, en nuestra opinión, una *interpretación conforme* debería tener en cuenta tal limitación.

Reiteramos, el TJUE no exige tampoco ahora la conversión automática en fijo del laboral. Simplemente remite a los tribunales nacionales para que, atendidos todos los elementos, determinen si, a falta de otras medidas sancionadoras *ex* cláusula 5ª Directiva, es posible imponer esa conversión, al menos, tras una *interpretación conforme* de la normativa interna y siempre que no implique una *exégesis contra legem*.

Pues bien, de lo señalado debiera colegirse el rechazo a una generalización de tal conversión, pues lo que corresponde es un previo análisis justificativo e interpretativo en los términos vistos. En consecuencia, no parecen acertados aquellos pronunciamientos judiciales que, afirmando basarse en la STJUE de abril (UNED), están procediendo sin más a la consideración automática como fijo del trabajador laboral afectado por el abuso⁵⁵.

⁵³ ATC 122/2009, de 28 de abril (FJ 4).

⁵⁴ Entre otras muchas, SSTS (Pleno) de 18/06/2020 (rec. 1911/2018), de 02/07/2020 (rec. 1906/2018), de 19/10/2021 (rec. 2940/2020) o de 24/11/2021 (rec. 4280/2020). Dichos principios permitieron en su momento, incluso, declarar nula la cláusula de estabilización de empleo temporal prevista en el convenio aplicable a una empresa pública (RTVA); STS 13/11/2007, rec. 3/2007 (ECLI:ES:TS:2007:8667).

⁵⁵ Así parece inferirse también del *obiter dicta* recogido en la STS 29/04/2024, rec. 4962/2022 (ECLI:ES:TS:2024:2361). Nos referimos a la STSJ País Vasco, 22/04/2024 nº 979/2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:74) y la SJS nº 14 de Sevilla, 51/2024 de 27 feb., proc. 667/2023; y más aún, a la SJS nº 26 de Madrid, 66/2024 de 23 feb., porque reconoce expresamente que esa interpretación es contraria a nuestro marco normativo, pero aun así califica como fija la relación objeto del abuso. Con todo, otros pronunciamientos de duplicación, si bien mantiene la negativa a la fijeza automática, contienen importantes votos particulares favorables a ella, por todas, SSTSJ

En todo caso, la declaración de fijeza implicaría que, al no ser ya un INF con una concreta causa de extinción (*ex art. 49.1, b LET*), la mera cobertura reglamentaria de la plaza no operaría como tal⁵⁶, y, por tanto, solo sería posible la lícita extinción -por tal circunstancia, en caso de ser susceptible de reconducirla a algún supuesto extintivo- dentro de las causas (objetivas) generales de despido y, en todo caso, bajo el procedimiento correspondiente (arts. 52 y sgs. LET), de lo contrario, estaríamos ante un cese improcedente.

3. ¿Y AHORA QUÉ?

Ante la señalada inadecuación del marco normativo y la falta de medidas expresamente previstas en el ámbito del empleo público para dar cumplimiento a lo exigido en la cláusula 5ª Directiva, es preciso plantearnos qué soluciones son posibles dentro del respeto a nuestro marco jurídico interno, pero también, en favor del efecto útil de la Directiva, en particular, sobre la base de una *interpretación conforme*.

Al respecto, debe subrayarse la oportunidad perdida por parte del TC para dar respuesta a esta situación, pues si bien en un momento anterior se ha adentrado en la interpretación y aplicación de la cláusula 4ª, relativa al principio de no discriminación⁵⁷, no ha ocurrido así respecto a la cláusula 5ª, sobre el abuso en la contratación. Por todo ello, y teniendo en cuenta la incertidumbre sobre la conformidad de la posición del TS (en relación a la consideración del INF como medida adecuada) respecto a la jurisprudencia comunitaria sobre tal cláusula, compartimos la crítica del Voto particular contrario a la inadmisión que el ATC 427/2023 hizo del recurso de amparo en el que se le planteaba tal posibilidad⁵⁸.

En todo caso, para dar respuesta a esta pregunta debe tenerse en cuenta que “el artículo 5 del acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se

Madrid de 10/04/2024, nº 317 (ECLI:ES:TSJM:2024:2794), nº 318 (ECLI:ES:TSJM:2024:2795) y nº 319 (ECLI:ES:TSJM:2024: 2024, 2796).

⁵⁶ Como viene ocurriendo hasta ahora, STS 31/10/2023, rec. 1576/2022 (ECLI:ES:TS:2023:4591).

⁵⁷ SSTC 232/2015, de 5 de noviembre y 22/2018, de 5 de marzo.

⁵⁸ Además de por los argumentos sostenidos en el Voto particular a la misma, no debe desconocerse que con dicho ATC impedía que se valorase si se lesionaba su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por el hecho de que el TS no hubiera planteado cuestión prejudicial sobre el caso. En este sentido, el fallo parece obviar el art. 177 TUE “obliga, sin restricción alguna, a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, a someter al Tribunal de Justicia toda cuestión de interpretación” cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho Comunitario (por todas, STJUE 27/03/1963, asuntos 28/62 a 30/62). Por tanto, el TS podría no plantear la cuestión reclamada tan solo “cuando se haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación

opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe absolutamente, en el sector público, la conversión de la sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en contrato indefinido, siempre que esta normativa no prevea, para dicho sector, otra medida eficaz para evitar y, en su caso, sancionar la celebración abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”⁵⁹. En otros términos, “una regulación nacional que prohíba de forma absoluta dicha medida de conversión en el sector público ha de verse acompañada de otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada”⁶⁰.

Consecuentemente, exploraremos las vías de adecuación desde una interpretación conforme de la legislación interna: en primer lugar, respecto a la posibilidad de otra medida efectiva, como puede ser una indemnización *ad hoc*. Y, en segundo lugar, analizaremos hasta qué punto es posible la declaración de fijeza.

No desconocemos que otros autores plantean una solución que, sin negar una posible indemnización adicional por daños y perjuicios (eso sí, cuando se pruebe el daño o, al menos, se acredite la falta de connivencia del trabajador), pretende, precisamente, acabar de una vez por todas con la figura del INF, y que, en esencia, supone rescatar la antigua doctrina judicial administrativa sobre el tema: anular el contrato laboral (o el nombramiento funcional) -con los efectos previstos en el art. 9.2 ET- ante el incumplimiento de facto del procedimiento administrativo necesario y acorde para la válida conformación de la voluntad del ente contratante⁶¹. No podemos compartir esta conclusión, por cuanto que, una vez más, este tipo de soluciones *a)* terminaría por beneficiar al empresario público incumplidor (tanto más, vistas las exigencias administrativas para reconocer la referida indemnización -especialmente si se pretende que, incluso, sea suficientemente adecuada y disuasoria-); además, *b)* no resuelve el problema, pues nada impide que, incluso precisamente por esa ventaja, se vuelva a “incurrir” en esa causa de nulidad y, por tanto, o bien podría desatenderse el servicio en el que prestaba servicios la persona cuyo contrato se anula, o bien, en su caso, que -ante la falta de personal derivada de tal nulidad- habría que contratar/nombrar a una nueva y diferente persona “interinamente”. Y finalmente, *c)* porque condicionaría al trabajador perjudicado por el abuso o la irregularidad para reclamar sus derechos, ante el riesgo de ver anulado su contrato.

del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna”; (STJUE 06/10/1982, 283/81 CILFIT). Circunstancias estas últimas que, como subraya el Voto particular, no parece que acontecieran en el caso.

⁵⁹ ATJUE 30/09/2020, C-135/20, Gondomar.

⁶⁰ ATJUE 01/10/2010, C-3/10, Affatato, § 42.

⁶¹ Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos...”; cit. Recientemente, Yagüe Blanco, S., “El «indefinido no fijo de plantilla»...”; cit.

Con todo, más allá de las soluciones a explorar, lo cierto es que deviene imprescindible una rápida intervención del legislador que aporte una solución normativa concreta al problema que suscitan las comentadas SSTJUE de 2024, porque “pone patas arriba buena parte del empleo público español”, pese a la preocupación que por el tema de la temporalidad mostró la regulación de urgencia de 2021, porque medidas, como hemos concluido, tampoco permiten ajustarse a la Directiva⁶².

3.1. La indemnización (adicional) *per se* como regla general

La solución que plantean algunos parece girar, más que en la declaración de fijeza, en la posibilidad de un *quantum* indemnizatorio acorde a lo exigido en la Directiva, en el bien entendido que ésa sería distinta y al margen de la que, en su caso, correspondiera por el cese del trabajador afectado.

Comenzando por esta última, se plantea que la que correspondería sería la propia del despido improcedente. Así lo entienden quienes afirman que esa cuantía es la misma que también se prevé para el caso de resolución del contrato ante los incumplimientos de su empleador (art. 50 LET), en este caso, por analogía, ante la falta de cumplimiento de los plazos en los que debe cubrirse definitivamente la plaza (art. 70.1, *in fine* LEBEP)⁶³.

Del mismo modo, aunque desde otra argumentación, alcanza similar conclusión la STSJ Andalucía/Sevilla, nº 856/2024, sobre la base de que el INF es una especie de *tertium genus*, a medio camino entre temporal e indefinido, con una causa extintiva propia (cobertura de la plaza por un tercero tras el proceso selectivo correspondiente) que encontraría inicial sustento en el art. 49.1, b) LET⁶⁴. Sin embargo, entiende el Tribunal andaluz, tal cláusula deviene abusiva en los casos en los que su vigencia se dilata en exceso en el tiempo (equivalente por tanto a la imprevisibilidad de la finalización del contrato y a su duración inusualmente larga)⁶⁵; es decir, ya sea porque el INF derive del encadenamiento ex art. 15.5 LET o ya sea porque se superen los plazos legales para el desarrollo del proceso selectivo exigible para la cobertura de la plaza (art. 70 LEBEP). En consecuencia, superados esos plazos, debe negarse la existencia o incluso la validez de una cláusula como la

⁶² Vivero Serrano, J.B., 2024, La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE: ¿y ahora qué?; Briefs-ADTSS, 30/2024.

⁶³ Por todos, Terradillos Ormaetxea, E.; “Una propuesta sobre el cumplimiento de la doctrina de la STJUE (Sala 6ª), de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C 59/22, C 110/22 y C 159/22), relativa a la contratación temporal abusiva en el empleo público”; Briefs-AEDTSS, 33/2024.

⁶⁴ En dicha sentencia se precisa que tal cláusula debe ser entendida como una condición, no un término, y, con ello, reclamando de esta forma la vuelta a la inicial consideración que el TS realizó sobre el INF antes de su sentencia de 24/06/2014, rec. 217/2013 (ECLI:ES:TS:2014:3081).

⁶⁵ STJUE 05/06/2018, C-677/16.

del mencionado art. 49.1, b) LET y, en ese caso, sería ilícita la extinción unilateral decidida por la Administración sobre la base de tal circunstancia y, por ende, el despido sería ahora declarado como improcedente.

Ahora bien, como también expresa tal sentencia de suplicación, tampoco parece que con esta indemnización de despido improcedente por tal circunstancia no ajustemos a lo exigido por la Directiva, pues la misma no derivaría realmente del abuso, sino de la ilícita extinción. Y, por ello, con independencia de la indemnización por extinción, debiera reconocérsele al trabajador -adicionalmente- “una indemnización no tasada por haber recurrido el empleador a una utilización abusiva”. En todo caso, reiteramos, sin que la misma se vincule necesariamente al despido o extinción, sino que se le reconozca *per se*, por haber sido objeto del abuso⁶⁶.

Y, precisamente para hacer acorde el Derecho interno y el Comunitario, creemos que deben abandonarse posiciones tan rígidas como la que la Sala de lo contencioso viene estableciendo para admitir una indemnización a los funcionarios temporales afectados por el abuso y, en consecuencia, buscar parámetros que agilicen y garanticen la efectividad de esa indemnización que, no lo olvidemos, tiene más de sanción (en sentido amplio -para disuadir- y no en términos meramente punitivos), que de satisfacer el daño o perjuicio sufrido. Una vez más, el problema sería determinar cuál sea esa cuantía.

Al respecto, bien podrían utilizarse los argumentos antes señalados para sostener que, en todo caso, la cuantía debería ser equivalente a la de un despido improcedente. Sin embargo, también se levantan voces que consideran que no parece acertado la aplicación analógica de la cuantía que implica un despido improcedente ya que, observan, el supuesto que lo justifica -extinción- no casa con la idea de su generalización *per se*, por cuanto que la relación se mantendría en vigor, al no depender ahora su nacimiento de tal extinción. Por esa razón, quizás sea oportuno tener en cuenta, una vez más, lo dispuesto en la LISOS⁶⁷-. Solución que implica esa finalidad sancionadora y disuasoria -amén que reparadora- y también permite dotar de uniformidad a la indemnización por el mero abuso (sin

⁶⁶ Sobre esta opción, la de reconocer una indemnización adicional a la prevista para la extinción como medida acorde a la Directiva, la STJUE comentada rechaza pronunciarse (inadmisión de la 13ª cuestión del asunto C-59/22), por tratarse de una cuestión hipotética y no concretada (falta de explicaciones e indicaciones sobre las normas o jurisprudencia sobre la misma).

⁶⁷ Así, STSJ Madrid nº 944/2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:11782), que toma en consideración los arts. 7.2 y 40.1, c) *bis*. Aplicando tal doctrina, vienen apareciendo ya diversos pronunciamientos que reconocen este tipo de indemnización al personal objeto de abuso que concurrió al proceso extraordinario de cobertura de plazas ex reformas de 2021, incluso cuando haya obtenido la plaza, SJS nº2 Granollers, 77/2024 de 24 de marzo... y no es el único, como decimos, “Tres sentencias pioneras para los interinos: sacar una plaza fija es compatible con cobrar una indemnización por cese”; El Periódico, 31/05/2024.

que su cuantía dependa, por ello, de factores como la antigüedad, etc.), y facilitaría objetivar el *quantum* de un daño que se presume por el propio abuso⁶⁸.

3.2. La fijeza como posible solución específica

Planteamos tal solución no solo porque, como ahora veremos, ya ha sido admitida por nuestra jurisprudencia, sino porque, en todo caso, parece la respuesta más garantista y mejor alineada con los objetivos de la Directiva⁶⁹.

Partiendo pues de que la normativa interna exige que el acceso se ajuste a los reiterados principios de acceso al empleo público, la pregunta que de inmediato surge es qué ocurre cuando el trabajador afectado por el contrato temporal irregular/abusivo hubiera realizado y superado favorablemente una prueba de acceso regida por tales principios⁷⁰.

Y al respecto, la respuesta del TS es matizada, distinguiendo en función de que lo superado fuera un proceso de selección para la contratación indefinida-fija o temporal. Así, en el primer caso (convocatoria para plaza indefinida-fija), de producirse la irregularidad o abuso en su empleo público temporal, sí sería posible el posterior reconocimiento de una relación fija de quien se encuentra en situación de abuso, porque tales principios se pusieron de manifiesto mediante la participación de la persona trabajadora afectada en la convocatoria pública para ocupar plazas fijas que superó satisfactoriamente (pero no obtuvo plaza). En palabras del propio Tribunal, en esos casos, debe concluirse que tal persona “ha sido debidamente valorada, superando el proceso selectivo, sin que el hecho de no haber obtenido plaza obste para tener por cumplidas aquellas exigencias constitucionales”⁷¹.

Doctrina que parece haber sido -al menos- precisada (y restringida) con la STS 08/11/2023 (rec. 3499/2022)⁷². Observa esta resolución que “no es de aplicación

⁶⁸ Sobre la generalización del uso de la LISOS como baremos de carácter idóneo y razonable, particularmente allí donde el daño se presume (como creemos que ocurre, en todo caso, producido el abuso) y es difícil la cuantificación, Mercader Uguina, J. R., “La Ley de infracciones y sanciones como «baremo»: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales”; Trabajo y Derecho, 112/2024 (LA LEY 13438/2024).

No obstante, rechazando esta indemnización disuasoria en nuestro caso por diversos motivos, Voto Particular (Fundamento 16º) STSJ Madrid 317/2024, de 10 de abril (ya citada (y su equivalente en las también citadas sentencias nº 318 y 319/2024).

⁶⁹ El cualquier caso, debe señalarse que el propio TS (Sala Social) ha emitido un comunicado (07/03/2024) en el que ha anunciado que había acordado iniciar los trámites para plantear cuestión prejudicial ante el TJUE (ATS 30/05/2024, rec. 5544/2023) a los efectos de aclarar el modo de aplicar la STJUE comentada y su compatibilización con los principios de acceso al empleo público.

⁷⁰ En extenso, Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

⁷¹ STS 16/11/2021, rec. 3245/2019 (ECLI:ES:TS:2021:4328).

⁷² Así lo entiende también (aunque no aplique tal consecuencia al caso por considerar que la STJUE que aquí comentamos ha superado esa visión limitada del TS), STSJ País Vasco, 22/04/2024 nº 979/2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:74).

al presente supuesto” la doctrina de la referida STS 16/11/2021, por cuanto que concurre un elemento distinto y, a estos efectos, “determinante”, a saber, que en la convocatoria “se disponía expresamente que, en ningún caso, el tribunal evaluador podrá declarar que superaron el proceso selectivo un número superior de aspirantes que el de plazas convocadas, resultando que cualquier propuesta de aprobados que contravenga lo así establecido será nula de pleno derecho”. En el caso, “el proceso selectivo convocado (...) comprendía dos fases, la de concurso (experiencia y formación profesional) y la de oposición. La superación de dicho proceso selectivo exigía superar las dos fases, y no solo la aprobación de los ejercicios correspondientes a la fase de oposición”, como hizo la trabajadora afectada. Sin embargo, no consta que no acreditase méritos suficientes, pues simplemente, repetimos, solo se aprobaron tantos aspirantes como plazas.

Debe señalarse críticamente que fue ésta y no otra la razón por la que la persona afectada se considerase que no había superado la pruebas. Por tanto, y sobre la base de este dato, debemos mostrar nuestra disconformidad con tal planteamiento, ya que el mismo se sustenta en un elemento que, en puridad, no se refiere a los principios de acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad), y que, además, depende de la exclusiva voluntad de la propia empleadora incumplidora: prohibición de declarar aprobados a quienes, pese a superar las pruebas, supusieran un número mayor al de plazas ofertadas inicialmente. En nuestra opinión, sería reclamable del TS una mayor exigencia para admitir tal previsión como excluyente de la fijeza (*v.gr.*, reclamar que la empleadora especifique, en todo caso, una puntuación total mínima, o, en todo caso, que a ella corresponda probar que el concreto trabajador afectado no acredita efectivamente capacidades o méritos suficientes como para entender que no supera la prueba, etc.)⁷³, pues de lo contrario, como decimos, resultará sumamente fácil a la AA.PP. eludir esa posibilidad de fijeza.

En cualquier caso, y frente a la anterior postura favorable a considerar como fijo a la persona trabajadora que en algún momento superó un proceso para una plaza fija, pero sin obtenerla, el Alto Tribunal español mantiene la negativa a que se adquiriera tal condición cuando la plaza fuera para un contrato temporal -incluso cuando tal plaza, desde el origen, fuera estructural⁷⁴-.

Para sostener esta posición contraria, argumenta el TS que, aun cuando los afectados por la contratación irregular accedieran al empleo público temporal mediante la superación de las correspondientes pruebas convocadas *ex* LEBEP (Capítulo I Título IV), las mismas se realizaban para seleccionar a las personas con las que se iba a celebrar un contrato temporal, no para el acceso a una plaza fija. Ello implicará, a su entender, que, de alguna forma, reconocerle la fijeza estaría

⁷³ Sobre este tema, en extenso, Yagüe Blanco, S., “El «indefinido no fijo de plantilla»...; cit.

⁷⁴ Por todas, STS 25/11/2021, rec. 2337/2020 (ECLI:ES:TS:2021:4472) -con cita de los pronunciamientos anteriores sobre el tema-.

cuestionando el principio de igualdad y publicidad (e indirectamente, a los de mérito y capacidad), pues al ofertarse inicialmente como temporal no permite la información suficiente para que toda la ciudadanía interesada hubiese concurrido (entendiendo que seguramente, de haberse ofertado como fija, serían más u otras personas).

No podemos compartir esta absoluta negativa del TS de considerar como fijo, en todo caso, a los temporales irregulares que hubieran superado la prueba de selección para ocupar una plaza temporal regida por los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 11.3 y 55 LEBEP). Y no solo por lo que de contradictorio tiene, respecto a esa afirmación, la realidad estabilizada del INF⁷⁵, sino muy particularmente porque, a nuestro parecer, la fundamentación de esa jurisprudencia no parece respetuosa con las exigencias comunitarias, pues vuelve a enredarse en cuestiones de derecho interno, olvidando el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y, por tanto, la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario⁷⁶⁷⁷.

En este sentido, incluso sobre la base del art. 11.3 LEBEP, “es claro que, salvo prueba en contrario, la contratación temporal llevada a cabo por cualquier ente del sector público debe haber sido, en cumplimiento del citado artículo del EBEP, con pleno respeto a los principios de igualdad, capacidad y mérito”⁷⁸. Por tanto, la superación de un proceso de selección *ex art. 61 LEBEP* (oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos), también cuando estamos ante una relación temporal (singularmente, de interinidad), implica que los principios de acceso al empleo público se cumplieron por el trabajador. Distinta a tal exigencia normativa es la interpretación sobre el grado o intensidad en que tales principios se exigen o manifiestan en relación con una plaza fija o temporal (entendiendo el TS que será siempre menos garantista en este último caso, por ser más ágiles los procesos de cobertura), pero, como decimos, esta es una razón interpretativa, no expresamente legal.

Por tanto, y salvo en los casos de fraude o donde no existe proceso selectivo como tal, la consideración como indefinido-fijo (y no como INF) debiera ser la solución para todo caso de contratación temporal abusiva en la que el trabajador hubiera superado una prueba selectiva *ex art. 61 LEBEP* de acceso al empleo público

⁷⁵ Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos...”; cit.

⁷⁶ ATJUE 11/12/2014, C-86/14, §55.

⁷⁷ Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...”; cit.

⁷⁸ Voto particular de Blasco Pellicer y García Paredes a la STS 25/11/2021, rec. 2337/2020 (ECLI:ES:TS:2021:4472). Como recuerda recientemente la STS (C-A) 12/07/2023, rec. 7815/2020 (ECLI:ES:TS:2023:3232), tales principios son de aplicación a toda selección de personal al servicio de la Administración y al margen de su tipología.

(siquiera temporal), pues ya no hay obstáculo expreso en el ordenamiento nacional que lleve a una interpretación *contra legem* por atribuirle esa consideración de fijo⁷⁹.

Del mismo modo y como hemos advertido, fuera de esos casos de superación de una prueba selectiva, se mantendrá el sentido del INF (al existir una norma interna que expresamente prohíbe acceder al empleo público sin superar una prueba basada en los principios del mencionado art. 55 LEBEP) y, en esos casos, consideramos acertada la solución indemnizatoria (adicional) *per se* que explicábamos *supra*.

⁷⁹ Voto particular de Blasco Pellicer y García Paredes, cit. También parecer inferirse así del Voto Particular (Fundamento 20º) de la citada STSJ Madrid 317/2024 (y sus equivalentes en las sentencias ya citadas también nº 318 y 319/2024). Creo que el supuesto resuelto en la referida STJUE 13/06/2024 (asuntos C331 y C332/22) parece confirmar nuestra posición.

EL FINAL DE LA VIDA OPERATIVA DE LOS CONTROLADORES DE TRÁNSITO AÉREO: LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL CONVENIO COLECTIVO

CARLOS ROBERTO CAMPO GARCÍA
Doctorando en Derecho
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID: 0000-0003-3874-2133

EXTRACTO

Palabras clave: Controlador de tránsito aéreo; Reserva Activa; Reserva Activa Especial; jubilación forzosa

Dada la especialidad de la profesión de controlador de tránsito aéreo, su regulación se configura como un exponente único de relaciones entre ley y convenio. Concretamente, la aprobación de la Ley 9/2010, de 14 abril, alteró los espacios reservados a la negociación colectiva, desplazándola a través de normas de derecho necesario absoluto y relativo. Ello se manifestó de una forma notable en las normas reguladoras del fin de la vida operativa de los controladores de tránsito aéreo, suspendiendo el acceso a la Licencia Especial Retribuida, y creando, en su lugar, la Reserva Activa cuyos requisitos de acceso vienen establecidos, por primera vez, *ex lege*.

Otra de las condiciones laborales modificadas por la Ley 9/2010 fue la introducción de una edad de jubilación forzosa que se separaba, por razones de especialidad, del régimen común. Este régimen se ha visto finalmente modificado con la introducción de la Reserva Activa Especial que busca salvaguardar los derechos prestacionales de los controladores, manteniendo la jubilación forzosa operativa a la edad de 65 años.

ABSTRACT

Key words: *Air Traffic Controller; Active Reserve; Special Active Reserve; forced retirement*

*Given the specialty of the air traffic controller profession, its regulation is a unique example of relationships between law and collective agreement. Specifically, the approval of Law 9/2010, of April 14, altered the spaces reserved for collective bargaining, displacing the latter through rules of absolute and relative necessary law. This was manifested in a notable way in the regulations governing the end of the operational life of air traffic controllers, suspending access to the Special Paid License, and creating, in its place, the Active Reserve whose access requirements were established, by first time, *ex lege*.*

Another of the working conditions modified by Law 9/2010 was the introduction of a forced retirement age that was separated, for reasons of specialty, from the common regime. This regime has finally been modified with the introduction of the Special Active Reserve that seeks to safeguard the benefit rights of controllers, maintaining forced retirement operational at the age of 65.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y CONVENCIONAL DE LA PROFESIÓN
3. CONTINGENCIAS OPERATIVAS
4. LA LICENCIA ESPECIAL RETRIBUIDA, LA RESERVA ACTIVA Y LA RESERVA ACTIVA ESPECIAL
5. JUBILACIÓN
6. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

La vida activa de los controladores de tránsito aéreo ha sido objeto de regulación y limitación por parte de los Estados atendiendo a la peculiaridad de la profesión¹. Dicha singularidad reside -entre otras- en los riesgos laborales que, con carácter general, se manifiestan en la prestación de servicios de tránsito aéreo, como la fatiga, el estrés o el riesgo en el uso de sustancias psicoactivas, los cuales son denominados factores humanos por el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/373 de la Comisión de 1 de marzo de 2017, y que se relacionan directamente con la prestación de un servicio seguro de control aéreo². En este sentido, el propio TC califica el trabajo del controlador de tránsito aéreo como una profesión con alto nivel de estrés y de extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas que controlan³.

Como se decía, dichos riesgos no han pasado desapercibidos ni para las instituciones europeas, ni para el legislador nacional, ni, por supuesto, para los representantes colectivos de las relaciones laborales de control aéreo, quienes, cada uno a su nivel, han desarrollado regulaciones dirigidas a evitar que los referidos riesgos pudieran afectar a los trabajadores y, consecuentemente, a la prestación del servicio público de tránsito aéreo, conforme a los cánones de seguridad, eficacia, continuidad y sostenibilidad que impone la Ley 9/2010, de 14 de abril. La existencia

¹ Este hecho se desprende de los numerosos informes y documentos internacionales como las conclusiones de la 48ª Conferencia Anual de la Federación Internacional de Asociaciones de Controladores de Tráfico Aéreo, celebrada en Dubrovnik, en abril de 2009.

² Reglamento de Ejecución (UE) 2017/373 de la Comisión, de 1 de marzo de 2017, por el que se establecen requisitos comunes para los proveedores de servicios de gestión del tránsito aéreo/navegación aérea y otras funciones de la red de gestión del tránsito aéreo y su supervisión, por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 482/2008 y los Reglamentos de Ejecución (UE) n.º 1034/2011, (UE) n.º 1035/2011 y (UE) 2016/1377, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 677/2011 (DOUE 8 de marzo de 2017).

³ ATC 84/2022, de 11 de mayo de 2022. Dictado por el Pleno sobre la cuestión de inconstitucionalidad 910/2022. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 910-2022, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid en relación con la disposición adicional cuarta, punto 3º, de la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo. (BOE 10 de junio de 2022).

de tantos centros de poder autorizados para dictar mandatos exigibles jurídicamente provoca que la regulación de la profesión sea altamente compleja, así como las relaciones entre las distintas normas⁴.

Dicho lo anterior, el presente trabajo se pretende acercar a la regulación nacional de la vida operativa de los controladores de tránsito aéreo, realizando para ello un análisis de las normas contenidas en los textos legales y convencionales al efecto, así como los conflictos judiciales que se han desarrollado en torno a estas normas y su aplicación.

Con carácter previo, y a los efectos de contextualizar la profesión de controlador de tránsito aéreo en España, se deben realizar una serie de precisiones en torno a ésta. En su origen, los controladores de tránsito aéreo pertenecían a un cuerpo de funcionarios del Estado denominado Cuerpo Especial de Controladores de Circulación Aérea, establecido por la Ley 91/1966, de 28 de diciembre, de creación del Cuerpo Especial de Controladores de la Circulación Aérea. Más tarde, dichos funcionarios, destinados en el Organismo autónomo Aeropuertos Nacionales y en las unidades dependientes de la Dirección General de Aviación Civil pertenecientes al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, se incorporaron en el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, creado por el art. 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio. En el momento en el que se produjo la integración, los controladores entraron en situación de excedencia y suscribieron un contrato de trabajo con el Ente Público, en ejercicio del derecho de opción, manteniendo su condición de empleados públicos⁵. La anterior condición sólo se predica respecto de los controladores de tránsito aéreo que prestan servicios en el Entidad Pública Empresarial AENA, -hoy ENAIRE-, y no frente a los controladores de tránsito aéreo que prestan sus servicios en las torres de control de gestión privada. En este sentido, tras el proceso de liberalización iniciado por la Ley 9/2010, de 14 de abril, se adjudicó el control de aeródromo de diferentes torres de control a diferentes empresas privadas, lo que conllevó que, por primera vez, se desarrollara la prestación del servicio de control en el ámbito privado.

En lo referente a la regulación de la profesión, desde la creación del Cuerpo Especial de Controladores de Circulación Aérea en 1966 las normas que han reglado la vida operativa de la profesión de controlador de tránsito aéreo han sido muchas y muy variadas en cuanto a su naturaleza, abarcando desde normas legales, como el Real Decreto-ley 1/2010, de 5 de febrero y la Ley 9/2010, de 14 de abril, hasta normas convencionales de carácter estatutario y extraestatutario, de ámbito empresarial y sectorial, e, incluso, un laudo sustitutorio del convenio colectivo.

⁴ Martín Valverde A. y García Murcia J.: *Derecho del trabajo*. Tecnos, Madrid, 2022, *versión digital*.

⁵ La integración del Cuerpo Especial de Controladores Aéreos en el Ente Público AENA se llevó a cabo por Real Decreto 1508/1991, de 11 de octubre, por el que se regula el ejercicio del derecho de opción de los funcionarios destinados en las unidades afectadas por la creación del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y CONVENCIONAL DE LA PROFESIÓN

Dejando a un lado la regulación que se le aplicaba a los controladores pertenecientes al cuerpo de controladores de circulación aérea, cuando los controladores de tránsito aéreo ejercieron el derecho de opción y suscribieron sus contratos con el Ente Público AENA, sus relaciones laborales pasaron a estar reguladas por aquellos, así como con el Pacto Colectivo de suscrito el 26 de mayo de 1992 y, supletoriamente, por el Convenio colectivo del Ente Público AENA, de conformidad con el art. 5 del citado acuerdo⁶.

El referido al Pacto colectivo –denominado ECCA– fue suscrito el 26 de mayo de 1992 entre el Ente Público AENA, la Administración General del Estado y la representación sindical de los controladores aéreos, que, en ese momento recaía en Unión Sindical de Controladores Aéreos y SECA, y se configuró como un acuerdo de carácter extraestatutario y franja. Es decir, se trataba de un convenio colectivo al margen de las normas establecidas en el Título III del ET, como se desprende del mismo texto al establecer como derecho supletorio las normas recogidas en el Título III del ET, de conformidad con el art. 10 del texto, así como el acuerdo de adhesión incluido en todos los contratos de trabajo suscritos por los controladores de tránsito aéreo. Conviene recordar aquí la pacífica naturaleza contractual reconocida por la jurisprudencia –que no por la doctrina científica– de este tipo de acuerdos, cuya eficacia personal se extendía a los afiliados de los sindicatos firmantes y a todo trabajador que se adhiriera voluntariamente al pacto⁷.

Posteriormente, fue publicado el I Convenio colectivo profesional suscrito entre el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea y el colectivo de controladores de la circulación aérea (en adelante ICCP)⁸. Dicha norma asumió todos los contenidos que anteriormente había regulado el Pacto extraestatutario de 1992, por lo que, se entendió que dicho convenio colectivo sucedió al pacto extraestatutario. Por lo tanto, el Pacto colectivo de 1992 se debe entender derogado *ex. art.* 86.5 ET por el I Convenio colectivo como determinó la doctrina judicial, por lo siguientes motivos⁹:

En primer lugar, se entendió derogado puesto que el ICCP incorporó plenamente a su articulado el antiguo ECCA a través de su Acuerdo Undécimo. El régimen estatutario del ECCA, como norma específica de aplicación con carácter

⁶ Este convenio sería la última norma de carácter colectivo que compartirían el colectivo de controladores aéreos de AENA y el resto de personal de la Entidad.

⁷ STS de 10 de junio de 1998, rec. 294/1998, ECLI:ES:TS:1998:3823. Es posible exigir por la empresa la expresión voluntaria de no adhesión aplicando el pacto si ello no ocurre, sin que este hecho violente la libertad sindical.

⁸ Publicado en el BOE de 18 de marzo de 1999.

⁹ STSJ Madrid de 13 de julio de 2015, rec. 1019/2014, ECLI:ES:TSJM:2015:8835, así como STSJ Baleares 16 de febrero de 2012, rec. 740/2011, ECLI:ES:TSJBAL:2012:216.

general a todos los controladores aéreos, se incorpora íntegramente al ICCP y, posteriormente, al IICCP. Lo que supone a ojos de los Tribunales una prueba evidente e incontestable de su carácter colectivo, es decir, de que lo que en el mismo se regulaba lo era con carácter general y sin distinción alguna de unos frente a otros.

En segundo lugar, dado que el Pacto Colectivo de 1992 se aplicaba a todos los controladores de la circulación aérea, presentes y futuros, sin que fuera de aplicación exclusiva a aquellos controladores aéreos que provenían del cuerpo de funcionarios, se debe entender derogado.

En tercer lugar, el acuerdo cuarto del ICCP mantuvo expresamente los derechos individuales adquiridos *ad personam* con anterioridad a la entrada en vigor de éste. Por lo que, la relación de trabajo se regulara por el Pacto extraestatutario, que posteriormente se incorporó al ICCP, y por ello no puede tener en modo alguno la consideración de derecho individual adquirido *ad personam*, sino, simple y llanamente, norma de común y general aplicación al colectivo.

Por último, el Pacto extraestatutario quedó derogado, y sin efecto alguno, a partir del momento en que entró en vigor el ICCP por mor de lo dispuesto en el art. 86.4 del ET -actual 86.5-. La anterior doctrina encaja con la jurisprudencia del TS dictada en torno a los convenios colectivos extraestatutarios, según la cual se entiende que aquellos producen efectos limitados y, por lo tanto, pueden dejar de producirlos por los siguientes motivos: la modificación por la voluntad de las partes firmantes, por aplicación de la modificación sustancial de condiciones del art. 41 del ET, la finalización de la vigencia en los términos en el expresados o a través de un convenio colectivo estatutario que suprima las condiciones que venía disfrutando contractualmente¹⁰. Esta doctrina nace de un cambio jurisprudencial, pues hasta entonces el TS había negado que la aprobación de un convenio colectivo estatutario supusiera la extinción de un convenio colectivo extraestatutario, por cuanto al tener una naturaleza contractual, no se veía afectado por la sucesión de normas, lo que supuso que durante un tiempo se le reconociera al convenio colectivo extraestatutario la facultad de crear condiciones más beneficiosas¹¹.

¹⁰ Sobre este extremo Vid. SSTS 11 de mayo de 2009, rec. 2509/2008, ECLI:ES:TS:2009:4798; 16 de junio de 2009, rec. 2272/2008. ECLI:ES:TS:2009:4813; 14 de octubre de 2009, rec. 625/2009, ECLI:ES:TS:2009:6795 y la doctrina científica Escribano Gutiérrez J.: “Vigencia de los convenios colectivos extraestatutarios y condición más beneficiosa” *Temas Laborales*, n.º 105/2010, pp. 183-193, y Cuenca Alarcón, M.: “Vigencia del convenio colectivo extraestatutario y condiciones más beneficiosas (Comentario a la STS 4.ª 16 de junio de 2009)” *Relaciones Laborales*, n.º 22/2009, pp. 859 y ss.

¹¹ SSTS 12 de diciembre de 2008, rec. 538/2008, ECLI:ES:TS:2008:7512; 23 de diciembre de 2008, rec. 3199/2007, ECLI:ES:TS:2008:7533; 25 de febrero de 2009, rec. 1880/2008, ECLI:ES:TS:2009:1334; 20 de marzo de 2009, rec. 1923/2008, ECLI:ES:TS:2009:1794.

Finalmente, el ICCP finalizó su vigencia el 31 de diciembre de 2004, manteniéndose vigentes sus cláusulas normativas en ultraactividad, de conformidad su art. 4.4 y el art. 86.3 del ET -hoy 86.4 del ET- vigente en el momento¹².

La sucesión convencional que naturalmente hubiera correspondido a la derogación del ICCP, se demoró en el tiempo, constituyéndose en un claro ejemplo de la petrificación de la negociación colectiva sobre la base de la ultraactividad *ex lege* establecida. Tanto fue así, que, ante las necesidades de reforma de la prestación del servicio público, el poder ejecutivo intervino en uso de la potestad legislativa que le otorga el art. 86 de la CE, esto es, el Real Decreto Ley. Fueron diferentes las razones que motivaron el cambio legislativo en materia servicios de control aéreo, descritas todas ellas en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 1/2010, 5 de febrero, “por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo”. Aunque no son objeto de este estudio, se debe mencionar que, entre otras, las causas que motivaron el cambio legislativo fueron: por un lado, la apertura de la prestación de servicios de navegación aérea a nuevos proveedores certificados y, por otro, la modificación transitoria de ciertas condiciones laborales de los controladores de AENA -hoy ENAIRE- para garantizar que dicha entidad, en tanto continúe siendo el proveedor único de servicios, fuera capaz de prestarlos de forma segura, eficaz, continuada y económicamente sostenible, en todo su ámbito de competencia¹³.

Posteriormente, la Ley 9/2010, de 14 de abril, convalidó, replicó y amplió las medidas que afectaron a las condiciones laborales de los controladores de la Entidad Pública Empresarial ENAIRE. Nace aquí un ejemplo claro de relación entre la ley y el convenio, a través del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE, que fue convalidado por la Sala de lo Social de la AN en Sentencia de 10 de mayo de 2010¹⁴, recogiendo la clásica doctrina constitucional según la cual “la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar

¹² Se ha de recordar que en dicho momento la ultraactividad se regía por la modificación legislativa operada por el Ley 11/1994, de 19 de mayo, que introdujo el principio dispositivo en materia de ultraactividad, reservado la ultraactividad indefinida en defecto de pacto en contrario.

¹³ Se ha de mencionar que el incipiente proceso de liberalización al que se iba a someter al sector. Como se ha referido, la prestación del servicio público de control aéreo estaba reservada a la Entidad Pública Empresarial AENA -hoy ENAIRE-, si bien, como ocurriría con otros sectores públicos. En este orden de cosas, y en consonancia con el proceso de integración europea, dando cumplimiento a las normativas en materia de competencia determinada en los art. 101 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁴ Autos 41/2010, ECLI:ES:AN:2010:1788.

una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva”¹⁵.

Continuando con la particular evolución convencional del colectivo de controladores de tránsito aéreo de la Entidad Pública ENAIRE, el II Convenio colectivo fue resultado de un laudo arbitral dictado al amparo del -por entonces vigente- art. 91 en relación con el art. 90, apartados 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de Convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Dicho convenio continuó sujeto a las prescripciones de la Ley 9/2010, de 14 de abril, produciéndose situaciones de concurrencia de mayor o menor intensidad que, como se indicará, limitaron los espacios de la autonomía de la colectiva.

No sería hasta doce años después cuando se aprobara y publicara -el hoy vigente- el III Convenio colectivo profesional de los controladores aéreos que sucedió al laudo arbitral precedente. Esta vez la sucesión se produjo de manera natural, conforme con lo establecido en el art. 86.5 del ET, en la misma unidad de negociación.

Por último, no se puede dejar de analizar las normas convencionales aplicables a los controladores de tránsito aéreo que prestan servicios para proveedores privados, ello como consecuencia de la liberalización iniciada por la Ley 9/2010, de 14 de abril. En este sentido, con el fin de contextualizar, con la aprobación de la Ley 9/2010, de 14 de abril se abrió la posibilidad de que nuevos proveedores de servicios de navegación aérea comenzaran a actuar en el mercado. Consecuentemente, con la publicación de la Orden FOM/3352/2010, de 22 de diciembre se determinó un conjunto de aeropuertos cuyos servicios de control de tránsito aéreo de aeródromo podrían ser prestados por proveedores distintos de ENAIRE, y que finalmente fueron adjudicados a diferentes proveedores de servicios en régimen de concesión administrativa. Las relaciones laborales de dichos proveedores de servicios y sus controladores de tránsito aéreo se rigen de forma exclusiva por la normativa específica de la profesión- entre otras- la Ley 9/2010, de 14 de abril, el ET -ya que su personal no tiene la condición de empleado público- y sus convenios colectivos de aplicación. En relación con estos últimos, cabe destacar tres normas convencionales sectoriales estatales que se han sucedido en el tiempo vía art. 86.5 del ET, esto es, I, II y III Convenio colectivo que regula las relaciones laborales de las empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional¹⁶. En relación con el convenio colectivo sectorial hoy vigente, se ha de señalar que, a diferencia de

¹⁵ STC 58/1985, de 30 de abril (BOE núm. 134, de 05 de junio de 1985).

¹⁶ BOE de 29 de septiembre de 2012, 15 de julio de 2016 y 14 de agosto de 2018.

los convenios suscritos por ENAIRE, no tiene la condición de convenio colectivo franja, por cuanto su ámbito subjetivo engloba a todo el personal a excepción del personal directivo. En cuanto a la técnica utilizada por esta norma, se debe señalar que carece de una estructura lógica mezclando normas propias de los controladores aéreos con las aplicables del resto del personal, al que apenas se les dedica atención.

Visto lo anterior, procede el análisis de las diferentes figuras jurídicas relacionadas con el fin de la vida operativa de los controladores aéreos por las distintas fuentes de regulación.

3. CONTINGENCIAS OPERATIVAS

El ejercicio de la profesión de controlador exige estar en posesión de una licencia de controlador o alumno controlador¹⁷, así como disponer de unas condiciones psicofísicas determinadas. Éstas se acreditan con un certificado de aptitud psicofísica emitido por la autoridad nacional competente, que en el caso español es la Agencia Estatal de Seguridad Aérea. Señalado esto, durante su vida activa, todo controlador se debe someter con cierta periodicidad a las pruebas psicofísicas, siendo posible que, por diversos motivos, pueda perder puntualmente dicha aptitud psicofísica. Si ello ocurriera, no podría ejercer sus atribuciones operativas de su Licencia. Por ello, las diferentes normas reguladoras de la profesión se han encargado de determinar cuál sería el estatus de estos controladores.

La primera norma en abordar este extremo fue el pacto extraestatutario de 1992, que dedicó su capítulo XII a la regulación de las contingencias de la profesión en relación con la edad operativa del colectivo. En concreto, el art. 88 establecía el límite de la edad operativa en 55 años, siendo potestativa para el controlador aéreo, pues si superaban la oportuna revisión psicofísica podían continuar prestando servicios. Por otro lado, se regulaban los supuestos de hecho en los que el controlador, habiendo perdido su licencia o declarado no apto para realizar las funciones de la profesión con carácter definitivo, pero no hubiera generado derecho a prestaciones del Sistema General de Seguridad Social, el Ente Público facilitaría al controlador un puesto compatible con sus capacidades y le mantendría un nivel salarial predeterminado.

Posteriormente, el ICCP mantuvo como límite a la edad operativa los 55 años, conforme con el art. 163 del ICCP¹⁸. Alcanzada la referida edad el controlador,

¹⁷ Se entiende por licencia de controlador o alumno controlador aquel documento expedido por la autoridad nacional de supervisión competente que faculta a su titular para prestar servicios de control de tránsito aéreo, de acuerdo con las habilitaciones y anotaciones practicadas, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo.

¹⁸ Cuando se habla de operatividad en la profesión de controlador de tránsito aéreo se debe señalar que, de conformidad con el ICCP y IICCP, la operatividad, o no, del controlador

a título dispositivo, podría continuar prestando servicio en puestos operativos, manteniendo en consecuencia su Certificado de Aptitud Psicofísica en vigor. De no hacerlo, el art. 164 del ICCP, determinaba que, ya fuera por voluntad propia habiendo alcanzado la edad de 55 años, o por haber sido no apto por razones psicofísicas de forma definitiva, la Entidad Pública AENA le adscribiría a un puesto no operativo como Técnico ATC.

No sería hasta la aprobación de la Ley 9/2010, de 14 de abril cuando, a través de la DA 4ª estableciera un régimen legal regulador del desempeño de funciones operativas, que operaba en cascada. En primer lugar, se establece la obligación de someterse de manera continuada a controles psicofísicos para constatar el mantenimiento de su capacidad para realizar funciones operativas de control de tránsito aéreo¹⁹. Por otro lado, se establece que cuando los controladores alcancen la edad de 57 años y no superen los controles psicofísicos, se establece que aquellos dejaran de desempeñar funciones operativas de control de tránsito aéreo, debiendo el proveedor de servicios ofertarles otro puesto de trabajo que no suponga el ejercicio de tales funciones. Esta norma se puede calificar como relativamente imperativa de derecho mínimo necesario, cuyo desarrollo por la negociación colectiva puede ser mejorado, cosa que ocurriría con el IICCP.

Este régimen sería desarrollado y ampliado por el IICCP. Concretamente, en el art. 163 del IICCP se estableció la obligación de renovar el certificado de capacidad psicofísica para los controladores mayores de 57 años. Para el caso de que perdieran la capacidad psicofísica, el convenio establecía que ENAIRE debía de proporcionarles un puesto no operativo como técnico ATC de conformidad con el art. 115 del IICCP, y para el caso de que ENAIRE no pudiera recolocarles, se prevé el acceso a la Reserva Activa, siempre y cuando el controlador tuviera más de 57 años.

Por otro lado, el IICCP también regulaba, con carácter general, la pérdida de operatividad para los controladores con independencia de su edad, identificándola con la falta de aptitud psicofísica, conforme establece el art. 164 del IICCP. Asimismo, establecía la asunción de los gastos derivados de su renovación por parte la Entidad Pública. Por último, los art. 166 a 174, en el punto 1, se estableció que si cumplidos los 52 años, los controladores pierden su aptitud psicofísica, el Entidad Pública estaría obligada a asignarles un puesto con funciones no operativas.

viene determinada por la posesión, o no, del denominado Certificado de Aptitud Psicofísica en vigor, determinante para el ejercicio de puestos de trabajo (en este sentido los convenios de unas definiciones a modo de preámbulo), respectivamente. Así, cuando un controlador de tránsito aéreo pierde dicho certificado es nombrado técnico ATC de conformidad con el art. 115 de ambos textos convencionales.

¹⁹ La falta de superación de los controles psicofísicos supondrá el nombramiento del controlador como técnico ATC, de conformidad con el art. 115 del ICCP.

Sucesivamente, el IIICCP dedica el art. 163 a las contingencias operativas, estableciendo en el apartado primero que la pérdida de aptitud psicofísica conlleva la asignación un nuevo puesto de trabajo con un nombramiento de técnico ATC. En cualquier caso, afirma el texto convencional que la referida pérdida de aptitud psicofísica viene determinada por un no apto que deberá ser declarado por la Autoridad competente, esto es, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

En lo que se refiere al sector privado, el art. 80 del convenio colectivo sectorial recoge el supuesto de hecho en el que se produzca una revocación o suspensión del certificado médico, en cuyo caso se establece la facultad del proveedor para apartar al controlador aéreo del servicio. Por otro lado, se recoge la necesidad de crear procedimientos para que el controlador pueda separarse del servicio cuando aprecie que ha perdido o ha visto menguada su capacidad psicofísica y, por último, la potestad del proveedor de exigir al controlador que renueve su certificado médico o inicie un procedimiento de suspensión o revocación. Ello hay que ponerlo en consideración con el siguiente punto que contempla las condiciones económicas del ejercicio de puestos no operativos.

4. LA LICENCIA ESPECIAL RETRIBUIDA, LA RESERVA ACTIVA Y LA RESERVA ACTIVA ESPECIAL

En el convenio colectivo extraestatutario de 1992 se recoge por primera vez, en el capítulo XIV, la Licencia Especial Retribuida. Dicha licencia se establecía como una situación previa a la jubilación, en la que el controlador voluntariamente dejaba de prestar servicios, pero mantenía una condición de trabajador en activo a los efectos salariales y de Seguridad Social. El salario variaba en función de los años de prestación de servicios del controlador aéreo en la Entidad Pública y se establecía una edad mínima para el acceso a esta licencia que variaba también en función de los años de servicio²⁰.

El ICCP ofrecía, habiendo alcanzado la edad de 55 años, la posibilidad a los controladores aéreos de adherirse a la Licencia Especial Retribuida. Esta Licencia se definía en el art. 166 del ICCP, como una situación previa a la jubilación, en la que el controlador que acreditara, entre otros, un periodo de carencia de al menos diez años de servicio prestados en puestos sometidos a turnicidad dejaba de prestar servicio se podía adscribir a la Licencia Especial Retribuida y, en consecuencia, dejaba de ocupar puesto de trabajo alguno, de conformidad con el art. 173.1 del ICCP²¹. A los efectos del presente trabajo, debe referirse que el ICCP posibilitaba el acceso a la situación de Licencia Especial Retribuida a los controladores de tránsito

²⁰ Concretamente, los arts.96 y ss.

²¹ En este sentido, tanto el ICCP, como el IIICCP, establecían dos tipos de puestos de trabajo en el ámbito de la profesión de controlador de tránsito aéreo. A saber, puesto de trabajos operativos

aéreo que, habiendo cumplido a la edad de 52 años, acreditaran una determinada antigüedad como controlador.

El acceso a la Licencia Especial Retribuida fue suspendido por aplicación del RD-Ley 1/2010, de 5 de febrero. Concretamente, su DT 1ª.1. a) dispuso la suspensión hasta que transcurrieran tres años desde la entrada en vigor del RD-ley. La intervención estatal sobre esta condición de trabajo se justificó por la meritada SAN de 10 de mayo de 2010, como “una medida inexcusable y proporcionada, puesto que el mantenimiento de esta licencia haría más vulnerable, si cabe, el servicio público de tránsito aéreo, en el que la escasez de controladores constituye un mal endémico, siendo inadmisibles, por consiguiente, que los trabajadores con 52 y 55 años de edad, que reúnan los requisitos establecidos en la ley, cuyo número ascendía a 328 el 30 de abril pasado, pudieran dejar de prestar servicios con derecho a sus retribuciones fijas, ya que dicha medida trastornaría de modo decisivo la seguridad y la continuidad del tránsito aéreo, debiendo subyacerse, en todo caso, que se trata de una medida temporal, cuya regulación definitiva se remite a la negociación colectiva”²². Por lo tanto, la intervención de estatal puede calificarse como una norma de derecho imperativo, en tanto era taxativa “Queda suspendido el derecho a obtener la licencia especial retribuida, sin que pueda producirse ninguna nueva incorporación, haya sido o no solicitada, a dicha situación”.

Esta suspensión se mantuvo en la Ley 9/2010, de 14 de abril, si bien, se suavizó al permitir la creación una nueva figura similar a la Licencia Especial Retribuida, pero con importantes restricciones, constituyéndose como una norma relativamente imperativa configuradora de máximos de derecho necesario. Así, para el caso de que el proveedor de servicios no pudiera ofertar un puesto que no conlleve funciones operativas de control de tránsito aéreo, el controlador pasará a una situación de Reserva Activa hasta que alcance la edad de jubilación forzosa, cuya principal característica consiste en dejar de prestar servicios, manteniendo al trabajador en activo y alta en la seguridad social, a modo de “prejubilación”. Las bases regulatorias vienen determinadas en la DA 4ª y la DT 1ª de la Ley 9/2010, de 14 de abril:

- a. Sobre la retribución se remite a lo acordado por la negociación colectiva, que estará limitada conforme a los parámetros de la DT 1ª. 2 de la Ley 9/2010, 14 de abril.
- b. Se establece un régimen legal de incompatibilidades entre la percepción de la Reserva Activa y cualquier otro trabajo por cuenta propia o ajena, excepto la realización de labores de formación aeronáutica o labores de inspección aeronáutica en el ámbito de la Unión Europea. Asimismo, se determina como

y no operativos, en función de la necesidad de estar, o no, en posesión de una determinada habilitación local en vigor, para ejercerlo.

²² Autos 41/2010, ECLI:ES:AN:2010:1788.

- causa de extinción de la relación laboral con el proveedor de servicios con los efectos de la renuncia.
- c. No se permite el acceso a la Reserva Activa antes del cumplimiento de los 57 años, por lo que la pérdida de la capacidad psicofísica entre los 52 y los 57 requerirá que el proveedor le asigne un nuevo puesto de trabajo no operativo.

La Ley también prevé el escenario, en el que, transcurrido los tres años de suspensión del acceso a la Licencia Especial Retribuida, no se acordara por la negociación colectiva un mecanismo que la sustituyera. Pues bien, para ese caso se dispuso la reactivación de la Licencia Especial Retribuida con las condiciones reguladas para la Reserva Activa en la Ley 9/2010, de 14 de abril.

En cuanto a la diferencia entre la Reserva Activa y la Licencia Especial Retribuida, recae no sólo en la edad de acceso y la retribución, sino en la automaticidad en el acceso a petición del controlador. Es decir, el acceso a la Licencia Especial Retribuida se producía automáticamente (aunque se preveía un periodo de carencia) cuando así lo solicitaba el controlador, en cambio la Reserva Activa requiere de la voluntad del empleador, tanto cuando se solicita de forma voluntaria como cuando es involuntaria, pues es el empresario quien la puede denegar por causas organizativas, y él quien decide que no ofrece un puesto no operativo para el controlador²³.

En lo que se refiere a la Licencia Especial Retribuida, el IICCP en el art. 165, reguló la prohibición de nuevo acceso a dicha figura, manteniendo el derecho a mantenerse en la Licencia Especial Retribuida a aquellos trabajadores que hubieran accedido antes del 5 de febrero de 2010, percibiendo por ello el salario que hubieran percibido con anterioridad a la entrada en vigor del convenio. Únicamente, se permitió convencionalmente el acceso a la Licencia Especial Retribuida a aquellos que, teniendo concedido la Licencia Especial Retribuida, no hubieran accedido efectivamente, ya que el acceso no era inmediato. Nace aquí uno de los grandes puntos de conflictividad judicial que se produjo en torno al IICCP, ello manifestado en torno a diferentes aspectos:

Por un lado, el acceso a la Licencia Especial Retribuida. Han sido muchos los pronunciamientos judiciales en los que se ha resuelto la denegación de acceso a la Licencia Especial Retribuida, esgrimiendo para ello diferentes argumentos: en primer lugar, la prohibición de acceso a la Licencia Especial Retribuida contenida en el IICCP tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia dentro del campo de juego que la Ley le señala, esto es, la DT 1ª de la Ley 9/2010, de 14 de abril, sin que ello conculque el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante

²³ Maldonado Molina, J.A.: “La edad de jubilación de los controladores aéreos.” *Temas Laborales*, n.º 105/2010. pp. 218 y ss.

de los convenios colectivos²⁴; En segundo lugar, la Licencia Especial Retribuida no constituye una condición más beneficiosa para aquel personal procedente del ECCA que adhieron al pacto extraestatutario de 1992²⁵.

Por otro lado, también fueron objeto de gran conflictividad las retribuciones del personal acogido a la Licencia Especial Retribuida: conforme con el art. 165.1 del IICCP, el personal acogido a la Licencia Especial Retribuida debía percibir “cuantías que lo hayan percibido el mes anterior a la fecha de entrada en vigor del presente convenio” y dado que el convenio tenía efectos económicos retroactivos a 1 de enero de 2011, ENAIRE abonaba el salario percibido en diciembre de 2010, descontando aquellos conceptos que tienen un devengo superior a al año, como las pagas extraordinarias y adicionales dispuestas legal y convencionalmente. A pesar de lo anterior, el TS, en sentencia de 16 de marzo de 2018²⁶, determinó que había que aplicar al personal acogido a la Licencia Especial Retribuida, la garantía salarial del art. 124.2 del IICCP dispuesta para los controladores no operativos, esto es, un salario al menos equivalente al percibido durante el año 2010. Sin embargo, esta sentencia no ha estado exenta de polémica, pues el TS determinaba la aplicación de la referida garantía salarial sin determinar, previamente, si los trabajadores acogidos a la Licencia Especial Retribuida eran o no controladores no operativos conforme determina el IICCP (controlador que carece del certificado de aptitud psicofísica), por ello se dictaron numerosas sentencias del TSJ que se separaban del criterio del TS²⁷. A pesar de ello, el TS no admitió la concurrencia del requisito de contradicción para acceder a la unificación de doctrina, y confirmar, o no, su doctrina sentada en 2018²⁸, hasta la reciente sentencia de 23 de febrero de 2024, en la que el Alto Tribunal entiende que la retribución del personal en la LER debe ser la percibida en diciembre de 2010²⁹.

²⁴ STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de marzo de 2012, rec. 1797/2011, ECLI:ES:TSJAND:2012:14599.

²⁵ STSJ Baleares de 16 de febrero de 2012, rec.740/2011, ECLI:ES:TSJBAL:2012:216; SSTSJ de Madrid de 29 diciembre de 2015, rec.654/2015, ECLI:ES:TSJM:2015:14859; de 13 de julio de 2015 rec. 1019/2014, ECLI:ES:TSJM:2015:8835.

²⁶ Rec. 2029/2016, ECLI:ES:TS:2018:1200.

²⁷ SSTJ de Madrid de 25 de mayo de 2020, rec. 990/2019, ECLI:ES:TSJM:2020:6919; 23 de noviembre de 2020, rec. 379/2020, ECLI:ES:TSJM:2020:13901; 21 de junio de 2021, rec. 527/2020, ECLI:ES:TSJM:2021:6986; STSJ de Valencia de 27 de octubre de 2021, rec.404/2021, ECLI:ES:TSJCV:2021:5784; de 18 de enero de 2022, rec. 2144/2021, ECLI:ES:TSJCV:2022:233; STSJ de Galicia de 13 de diciembre de 2021 (Rec. 1928/2021); de 25 de enero de 2022 (Rec. 2570/2021). STSJ de Andalucía (Málaga) de 17 de marzo de 2021, rec. 1420/2020, ECLI:ES:TSJAND:2021:5345, entre otras.

²⁸ Autos TS de 18 de mayo de 2021, rec. 2131/2020, ECLI:ES:TS:2021:6640A; de 13 de septiembre de 2023, rec.4411/2022, ECLI:ES:TS:2023:11932, entre otros.

²⁹ Rec. 1838/2021, ECLI:ES:TS:2024:1357.

Por último, el IICCP creó la Reserva Activa como una situación semejante a la Licencia Especial Retribuida, pues el controlador deja de prestar servicio manteniendo la condición de activo en la empresa, pero con unos requisitos de acceso y una retribución completamente diferentes. Así los arts. 166 a 174, determinan una serie de supuestos de hecho en cascada que regulan, en definitiva, la pérdida de actitud psicofísica del controlador de tránsito aéreo. Concretamente, se regulan dos formas de acceso a la Reserva Activa:

1. Involuntaria: para aquellos casos en los que el controlador que, cumplidos los 57 años, pierda su capacidad psicofísica y ENAIRE no pueda ofrecerle un puesto no operativo en la misma localidad en la que prestaba servicio en el plazo de 1 mes, pasará a la Reserva Activa hasta la edad de jubilación forzosa.
2. Voluntaria: para aquellos casos en los que los controladores podrán solicitar acceder a la Reserva Activa cuando cumplan 62 años. En este caso su concesión queda supeditada a razones organizativas.

En lo referente a la retribución, se encuentra limitada al doble de la pensión máxima aprobada en cada ejercicio por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Durante la vigencia del IICCP, la Ley 9/2010, de 14 de abril sufrió una modificación acometida por la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario. Concretamente, la DF 1ª introdujo un cambio en la DA 4ª de la Ley 9/2010, de 14 de abril, así como una DT 3ª. La mencionada modificación legislativa introdujo un cambio sustancial en la edad forzosa de jubilación de los controladores de tránsito aéreo, creando a su vez la Reserva Activa Especial, que a continuación se explicará. La modificación legislativa ha venido a introducir un nuevo escenario en la vida operativa de los controladores de tránsito aéreo, denominada Reserva Activa Especial, que se trata de una situación previa a la jubilación en la que el controlador de tránsito aéreo deja de prestar servicios, pero se mantiene de alta en la Seguridad Social y percibe unas retribuciones determinadas convencionalmente, pero, en todo caso, topadas conforme con lo establecido legalmente. El acceso a la Reserva Activa Especial se puede dar desde un puesto operativo, un puesto no operativo o desde la Reserva Activa. Si bien es cierto que la Ley prevé que el proveedor de servicios de navegación aérea revierta, excepcionalmente, la situación de Reserva Activa Especial y reincorpore al controlador a un puesto no operativo, retribuyéndole conforme con las funciones que realice.

Desde el punto de vista temporal, el acceso a la Reserva Activa Especial se producirá, obligatoriamente, en el momento que los controladores de tránsito aéreo cumplan la edad de 65 años y la que se ha de mantener hasta el preciso instante de acceder a la edad ordinaria de jubilación. Analizando este extremo, parece que el legislador quiere mantener la separación del servicio del controlador aéreo a la

edad de 65 años, en todo caso, pues entiende que se mantienen las razones que motivaron el establecimiento de una edad forzosa de jubilación. Dicho lo cual, se puede uno preguntar qué razones motivan la creación de la Reserva Activa Especial, pues la respuesta puede encontrarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 2 de junio de 2022, que en la justificación de la enmienda 112, dice:

De este modo, llegados a dicha edad, pasan necesariamente a la situación de reserva activa especial, garantizándose de este modo que coticen a la Seguridad Social durante dicho periodo, que se prolonga hasta que alcancen la edad de jubilación ordinaria.

Es decir, que la motivación de la creación de la Reserva Activa Especial es meramente prestacional y es que el legislador no ha ignorado el decalaje que se estaba generando entre la jubilación forzosa fijada a los 65 para el colectivo y la edad de jubilación ordinaria, la cual se está incrementando progresivamente de conformidad con el art. 205 del texto refundido de Ley General de la Seguridad Social, y la disposición transitoria séptima de la misma ley. En relación con la fecha fin de la Reserva Activa Especial, la norma señala “hasta su jubilación, que se producirá en el preciso momento de alcanzar su edad ordinaria de jubilación de acuerdo con lo establecido en el artículo 205 del texto refundido de Ley General de la Seguridad Social, y la disposición transitoria séptima de la misma ley”, por lo tanto, la norma está estableciendo como fecha fin de la situación de Reserva Activa Especial la edad ordinaria de jubilación, como ha determinado la doctrina judicial³⁰.

En lo referente al régimen retributivo, la norma prevé un límite máximo que se cifra en el importe anual correspondiente a 12 mensualidades de la base máxima de cotización mensual al Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo, y en lo que al régimen de incompatibilidades se refiere, la norma prevé una incompatibilidad total respecto a trabajos por cuenta propia o ajena, excepto la realización de labores de formación aeronáutica o labores de inspección aeronáutica en el ámbito de la Unión Europea, determinando la que el incumplimiento de este régimen deviene en la rescisión de la relación contractual con el proveedor de servicios de tránsito aéreo, asimilándolo a una renuncia del trabajador. Ello hace que se pueda calificar como una norma de relativamente imperativa configuradora de máximos de derecho necesario.

Por último, la norma prevé un régimen transitorio para aquellos trabajadores que, habiendo alcanzado la edad de 65 años y, consecuentemente, se les hubiera extinguido el contrato de trabajo por jubilación, no hubieran podido acceder a la pensión de jubilación por no cumplir los requisitos legalmente establecidos.

³⁰ SSTSJ de Madrid de 2 de febrero de 2024, rec. 576/2023, ECLI:ES:TSJM:2024:1078; de 22 de abril de 2024, rec. 115/2024; STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2024, rec. 7175/2023.

Concretamente, el ámbito subjetivo de la norma se centra en aquellos controladores aéreos que, entre el 1 de agosto de 2021 y la fecha de entrada en vigor de esta disposición transitoria, hubiesen visto extinguidos sus contratos laborales con un proveedor de servicios de tránsito aéreo por causa de jubilación forzosa, al haber alcanzado los 65 años, y hayan quedado sin derecho a pensión. Por otro lado, quienes se encuentran en ese supuesto, se les permitirá solicitar el ingreso la Reserva Activa Especial. Además, respecto de la laguna de cotización consecuentemente generada, se les permite suscribir un convenio especial con la Seguridad Social para completar aquella desde el 1 de agosto de 2021, haciéndose cargo el empleador se su pago.

El IIICCP regula la Reserva Activa en el Art. 163.2 y recoge el supuesto en el que, teniendo el controlador más de 57 años y habiendo perdido la capacidad psicofísica, no pudiendo el proveedor de servicios recolocarle en un puesto no operativo, el controlador accederá a la Reserva Activa, situación en la que se mantendrá hasta el cumplimiento de los 65 años, momento en el que accederá a la Reserva Activa Especial. Igualmente, los art. 166 a 174 mantienen la regulación en materia de Reserva Activa, tanto para el acceso desde la modalidad voluntaria como involuntaria, con el único cambio relativo a la fecha fin de la situación de la Reserva Activa, pues a los 65 años el controlador accedería a la Reserva Activa Especial, por imperativo legal.

En relación con la Reserva Activa Especial, los arts. 166 a 174 bis del IIICCP vienen a replicar el régimen legal dispuesto por la DA 4ª. 3 de la Ley 9/2010, de 14 de abril, si bien introduce mejoras como la necesidad de que el controlador preste conformidad, si el proveedor le solicita volver a un puesto operativo y la necesidad de dar fe de vida cada tres meses.

Por último, el art. 165 mantiene la suspensión del derecho a acceder a la Licencia Especial Retribuida, todo ello de conformidad con la DA 2ª de la Ley 9/2010, de 14 de abril, así como las condiciones dispuestas por el IICCP.

En el ámbito privado, el convenio sectorial regula los límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y jubilación, en el art. 96 convenio colectivo, acogiendo las exigencias de la DA 4ª de la Ley 9/2010, de 14 de abril, y concretando las condiciones económicas del ejercicio de puestos no operativos que se cifra en el 80 % de salario base del nivel en el que se encuentre encuadrado el controlador/a de tránsito aéreo. Por último y, en lo referente a la RA, el convenio establece que:

- a) **Retribución:** La retribución correspondiente a la situación de reserva activa implicará para el controlador/a de tránsito aéreo el percibo del 85 % de salario base.
- b) **Incompatibilidades:** De conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010, de 14 de abril, la percepción de esta retribución

es incompatible con cualquier otro trabajo por cuenta propia o ajena, excepto la realización de labores de formación aeronáutica o labores de inspección aeronáutica en el ámbito de la Unión Europea. La realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena supondrá la rescisión de la relación contractual con el proveedor de servicios de tránsito aéreo por renuncia implícita del controlador/a de tránsito aéreo.

- c) Obligación de cotizar: La empresa tendrá la obligación de mantener en alta en la seguridad social al controlador/a de tránsito aéreo en situación de reserva activa, manteniéndose su cotización en los mismos términos que los hacía la empresa antes del pase del controlador a dicha situación.

En cuanto a la Reserva Activa Especial, aún no ha sido regulada por el convenio colectivo de los operadores privados.

5. JUBILACIÓN FORZOSA

Por último, como límite a la actividad operativa de los controladores de tránsito aéreo se erige la jubilación forzosa cuyo origen data del ICCP establecía en el art. 175 una jubilación forzosa de carácter convencional, a la edad 65 años. Este orden de cosas, el propio precepto establecía en su apartado segundo una regla de flexibilidad, en función de la cual si el controlador de tránsito aéreo necesitaba completar un determinado periodo mínimo de cotización para acceder a la pensión de jubilación se mantendría de alta hasta dicho instante.

Posteriormente, Ley 9/2010, de 14 de abril, fijó la edad de jubilación forzosa -esta de carácter legal- de los controladores de tránsito aéreo en los 65 años, ello con independencia de la situación operativa del trabajador. Este extremo, al igual que ocurre con la propia figura de la jubilación forzosa no ha estado exento de polémica, habiéndose producido numerosos pronunciamientos judiciales como a continuación se desarrollará.

Concretamente, se han sucedido numerosos procedimientos de despido por cuanto los controladores jubilados consideraban las extinciones como ilegales. Para analizar este extremo se debe señalar que, con carácter general, la jubilación forzosa, desde su primera regulación en la primera versión del ET, ha sido una figura no exenta de controversia. Concretamente, la DA 5ª de la Ley 8/1980, de 14 de marzo introdujo, de un lado, una edad máxima legal para trabajar que se fijaba en los 69 años; extremo que se declararía inconstitucional por la STC de 2 de julio de 1981 (Cuestión de inconstitucionalidad n.º 223/1981)³¹. De otro lado,

³¹ BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981. El TC afirma que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional, siempre que con ella se asegurase la finalidad

la posibilidad de establecer, por convenio colectivo, edades de jubilación como causas de extinción del contrato de trabajo.

Posteriormente, la posibilidad de establecer una edad forzosa de jubilación vía negociación colectiva quedó supeditada al establecimiento de una política activa de creación de empleo. Pero esta previsión legislativa desaparecía y aparecía del ET de 1995 atendiendo a la voluntad del legislador que se debía a la situación económica y de empleo de cada momento, así como el mantenimiento del sistema de Seguridad Social³². Durante la vigencia del IICCP, esto es, desde el 10 de marzo de 2011 hasta su derogación el 24 de agosto de 2023, se han sucedido diferentes regulaciones en esta materia, las cuales han servido de base para desarrollar conflictos judiciales sobre la materia en el colectivo de controladores de tránsito aéreo. Así, durante dicho *iter*, la DA 36ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, modificó la DA 10ª del ET del 1995 que permitió la posibilidad de que los convenios colectivos estableciera como causa de extinción de la relación laboral el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación siempre que concurrieran dos requisitos: que la medida se vinculase a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores, y que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo debería tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un ochenta por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Esta regulación se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor de la DF 4.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que declaró nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación.

No sería hasta la entrada en vigor DF 1ª del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, cuando se recuperara la posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa por los convenios colectivos, con los mismos requisitos que la Ley 27/2011, pero esta vez exigiendo que el trabajador que sufriera la extinción tuviera derecho a cobrar el cien por cien de la pensión ordinaria de jubilación.

perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo. Cabe destacar el análisis realizado por Morales Vázquez, C.: *Jubilación forzosa y negociación colectiva*. Aranzadi, Madrid, 2022, *versión digital*.

³² La edad de jubilación ha sido tratada de forma específica también desde la UE desde la óptica de la política de empleo y la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social para enfrentarse al envejecimiento de población, en este sentido Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo” *Relaciones Laborales*, n.º 2/2008, pp. 7 y ss.

Por último, la disposición final 1.1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha vuelto a modificar el régimen aplicable a las jubilaciones forzosas convencionales, y se destacan las siguientes características, manteniéndose el requisito de pensión de la persona trabajadora extinguida: (i) Que la edad de jubilación forzosa se eleva a 68 años o más; (ii) Medida deberá vincularse al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora. Además, se permite la reducción de la edad forzosa de jubilación, si concurren una serie de requisitos dirigidos a conseguir el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género.

Dicho lo anterior, en el caso de los controladores de tránsito aéreo, se ha discutido si la jubilación forzosa era de naturaleza legal o convencional, ello con el fin de determinar si régimen aplicable a los controladores debía o no someterse a lo establecido en cada momento en el ET. Pues bien, por un lado, la DA 4ª. 3 de la Ley 9/2010, de 14 de abril, en su redacción inicial, establecía que:

Los controladores civiles de tránsito aéreo deberán jubilarse de manera forzosa a los 65 años de edad.

Y, por otro lado, el IICCP contenía una cláusula de jubilación forzosa en el art. 175. Concretamente decía:

En el ámbito de aplicación del presente Convenio Colectivo, la jubilación será obligatoria al cumplir el CTA la edad de sesenta y cinco años o aquella que legalmente esté vigente en cada momento, siempre que el trabajador afectado tenga cubiertos los períodos mínimos de cotización y cumpla los demás requisitos de la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Esta medida se justifica y se vincula, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y la Ley 14/2005, de 1 de julio, con los objetivos de la política general de reforma y mejora del Servicio de control aéreo que se ha plasmado en las recientes disposiciones legales y reglamentarias de todo orden y, en particular, con las medidas de fomento del empleo y mejora de su calidad previstas en AENA para los próximos ejercicios como la formación de nuevos CTA, la previsión de nuevas incorporaciones y el favorecimiento de la contratación estable de los mismos en los términos del artículo 2.2 del presente convenio colectivo.

La edad de jubilación establecida en este artículo se entenderá sin perjuicio de que el CTA pueda completar el período mínimo exigible para causar derecho a pensión de jubilación, en cuyo caso, la jubilación será obligatoria cuando se complete dicho período.

Pues bien, como determinó inicialmente el Alto Tribunal, la jubilación de los controladores de tránsito aéreo tiene una naturaleza legal, dispuesta por la DA 4ª de la Ley 9/2010, de 14 de febrero que recoge los límites al desempeño de funciones operativas, situación de reserva activa y jubilación, por lo que la jubilación ahí tratada no se refiere al pase a tal situación prestacional, sino al abandono obligatorio del ejercicio profesional como tal controlador por los efectos que la edad puede tener en aquélla³³. Además, el Alto Tribunal pudo pronunciarse sobre la ausencia de discriminación de la medida atendiendo para ello a la especialidad de la profesión, su cometido, condiciones y circunstancias, trascendencia y responsabilidad, que justifican que una norma de rango legal disponga un régimen distinto al general, constituyéndose como una ley especial. Por lo tanto, desde el punto de vista del presente trabajo la DA 4ª.3 de la Ley 9/2010, de 14 de febrero, se puede calificar como una norma de derecho absolutamente imperativa que impide su regulación a través de la negociación colectiva.

La ausencia de discriminación fue acogida y desarrollada por numerosos pronunciamientos judiciales posteriores en los que el TS se reafirma en que la jubilación de los controladores dispuesta por la Ley 9/2010, de 14 de abril, tiene como finalidad evitar consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia que sobre el interés general pueden tener factores como el alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas, extremos que se ponen de manifiesto por los controles psicofísicos a los que deben de someterse de manera continuada. Todo ello, constituye una justificación objetiva y razonable que ampara el trato diferenciado por razón de la edad³⁴.

Finalmente, la legalidad, o no, de la jubilación forzosa en términos de igualdad fue analizada por el TC, quien dictó Auto de 11 de mayo de 2022 resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad 910/2022, planteada por el Juzgado de lo Social nº33 de Madrid, determinando que la jubilación forzosa, de naturaleza legal, se encuentra completamente justificada pues tiene como “finalidad evitar las consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia de los factores descritos [alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas] sobre el interés general”. Entiende que, como determinó la STC 22/1981, de 2 de julio (FJ 5) “algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que, en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una determinada edad y sobre esa base establecerse la extinción

³³ STS de 22 de febrero de 2017, rec. 138/2016, ECLI:ES:TS:2017:880.

³⁴ SSTS de 18 de febrero de 2020, rec. 982/2018, ECLI:ES:TS:2020:700 y rec. 969/2018, ECLI:ES:TS:2020:834; 17 de septiembre de 2020, rec. 2486/2018, ECLI:ES:TS:2020:3234; de 25 de noviembre de 2020, rec.1545/2018, ECLI:ES:TS:2020:4126; 29 de junio de 2021, rec. 4062/2018, ECLI:ES:TS:2021:2617; 1 de julio de 2021, rec. 3130/2019, ECLI:ES:TS:2021:2999 y rec. 2695/2019, ECLI:ES:TS:2021:3002; 30 de noviembre de 2021, rec. 4801/2018, ECLI:ES:TS:2021:4362.

de la relación laboral. Por lo que, se trataba de una medida objetiva y razonable, que, en ningún caso, resuelta desproporcionada, no existiendo vulneración alguna del Art. 14 de la CE, en relación con los arts. 35.1 y 50 del mismo texto”.

Por lo tanto, se ha de entender que la extinción es válida y acorde a derecho, no constituyendo un despido improcedente como se pretendía en las demandas de los trabajadores³⁵. Este régimen de jubilación forzosa se ha de entender igualmente aplicable al colectivo de controladores que prestan servicios en los proveedores de servicios de navegación aérea privados.

Por último, y a pesar de que la edad de jubilación forzosa parece que ha desaparecido con la introducción de la Reserva Activa Especial, no se ha de entender así, pues operativamente se mantienen a los 65 años, momento en el que CTA debe de dejar de prestar servicios. Sin embargo, en cuanto al cese del contrato de trabajo se ha de considerar, dinámico, atendiendo a las circunstancias concretas del controlador y debiendo extinguirse el contrato, en todo caso, en el preciso instante de alcanzar la edad ordinaria de jubilación, coincidiendo con el momento final de la Reserva Activa Especial³⁶.

6. CONSIDERACIONES FINALES

A la vista de lo expuesto, se puede afirmar que la regulación de la vida operativa de los controladores de tránsito aéreo, dada la especialidad de la profesión, se constituye como un ejemplo perfecto de las relaciones entre ley y convenio. En este sentido, el ejercicio de funciones operativas se puede calificar como una cuestión de orden público por la incidencia que tiene en la seguridad y continuidad de la prestación del servicio público de control aéreo, lo que ha justificado la intervención del legislador en la regulación de las condiciones de trabajo relacionadas con ellas. En un primer momento, la regulación aplicable a los límites al ejercicio de funciones operativas venía establecida por normas de naturaleza convencional como el pacto extraestatutario de 1992 y, sucesivamente, el I Convenio colectivo profesional. Sin embargo, el legislador entendió que había elementos de esta última norma que incidían negativamente en la seguridad y que podía poner en riesgo la continuidad del servicio público, como la regulación de la Licencia Especial Retribuida, lo que le sirvió de justificación para modificar

³⁵ SSTs de 18 de febrero de 2020, Rcd. 969/2018, ECLI:ES:TS:2020:700; de 21 de febrero de 2020, Rcd. 1114/2018, ECLI:ES:TS:2020:767; de 17 de septiembre de 2020, Rcd. 2486/2018, ECLI:ES:TS:2020:3234; de 25 de noviembre de 2020, Rcd. 1545/2018, ECLI:ES:TS:2020:4126; de 14 de abril de 2021, Rcd. 4320/2018, ECLI:ES:TS:2021:1468; 1 de julio de 2021, Rcds. 2695/2019, ECLI:ES:TS:2021:3002; 30 de noviembre de 2021, Rcd. 4801/2018, ECLI:ES:TS:2021:4362; 29 de junio de 2021, Rcd. 4062/2018, ECLI:ES:TS:2021:2617.

³⁶ SSTSJ de Madrid de 2 de febrero de 2024, rec. 576/2023, ECLI:ES:TSJM:2024:1078; de 22 de abril de 2024, rec. 115/2024; STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2024, rec. 7175/2023.

los espacios tradicionales de la negociación colectiva a través de la aprobación del RD Ley 1/2010, de 5 de febrero, y, posteriormente, la Ley 9/2010, de 14 de abril. Así, estas leyes recogerían y recogen normas imperativas de carácter absoluto o relativo, que establecen reglas de mínimos que operan en la regulación de condiciones de trabajo con independencia de la naturaleza pública o privada del empresario. Continuando con el ejemplo de la Licencia Especial Retribuida, el RD-Ley 1/2010, de 5 de abril estableció a través de una norma imperativa absoluta la prohibición de acceso a la Licencia durante el plazo de tres años. Pues bien, dado que la Licencia Especial Retribuida fue creada por el Pacto colectivo de 1992 y conservada por el ICCP, esta prohibición se constituyó como la primera norma que desplazó el espacio que tradicionalmente correspondía a la negociación colectiva. Sucesivamente, la Ley 9/2010, de 14 de abril mantuvo dicha prohibición, pero dejó a la negociación colectiva, a través de una norma imperativa relativa, la creación de la Reserva Activa, cuyos requisitos de acceso que van a estar establecidos por ley y no por convenio como habitualmente ocurría.

Otro ejemplo importante de desplazamiento de la negociación colectiva por la ley es el establecimiento de una edad forzosa de jubilación que se fijó a los 65 años por la Ley 9/2010, de 14 de abril con carácter imperativo absoluto. En cualquier caso, se puede apreciar como en la actualidad el legislador continúa alterando los referidos espacios, orientando la legislación especial aplicable a los controladores de tránsito aéreo a la legislación general. Concretamente, con la aparición de la Reserva Activa Especial se salvaguardan los derechos prestacionales de los trabajadores, sin que la seguridad se vea afectada pues continúa operando la jubilación forzosa desde el punto operativo. En definitiva, la convivencia de tantos centros de poder autorizados hace que la profesión sea un ejemplo especial y único en las relaciones laborales.

EL FACTOR EDAD EN LA REFORMA DE 2021 SOBRE LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL SECTOR PRIVADO: TEMPORALIDAD, FIJOS DISCONTINUOS Y ROTACIÓN*

JAIME PIQUERAS GARCÍA

Personal Investigador en Formación (FPU) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universitat de València

ORCID: 0000-0002-6762-346X

EXTRACTO

Palabras clave: Contratación temporal; contratación indefinida; estabilidad en el empleo; jóvenes; edad

Nuestro mercado de trabajo se ha caracterizado por un alto uso de la contratación temporal, afectando principalmente a los trabajadores más jóvenes. Tras el transcurso de dos años desde la aplicación del RDL 32/2021, comenzamos a ver la evolución de ciertas tendencias vinculadas a la contratación laboral. Los datos recientes señalan una reducción en el uso de la contratación temporal que se traduce en el aumento de la contratación indefinida en todas las franjas de edad. Este cambio favorece principalmente a los trabajadores menores de 30 años que, aunque siguen manteniendo los niveles de empleo temporal más alto según la edad, son el grupo de trabajadores que más ha visto reducida su tasa de temporalidad en favor de la contratación indefinida. La información actual sobre contratación también refleja un aumento del empleo indefinido fijo discontinuo y un mayor nivel de rotación en el empleo indefinido. Aumentan las relaciones laborales indefinidas que no superan los 12 meses, así como la no superación de periodos de prueba y las bajas voluntarias. Pese a que parte de la inestabilidad en el empleo de la contratación temporal haya podido transmitirse a la contratación indefinida mediante los aspectos anteriores, estas situaciones pueden tener solución y ser más deseables que recurrir a la contratación temporal. El aumento del empleo fijo discontinuo tampoco parece distorsionar la seguridad en el empleo que representa la contratación indefinida frente a la temporal.

ABSTRACT

Key words: *Temporary hiring; indefinite hiring; job stability; young ones; age*

Our labour market has been characterized by a high use of temporary contracts, mainly affecting younger workers. Two years after the implementation of RDL 32/2021, we are beginning to see the evolution of certain trends linked to employment contracts. Recent data point to a reduction in the use of temporary contracts, which translates into an increase in permanent contracts in all age groups. This change mainly favours workers under 30 years of age who, although they still have the highest levels of temporary employment by age, are the group of workers who have seen their temporary employment rate fall the most in favour of permanent employment. The current information on hiring also reflects an increase in permanent, discontinuous permanent employment and a higher level of turnover in permanent employment. There is an increase in permanent employment relationships that do not exceed 12 months, as well as in non-exceeding of probationary periods and voluntary departures. Although some of the employment instability in temporary employment may have been transmitted to permanent employment through the above aspects, these situations can be solved and may be more desirable than resorting to temporary employment. Nor does the increase in permanent discontinuous employment seem to distort the job security that permanent versus temporary hiring represents.

* Esta investigación ha sido desarrollada en el marco de un contrato predoctoral para la Formación de Profesorado Universitario financiado por el Ministerio de Universidades. La publicación supone una ampliación sustancial y actualizada de la comunicación presentada en el XXXIV Congreso AEDTSS, bajo el título de “Contratos temporales y edad”.

ÍNDICE

1. BREVES ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN LABORAL
2. LAS MODIFICACIONES GENERALES EN LA CONTRATACIÓN POR EL RDL 32/2021
3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL E INDEFINIDA
 - 3.1. Los trabajadores menores de 30 años
 - 3.2. Los trabajadores entre 30 y 49 años
 - 3.3. Los trabajadores de 50 años en adelante
4. LA ROTACIÓN DE TRABAJADORES
5. CONCLUSIONES

1. BREVES ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

Los elevados niveles de contratación temporal en España se habían convertido en un problema sin aparente solución, prácticamente desde que la reforma laboral de 1984 flexibilizó en gran medida su utilización, permitiendo la contratación temporal sin causa¹. En las dos décadas anteriores a la última reforma laboral, la contratación temporal del sector privado alcanzó un máximo que superó el 34% en el año 2006, y un mínimo inferior al 23% en 2013². En los años previos a la reforma de 2021, este porcentaje se encontraba entre el 23% y el 25%, mientras que en la actualidad se sitúa sobre el 12%³. Otra expresión del considerable uso de los contratos temporales en nuestro mercado de trabajo se encuentra en el número de contratos temporales suscritos al año. Con anterioridad a la reforma, el número de contratos temporales anuales suponía de media el 90%⁴. De esta forma, aproximadamente 9 de cada 10 contratos de trabajo en nuestro país fueron de carácter temporal. Cabe señalar que el carácter temporal de los contratos de duración determinada posibilita que el mismo trabajador suscriba diversos contratos temporales al año con mayor facilidad, aumentando el

¹ López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021: análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 13.; De La Fuente Lavín, M. y Zubiri Rey, J. B., “La reforma laboral de 2021 en España, cambio de tendencia en la regulación de la contratación temporal”, *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, Nº. 3, 2022, pág. 201.; Guamán Hernández, A., “De la estabilidad en el empleo a la precariedad laboral por la vía de la contratación temporal: la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo como paradigma del trabajo precario”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº. 6, 2013, pág. 109 y 122; Toscani Giménez, D., “El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 116, 2012, págs. 14-15.

² Según la EPA del INE para “Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad” del primer trimestre del año, en el periodo de 2002 a 2024.

³ Según la EPA del INE para “Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad” del primer trimestre del año, en el periodo de 2002 a 2024.

⁴ Según los datos estadísticos del SEPE sobre la “evolución de contratos totales, indefinidos y temporales” para los periodos de 2001 a 2014 y de 2015 a 2024. 2024 respecto a los meses de enero, febrero y marzo.

número de contratos, lo que ocurre en menor medida en la contratación indefinida. Aunque un trabajador puede suscribir varios contratos indefinidos en un mismo año, el propio fin de la relación laboral indefinida dificulta la suscripción de diferentes contratos de estas características. En la actualidad, el número de contratos temporales al año en el empleo público y privado se ha reducido, pasando a representar a menos de 6 de cada 10 contratos de trabajo⁵.

En este marco de elevada contratación temporal que ha caracterizado nuestro mercado de trabajo⁶, la temporalidad está vinculada de forma inseparable con la inestabilidad en el empleo⁷, generando opiniones en las que la precariedad en la contratación y en el empleo se sitúan como uno de los grandes problemas de nuestro mercado de trabajo⁸. De esta forma, la reducción de la temporalidad sigue siendo una cuestión de importancia, debido a que lleva aparejadas consecuencias desfavorables para los trabajadores, como una remuneración más baja, mayores probabilidades de sufrir un accidente de trabajo o afectando a otras decisiones vitales, relacionadas con la convivencia en común o el momento adecuado para tener descendencia⁹. Además

⁵ Según los datos estadísticos del SEPE sobre la “evolución de contratos totales, indefinidos y temporales” para los periodos de 2001 a 2014 y de 2015 a 2024. 2024 respecto a los meses de enero, febrero y marzo.

⁶ Montoya Medina, D., “Estabilidad en el empleo y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, N.º. 3, 2022, pág. 13. En el sentido de que la persistencia de unas altas tasas de temporalidad y la contratación temporal caracterizan nuestro mercado de trabajo, en Guamán Hernández, A., “De la estabilidad en el empleo...”, ob. cit., pág. 110.

⁷ Montoya Medina, D., “Estabilidad en el empleo...”, ob. cit., pág. 17.

⁸ Opina además el autor que dicha precariedad podría ser, no uno de los grandes problemas de nuestro mercado de trabajo, sino el problema principal, en Montoya Medina, D., “Estabilidad en el empleo...”, ob. cit., pág. 13.

⁹ Pérez Del Prado, D., “La reforma laboral 2021: primeros datos”, *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, N.º. 3, 2022, pág. 93. Las opiniones sobre los efectos adversos de la contratación temporal se amplían por otros autores, como en Alfonso Mellado, C. L., “El fraude en la contratación temporal”, en Guamán Hernández, A. y Cordero Gordillo, V. (Coords.), *Temporalidad y precariedad del trabajo asalariado: ¿el fin de la estabilidad laboral?*, Ed. Bomarzo, 2013, pág. 237 donde se mantiene que la temporalidad fomenta la desvinculación con la empresa, frena la inversión en formación de trabajadores con estabilidad incierta, contribuye a generar trabajos precarios, aumenta el coste de protección social, dificulta la actuación sindical, y discrimina a jóvenes, mujeres e inmigrantes, ya que parece que la temporalidad recae sobre ellos; Gómez Abelleira, F. J., *La temporalidad laboral como problema jurídico. Diagnóstico y soluciones*, Tirant Lo Blanch, 2014, págs. 20-21 relata, entre otras cuestiones, que los contratos temporales dan cobertura a las situaciones de subempleo en mayor proporción a los contratos indefinidos. También, persiguen influir en el conjunto de condiciones de trabajo, flexibilizándolas, y generan una situación “lose-lose” en la que ambas partes, empresa y persona trabajadora, pierden; Sala Franco, T., “Aspectos críticos de la temporalidad en la contratación laboral”, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 2005, págs. 254-255; y Sala Franco, T., *La Reforma Laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 49 dónde el autor señala que la temporalidad repercute a la Seguridad Social, por cuanto el incremento de gasto de prestaciones derivadas de la rotación; repercute en la imposibilidad de planificar la vida personal y familiar; en la seguridad y salud, ya que la siniestralidad es mayor en el empleo temporal;

de estas y otras cuestiones, los trabajadores temporales también quedan expuestos a un riesgo mayor de sufrir pobreza¹⁰.

Las modificaciones introducidas por la reforma de 2021 están, hasta la fecha, contribuyendo a reducir la contratación temporal. Pero, al margen de que la reducción de la temporalidad haya sido mayor o menor, o de sí esta reducción en los niveles de contratación temporal traerá consigo otros problemas que afectan a la estabilidad en el empleo, cuestiones que también se introducirán, el estudio que se presenta pondrá especial atención al *factor edad* en el análisis de la evolución en materia contractual. ¿Cómo se han repartido los efectos del RDL 32/2021 según la edad de los trabajadores? ¿Se mantiene la tradicional tendencia de que, a mayor edad, mayor contratación indefinida? ¿Siguen los jóvenes con altas tasas de temporalidad en el empleo?

Aunque la tasa de temporalidad afecta al conjunto de los trabajadores, esta tasa incide de forma especialmente negativa en los jóvenes -entre otros colectivos-, lo que, combinado por sus habituales niveles de desempleo, los coloca en una especial posición de vulnerabilidad laboral¹¹. Con anterioridad a consultar los datos accesibles sobre contratación, dicho estudio ya partía de que muy probablemente las dinámicas anteriores a la reforma sobre contratación temporal por grupos de edad se hubieran mantenido. Les adelantamos que, efectivamente, aunque se observan ciertas mejoras respecto a la reducción de la contratación temporal en todas las edades, se observan mayores niveles de contratación temporal y de rotación entre los trabajadores con menos experiencia vital, y, por tanto, menores niveles de contratación temporal y rotación en aquellos trabajadores de mayor edad, tal y como señalaremos a lo largo del estudio. A continuación, el estudio tratará de ofrecer información para responder a las cuestiones suscitadas anteriormente, comenzando por un breve análisis sobre la normativa actual en materia de contratos temporales estructurales, para posteriormente dar paso a datos sobre empleo.

reduce la afiliación sindical y puede llegar a enfrentar los reivindicaciones e intereses entre personas trabajadoras temporales e indefinidas; crea desigualdades competitivas entre las empresas que asumen la fijeza y el coste de sus trabajadores mientras otras se nutren en gran medida de la contratación temporal; dificulta o encarece la formación, debido a la rotación; imposibilita alcanzar el “espíritu de empresa” necesario para competir en el mercado para los trabajadores temporales; y finalmente, reduce la demanda agregada de bienes y servicios, ralentizando la economía y generando una pérdida de beneficios empresariales.

¹⁰ Pérez Del Prado, D., “Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo», en Gómez Abelleira, F. J., *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

¹¹ Montoya Medina, D., “Estabilidad en el empleo...”, ob. cit., pág. 15. En el sentido de que la temporalidad afecta en mayor medida a los jóvenes, en Gómez Salado, M. A., “Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 48, 2022, pág. 51 y en Guamán Hernández, A., “De la estabilidad en el empleo...”, ob. cit., pág. 110.

2. LAS MODIFICACIONES GENERALES EN LA CONTRATACIÓN POR EL RDL 32/2021

Debido a los elevados niveles de contratación temporal en nuestro país, la reforma laboral de 2021, introducida por el RDL 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 tiene como uno de sus objetivos principales reducir la utilización de la contratación temporal, tal y como se expone a lo largo de su preámbulo. Esta normativa también se desarrolla a causa de los compromisos adoptados por España frente a la Unión Europea, sobre todo, con relación al componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia sobre las nuevas políticas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo, en el que se integran objetivos como abordar los problemas de temporalidad y la segmentación del mercado de trabajo¹².

El cambio para reducir la contratación temporal se lleva a cabo por dos vías: la reformulación de los contratos temporales y el impulso de la contratación indefinida¹³. Por un lado, la modificación de la contratación temporal se plasma en: i) la supresión del contrato por obra o servicio ii) la limitación de la contratación temporal aumentando los requisitos de causa y forma y iii) la creación de un contrato temporal “nuevo”, denominado como *contrato por circunstancias de la producción*, con un régimen diferente de duración y otras reglas para el encadenamiento de contratos. Por otro lado, al restringir la contratación temporal, se trata de dirigir la contratación de duración determinada hacia los modelos de contratación indefinida, en especial, en la contratación indefinida fija discontinua.

Respecto al derogado contrato por obra o servicio, cabe destacar que canalizaba gran parte de la contratación temporal¹⁴. El uso inadecuado de este contrato ha sido uno de los principales factores para explicar el elevado nivel de temporalidad de

¹² Vila Tierno, F., “La contratación temporal por circunstancias de la producción”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 12, N.º. 2, 2022, pág. 16; López Ahumada, J. E., “La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: análisis del Real Decreto-Ley 32/2021”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, N.º. 13, 2022, pág. 16; Ferradans Caramés, C., “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre el trabajo a tiempo parcial: Una nueva oportunidad desaprovechada para abordar los cambios pendientes”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 164, 2022, pág. 54. Para conocer la situación completa en la que se elabora el RDL 32/2021 se recomienda la lectura de Cruz Villalón, J. “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 161, 2022, págs. 11-66.

¹³ Opina también en este sentido Gómez Salado, M. A., “Una panorámica de la contratación...”, ob. cit., pág. 15.

¹⁴ El contrato por obra o servicio determinado supuso el 39,68% del total de la contratación temporal, frente al 19,63 % del antiguo contrato eventual por circunstancias de la producción, calculado según los datos de la EPA del INE para “asalariados por sexo y tipo de contrato o relación laboral” en el primer trimestre de 2020, año previo a la reforma.

nuestro mercado de trabajo¹⁵, uso que ya había sido fuertemente cuestionado por la jurisprudencia interna y comunitaria¹⁶.

En las otras limitaciones a la contratación temporal, encontramos que el art.15 del ET contiene en la actualidad mayores requisitos de causalidad que deben de consignarse de forma adecuada en el contrato. Además de que la causalidad para recurrir a la contratación temporal -que existía con anterioridad a la reforma¹⁷- se haya reforzado, también se han modificado las reglas de encadenamiento de contratos, facilitando la conversión a indefinido. Por último, se regula la modalidad o modalidades de contratación de duración determinada del contrato por circunstancias de la producción. Este contrato ha canalizado la contratación temporal en nuestro país, ya que se presenta como el contrato temporal principal tras la reforma de 2021¹⁸. El contrato por sustitución es el otro contrato temporal del art. 15 del ET que puede suscribirse por empresas y trabajadores. Este modelo contractual supone la evolución del contrato por interinidad¹⁹, con unas situaciones mucho más concretas de utilización, si lo comparamos con el contrato por circunstancias de la producción. La estabilidad en la interpretación de este contrato causa que su uso no haya aumentado en gran medida tras la derogación de los contratos temporales anteriores a la reforma²⁰. De hecho, las limitadas situaciones en las que se puede recurrir al

¹⁵ Suárez Corujo, B., “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, *Documentación Laboral*, N° 115, 2028, pág. 101.

¹⁶ Encontramos un análisis más detallado de la jurisprudencia nacional al respecto en López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., *La contratación laboral...*, ob. cit., págs. 65-67 y en Tuset Del Pino, P., “La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020, declarando fraudulentos los contratos por obra o servicio determinado vinculados a contrataciones sucesivas, exige la urgente modificación del art. 15.1 a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, N° 218, 2021, págs. 5-10. Se apunta a que el cambio de criterio del TS sobre el uso del contrato por obra y servicio en el marco de las contrataciones probablemente ha facilitado el acuerdo social del RDL 32/2021 en Vicente Palacio, A., “Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!” , *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, pág. 67.

¹⁷ Para un estudio en profundidad del principio de causalidad en la contratación temporal, se recomienda consultar Aguilera Izquierdo, R., “El principio de «causalidad» en la contratación temporal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 33, 2001, págs. 99-122.

¹⁸ Este contrato representa el 69,76% de la contratación temporal en el primer trimestre de 2024, calculado según los datos estadísticos generales de contratos del SEPE para los meses de enero, febrero y marzo de dicho año. En la misma línea, la supresión del contrato por obra o servicio y los supuestos tan limitados para recurrir al contrato por sustitución causan que el contrato temporal por antonomasia vaya a ser el contrato por circunstancias de la producción en Vila Tierno, F., “La contratación temporal...”, ob. cit., pág. 4.

¹⁹ En el sentido de que el contrato por sustitución introduce ciertas novedades necesarias y razonables, pero preserva la esencia de la regulación del contrato por interinidad, en Gómez Salado, M. A., “Una panorámica de la contratación...”, ob. cit., pág. 51.

²⁰ Este contrato representa el 19,21% de la contratación temporal en el primer trimestre de 2023, calculado según los datos estadísticos de contratos del SEPE para los meses de enero, febrero

contrato por sustitución dificultan su utilización extensiva, evitando muchos de los peligros vinculados al abuso de la temporalidad²¹.

Por otro lado, estas limitaciones hacia la contratación temporal también tratan de impulsar la contratación indefinida, especialmente la de tipo fija discontinua. Dicha modalidad contractual ha pasado a absorber las necesidades de mano de obra que se repiten en el tiempo de forma cíclica y que -a la vista del aumento de fijos discontinuos- se cubrían en gran medida y de forma errónea mediante la contratación temporal²². Uno de los problemas del trabajo fijo discontinuo consiste en que, pese a constituir un vínculo indefinido entre la empresa y el trabajador, sugiere dudas en torno a si realmente ofrece estabilidad en el empleo, sobre todo, en trabajos cíclicos de corta duración al año. El aumento exponencial del empleo fijo discontinuo podría generar empleos de carácter indefinido que no cuenten con los elementos de estabilidad que han caracterizado a la contratación indefinida permanente u ordinaria.

Dicho esto, también debemos contemplar la posibilidad de que la contratación indefinida ha podido adquirir parte de la inestabilidad en el empleo que contenía y contiene la contratación temporal. De esta forma, aunque haya un mayor número de trabajadores indefinidos, es posible que la contratación indefinida permanente actual ofrezca menores garantías para mantener el empleo, debido a la extinción anticipada del contrato mediante la no superación del periodo de prueba o al despido improcedente en trabajadores con poca antigüedad. Por ello, también prestaremos atención a los datos sobre rotación de los trabajadores en los datos que se presentan en los siguientes apartados.

3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL E INDEFINIDA

Plasmado el escenario general sobre la contratación temporal en España, vamos a continuar analizando algunos datos sobre empleo temporal e indefinido. Algunas de las informaciones de este punto incluyen aspectos que engloban el empleo del sector público y del sector privado que no pueden obtenerse por separado. Pese a esto, prestaremos especial atención a los datos del sector privado, ya que, aunque el empleo temporal también genera numerosos conflictos en el

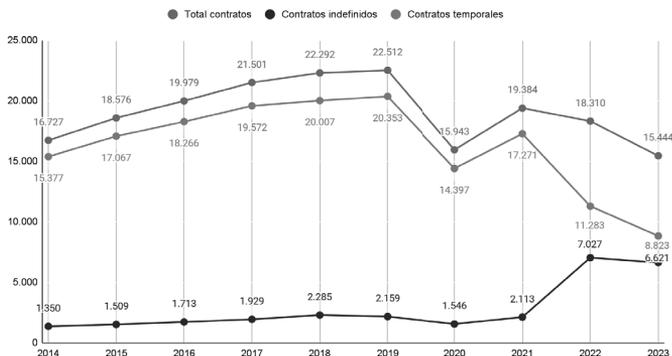
y marzo de dicho año. Se celebraron 365.982 contratos por sustitución durante el primer trimestre de 2023, frente a los 320.364 contratos de interinidad para el primer trimestre de 2021, suponiendo un aumento en el uso de esta modalidad contractual de un 14,24%, según los datos de la misma fuente.

²¹ Ballester Pastor, M. A., *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2022, pág. 71. En el mismo sentido del contrato por sustitución no supone una preocupación desde la perspectiva del fraude, en Goerlich Peset, J. M., “La reforma de la contratación temporal” en Goerlich Peset, J. M.; Mercader Uguina, J. R. y De La Puebla Pinilla, A., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 36.

²² Opina también en este sentido Pérez Del Prado, D., “La reforma laboral 2021...”, ob. cit., pág. 98.

empleo público, responde a dinámicas y planteamientos diferentes que no pueden ser abordados de forma conjunta en este estudio. Como ya introdujimos, el número de contratos temporales anuales de nuestro mercado de trabajo se situaba en un porcentaje muy elevado. En el Gráfico 1 podemos observar cuál es el número de contratos temporales con relación a la contratación indefinida y al número total de contratos celebrados anualmente, durante los últimos 10 años, combinando los celebrados en el sector público y privado.

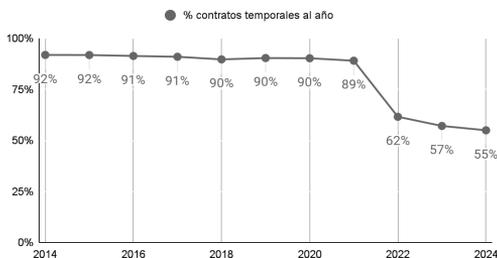
Gráfico 1. Contratos acumulados anualmente



Elaboración propia a raíz de los datos del Servicio de Empleo Público Estatal. Estadísticas. Resumen de datos estadísticos. Evolución de contratos totales, indefinidos y temporales (2001-2014) y (2015-2024). Unidades: Miles de personas.

Las anteriores cantidades de contratos temporales reflejan un porcentaje de contratos temporales elevado a lo largo de los años, especialmente, con anterioridad a la reforma, tal y como representa a continuación el Gráfico 2.

Gráfico 2. Porcentaje de contratos temporales anuales



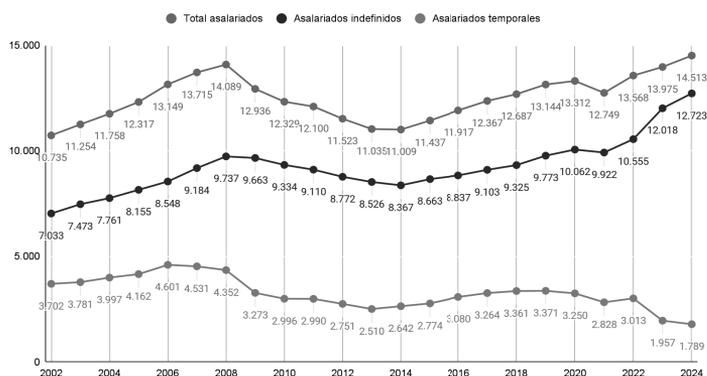
Elaboración propia a raíz de los datos del Servicio de Empleo Público Estatal. Estadísticas. Resumen de datos estadísticos. Evolución de contratos totales, indefinidos y temporales (2001-2014) y (2015-2024²³).

²³ Datos del año en curso, comprende el primer trimestre de 2024.

Como se desprende de los anteriores datos, el número de contratos temporales y su porcentaje con relación al total de la contratación laboral ha permanecido en un porcentaje alto que se situaba de forma estable con anterioridad a la reforma de 2021 entre un 92% y un 89%. En cambio, observamos una reducción a partir de 2022, con el inicio de los efectos del RD 32/2021 en nuestro mercado de trabajo, situándose entre el 62% a un 55%.

La *tasa de temporalidad* es otro factor determinante para entrar a valorar el impacto de la reforma de 2021. Para la obtención de dicha tasa, previamente, el Gráfico 3 contiene la evolución del número de contratos vigentes, indefinidos y temporales específicos del sector privado.

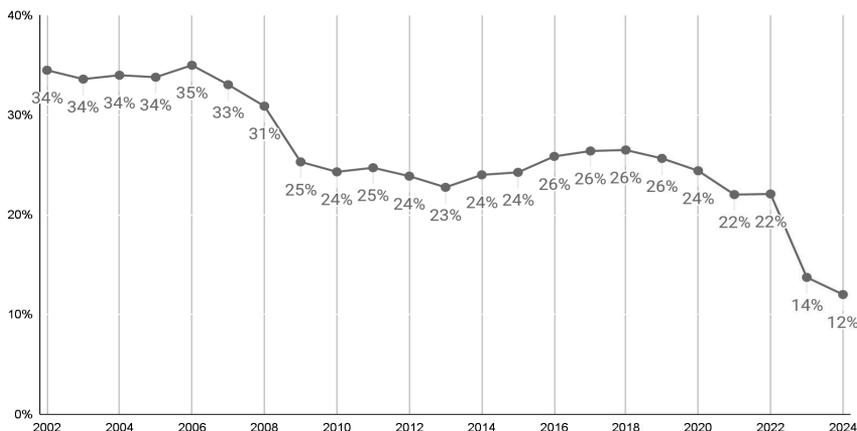
Gráfico 3. Asalariados al trimestre en el sector privado



Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Periodo 2002 a 2024. Primer trimestre de cada año. Unidades: Miles de personas²⁴.

Estos datos se traducen en una tasa de temporalidad que también ha sufrido variaciones a lo largo de los años. El Gráfico 4 contiene la evolución de la tasa de temporal con relación al número de trabajadores temporales del sector privado sobre el número total de trabajadores del mismo sector.

²⁴ El gráfico no contiene el número total de contratos firmados anualmente que se hayan extinguido, sino el número de contratos vigentes en el momento de la EPA. La tabla contiene los siguientes datos: i) Los contratos totales existentes en el primer trimestre de cada año; ii) los contratos indefinidos existentes en el primer trimestre de cada año; y iii) los contratos temporales existentes en el primer trimestre de cada año.

Gráfico 4. Tasa de temporalidad sector privado

Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Periodo 2002 a 2024. Primer trimestre de cada año²⁵.

Con anterioridad al periodo que muestra el gráfico 4, la contratación temporal también se mantuvo elevada en un porcentaje similar a los valores más altos²⁶. La evolución del Gráfico 4 muestra cómo hemos pasado de una tasa de temporalidad que se situaba entre un 33% a un 35% a reducirse a un 23% a consecuencia de la crisis de 2008. Esto se debe a que, a la hora de flexibilizar el trabajo para ajustarlo a las necesidades empresariales en un escenario de recesión económica, el empleo temporal es el primero en extinguirse²⁷. Con la recuperación económica, se aprecia un nuevo aumento de la contratación temporal que, aunque no llega a alcanzar los porcentajes previos a la crisis, se sitúa sobre el 26% en el año 2017.

²⁵ El gráfico contiene la tasa de temporalidad existente en el primer trimestre de cada año. La tasa de temporal consiste en la proporción de trabajadores asalariados que tienen un contrato temporal en el momento de la EPA. El cálculo se realizó con la siguiente fórmula: Tasa de temporalidad: (Asalariados con contrato temporal / Total asalariados) * 100 = %.

²⁶ Encontramos que la temporalidad se mantuvo por encima del 30% desde 1990, en Banyuls Llopis, J. y Recio Andreu, A., “Labour segmentation and precariousness in Spain: theories and evidence”, in Grimshaw, D. et. al., *Making work more equal: A new labour market segmentation approach*, Manchester University Press, 2017, pág. 133.

²⁷ Montoya Medina, D., “Estabilidad en el empleo...”, ob cit., pág. 17. Se hace referencia a esta destrucción, no solo sobre la contratación temporal, sino sobre el empleo atípico, en Cárdenas Del Rey, L., “La segmentación laboral durante la recuperación económica: empleo atípico y rotación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 38, Nº 1, 2020, pág. 134 y 141. En el sentido de que la tasa de temporalidad se redujo durante la crisis a consecuencia de la destrucción masiva de empleo y no a consecuencia de la política de empleo, en Guamán Hernández, A., “De la estabilidad en el empleo...”, ob cit., pág. 109.

La mejora en la economía dio lugar de nuevo a la creación de empleo, donde aumentó principalmente el empleo atípico²⁸, por lo que, durante este crecimiento económico, los problemas del mercado laboral español, como la temporalidad o la rotación de los trabajadores se mantuvieron²⁹.

Los años previos a la reforma del RDL 32/2021 experimentan una ligera reducción de la contratación temporal, causada posiblemente por la situación de pandemia generada por el COVID19, a consecuencia del descenso en el empleo. En esta ocasión, aunque el nivel de empleo, en términos generales, se consigue mantener, el número de trabajadores se reduce ligeramente, disminuyendo de nuevo el porcentaje de temporalidad. El mayor cambio lo encontramos tras la reforma de 2021, especialmente, tras la superación de la situación sanitaria que afectó a nuestra economía y a nuestro mercado de trabajo, la tasa de temporalidad sigue reduciéndose, situándose cerca del 12%. Debemos de tener en cuenta que el régimen transitorio del RDL 32/2021 perdió su vigencia al final del primer trimestre de 2022, por este motivo, el Gráfico 4, compuesto por los datos del primer trimestre del año, refleja una caída de la contratación temporal en 2023 y no durante 2022.

De esta forma, la temporalidad nacional ya no se aproxima, sino que es inferior a la media de la tasa de temporalidad en la Unión Europea, que se situó en un 13,2% para 2023³⁰. A falta de los datos completos del presente año y de los posteriores, no podemos determinar si esta tendencia de reducción continuará, si el porcentaje de la tasa de temporalidad se quedará estancado sobre el 12%, o bien, si la temporalidad podrá aumentar³¹. Pese a lo anterior, en la actualidad, la aplicación del RDL 32/2021 muestra una reducción de la contratación temporal, incluso en etapas de crecimiento económico en el que aumenta el número de contratos de trabajo totales. Esta reducción es contraria al aumento habitual de la contratación temporal durante las etapas de expansión económica.

²⁸ Cárdenas Del Rey, L., “La segmentación laboral...”, ob. cit., pág. 134 y 141.

²⁹ Cárdenas Del Rey, L., “La segmentación laboral...”, ob. cit. pág. 126. En el sentido de que, durante los periodos de crecimiento, el aumento de la temporalidad resulta un fenómeno crónico de nuestro empleo, dejando de ser una situación transitoria a una permanente, en De La Fuente Lavín, M. y Zubiri Rey, J. B., “La reforma laboral de 2021...”, ob. cit, págs. 204 y 206.

³⁰ Según los datos de Eurostat para los trabajadores de 15 a 64 años, de los 27 países de la Unión Europea (desde 2020), para el primer trimestre de 2023, extraídos de la estadística sobre “temporary employees as a percentage of the total number of employees, by sex and age (%)”.

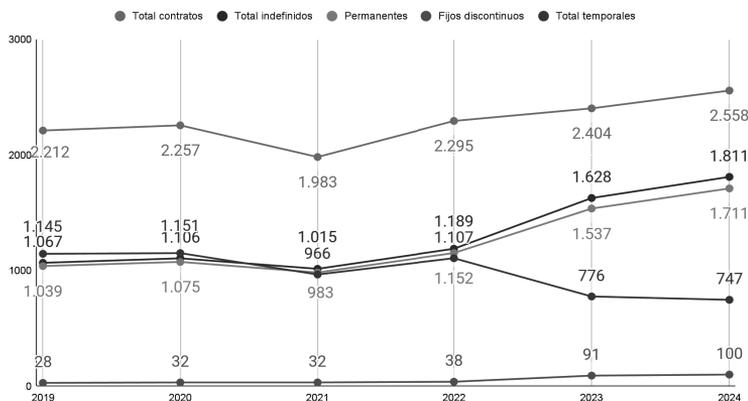
³¹ Encontramos posturas que se inclinan por señalar que aunque toda reforma cuenta con limitaciones, los cambios introducidos por el RDL 32/2021 parecen realistas, oportunos, coherentes y comprometidos con los problemas del mercado de trabajo, pudiendo adquirir una enorme relevancia como elemento dinamizador que cambie el modelo de relaciones basado en la temporalidad hacia otro más justo y alejado de la precariedad, en el cambio de las prácticas y la cultura que predomina respecto a la contratación, en Gómez Salado, M. A., “Una panorámica de la contratación...”, ob. cit., pág. 51.

Aunque se haya producido esta reducción de la tasa de temporalidad, el impacto de la reforma de 2021 no ha sido por igual según los grupos de edad de los trabajadores. Por este motivo, seguidamente consultaremos los datos sobre empleo diferenciando entre los trabajadores menores a 29 años, los que se encuentran entre los 30 y los 49 años, y, por último, los mayores de 50 años. Además del número y porcentajes sobre el empleo temporal e indefinido, extraemos información que puede estar vinculada con la estabilidad en el empleo indefinido, como el aumento del trabajo indefinido fijo discontinuo.

3.1. Los trabajadores menores de 30 años

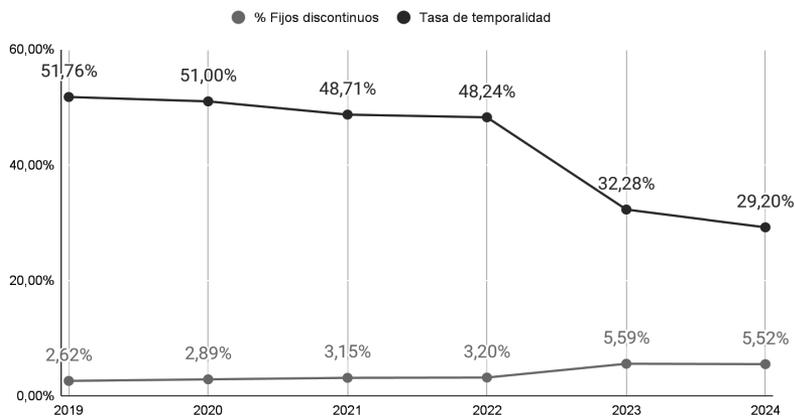
Comenzando por los trabajadores más jóvenes y debido a la prohibición general en el trabajo de menores del art. 6.1 del ET, la información de este epígrafe hace referencia a los trabajadores de entre 16 a 29 años. Los trabajadores de este grupo de edad son los que más se han beneficiado de los efectos de la reforma, tal y como muestra el Gráfico 5.

Gráfico 5. Evolución contratación según edad (16-29)



Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Periodo 2019 a 2024. Primer trimestre de cada año. Unidades: Miles de personas.

Por su parte, y con base a la cantidad de contratos anteriores, el Gráfico 6 muestra el porcentaje del empleo fijo discontinuo y la tasa de temporalidad de este grupo de trabajadores.

Gráfico 6. Porcentajes evolución contratación según edad (16-29)

Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Periodo 2019 a 2024. Primer trimestre de cada año. Unidades: Miles de personas.

Esta mejora se debe a que son el grupo de trabajadores que mayor tasa de temporalidad venía -y viene- soportando. La tendencia legislativa -con anterioridad a la reforma de 2021- consistió en utilizar la contratación temporal de los jóvenes como vía principal para su inserción laboral³². La aplicación de los cambios en la contratación temporal e indefinida muestran un descenso de la temporalidad que pasa aproximadamente de entre un 48%-52%, a un 29%-30% tras el despliegue de efectos de la reforma³³. Aun así, los trabajadores menores de 30 años se mantienen, como con anterioridad a la reforma, como los trabajadores con más contratos temporales.

Pese a esto, la evolución de la contratación indefinida permanente ha aumentado en casi un 65% (64,67%), pasando de 1.039.000 de trabajadores indefinidos permanentes en 2019 a 1.711.000 de trabajadores en 2024. En este aumento de la contratación indefinida permanente, también crecen los fijos discontinuos en más de un 250% (257,14%), pasando de 28.000 de trabajadores en 2019 a 100.000 de trabajadores en 2024. En este mismo año, el trabajo fijo discontinuo representa el

³² Para un desarrollo evolutivo más detallado sobre las diferentes reformas y su implicación en la contratación de los jóvenes, consultar Guamán Hernández, A., “De la estabilidad en el empleo...”, ob. cit., pág. 120 y ss.

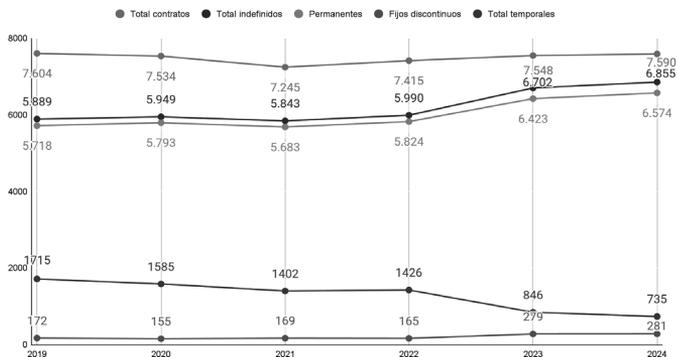
³³ Encontramos que este grupo de trabajadores ya mostraba una mejora en los niveles de contratación indefinida en el estudio elaborado al poco de producirse la reforma de 2021 en Gimeno Díaz De Atauri, P., “La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance”, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2022, págs. 229 y 230.

5,52%, frente al 2,62% de 2019. Uno de los mayores riesgos en la reestructuración de la contratación era la posibilidad de que la contratación fija discontinua absorbiera toda la contratación temporal irregular y, aunque ha absorbido parte, también se ha generado contratación indefinida permanente en el grupo de trabajadores más afectado en el uso de la contratación temporal. Bajo mi punto de vista, y al menos, con la evolución del empleo actual, el porcentaje de empleo fijo discontinuo no parece amenazar en términos generales la estabilidad en el empleo que ofrece la contratación indefinida (permanente o fija discontinua), si la comparamos con la inestabilidad que genera un elevado nivel de contratación temporal permanente.

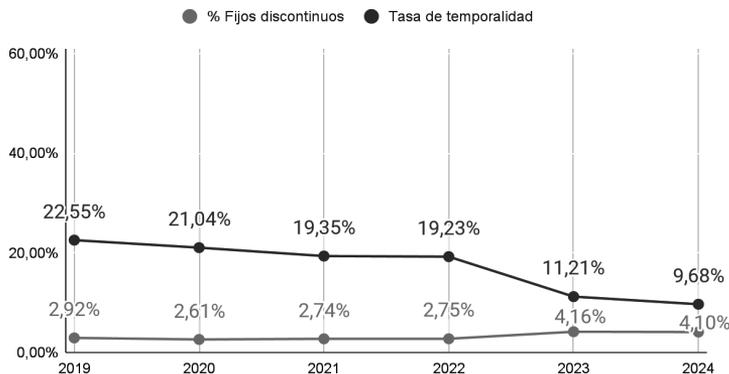
3.2. Los trabajadores de 30 a 49 años

Los trabajadores de 30 a 49 años representan un grupo de trabajadores de mayor número, si lo comparamos con los trabajadores menores de 30 años. Aun triplicando el número de trabajadores de esta franja de edad con relación a los trabajadores más jóvenes, estos trabajadores cuentan con una tasa de temporalidad inferior. De esta forma, la tasa de temporalidad de este grupo de trabajadores ha pasado de situarse sobre un 22,5% en 2019 a un 9,7% en 2024, reduciendo el número de contratos temporales, como indican los Gráficos 7 y 8.

Gráfico 7. Evolución contratación según edad (30-49)



Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Periodo 2019 a 2024. Primer trimestre de cada año. Unidades: Miles de personas.

Gráfico 8. Porcentajes evolución contratación según edad (30-49)

Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Periodo 2019 a 2024. Primer trimestre de cada año. Unidades: Miles de personas.

Pese a que el número de trabajadores ocupados en este grupo de edad es ligeramente inferior a los ocupados con anterioridad a la reforma, el empleo indefinido permanente ha aumentado un 11,61%, mientras que el indefinido fijo discontinuo lo ha hecho en un 61,2%. Actualmente, los contratos fijos discontinuos representan el 4,10% de la contratación indefinida. Este grupo de trabajadores parece contar con mayor estabilidad en el empleo que el grupo anterior, en la combinación de una tasa de temporalidad inferior a la media y a un porcentaje de empleo fijo discontinuo que tampoco distorsiona los niveles de empleo indefinido.

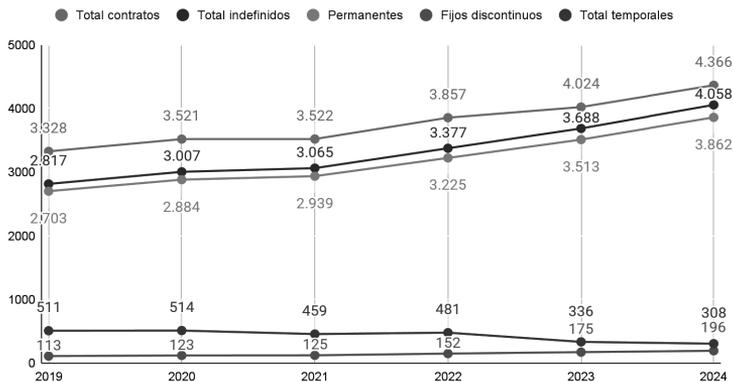
3.3. Los trabajadores de 50 años en adelante

El último grupo de trabajadores está compuesto por aquellos que tienen 50 o más años de edad. Aunque los trabajadores de esta edad tienen algunas dificultades para reincorporarse al mercado de trabajo tras la pérdida del empleo³⁴, presentan unas características similares a los trabajadores de media edad: baja tasa de temporalidad y un porcentaje de empleo fijo discontinuo que no supera el 5%, como se expondrá a continuación. En primer lugar, en el Gráfico 9 podemos observar el

³⁴ Un estudio cualitativo parece concluir que, la selección de trabajadores se inclina en contratar a jóvenes con formación y experiencia en el puesto de trabajo, en lugar de contratar a trabajadores mayores de 45 años. Los desempleados también tienen la visión de que la contratación recae en personas sin cargas familiares, por tener mejor disposición y flexibilidad horaria para prestar servicios en la empresa, en Sánchez-Martín, M. e Izquierdo Rus, T., "Demandas de los empresarios en la contratación de los mayores de 45 años", *Universitas psychologica*, Vol. 19, N°. 1, 2020, págs. 8 y 9.

número total de contratos, los contratos indefinidos, tanto los permanentes como los fijos discontinuos, junto al total de contratos temporales.

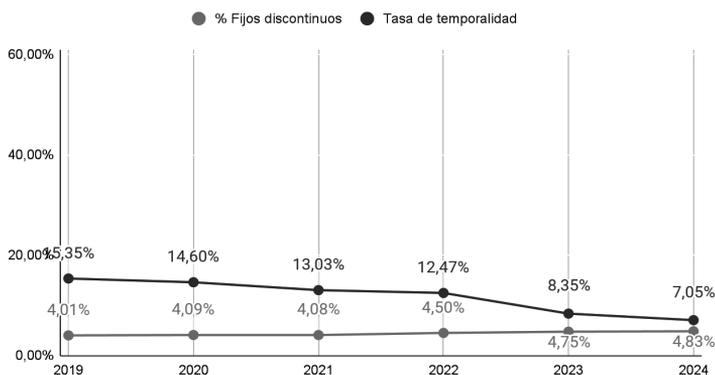
Gráfico 9. Evolución contratación según edad (50 o más)



Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Periodo 2019 a 2024. Primer trimestre de cada año. Unidades: Miles de personas.

Nuevamente, el número de los contratos nos permite obtener la tasa de temporalidad de este grupo de trabajadores y el porcentaje de empleo fijo discontinuo, representado en el Gráfico 10.

Gráfico 10. Porcentaje evolución contratación según edad (50 o más)



Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad. Periodo 2019 a 2024. Primer trimestre de cada año. Unidades: Miles de personas.

A la vista de los datos, estos trabajadores también han visto reducida su tasa de temporalidad a consecuencia de la reforma laboral, pasando aproximadamente de un 15% a un 7%. En la reestructuración del empleo, la contratación indefinida permanente ha aumentado casi un 22% (21,96%) y la fija discontinua un 73,45% de 2019 a 2024. El empleo fijo discontinuo para este año constituye el 4,83% del empleo indefinido. Aunque este grupo presenta una tendencia de aumento en el número de trabajadores ocupados superior, si lo comparamos con los grupos anteriores, tiene una composición del empleo similar a los trabajadores de entre 30 a 49 años, pero mantiene diferencias con relación a los trabajadores más jóvenes.

4. LA ROTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Con la información previa, apreciamos que la aplicación del RDL 32/2021 muestra en la actualidad una tendencia en la reducción de los contratos temporales. Esta reducción de la contratación temporal supone un aumento de la contratación indefinida, que viene acompañada de un mayor nivel de rotación en el empleo indefinido. En este sentido, encontramos que el índice de rotación³⁵ en el empleo indefinido ha pasado de un 1,09 en 2019 y de un 1,08 en 2021 a un 1,32 en 2022, siendo el último año con datos accesibles al respecto actualmente³⁶. Pese a esto, el índice de rotación global, que incluye la rotación de los trabajadores indefinidos y temporales, presenta una tendencia favorable de reducción. Dicho índice se ha situado en un 2,93 en 2019, un 2,55 en 2020, un 2,72 en 2021, un 2,38 en 2022, para pasar a un 2,26 durante 2023, siendo el coeficiente más bajo para el índice de rotación en, al menos, los últimos 10 años³⁷. Aunque el índice de rotación general se ha ido reduciendo en los últimos años, de nuevo, no se ha reducido con la misma incidencia en todas las franjas de edades. Si comparamos el índice de rotación de los trabajadores más sensibles a la temporalidad, los menores de 30 años, con el índice de rotación de los trabajadores más experimentados, se observa una mayor probabilidad de cambiar de trabajo por parte de los primeros. Esto resulta lógico si los trabajadores menores de 30 años son los que contienen una tasa de temporalidad

³⁵ Utilizamos el concepto de índice de rotación que utiliza el SEPE, el cual “*determina el volumen de contratos que se realizan a una persona en un periodo determinado. Es el cociente entre el número total de contratos en un año y el número total de personas contratadas en ese año*”. El concepto del SEPE no diferencia entre si la extinción de la relación laboral se produce a voluntad del empresario o del trabajador. Se diferencia de otros conceptos utilizados por otras entidades para hacer referencia exclusivamente al porcentaje de trabajadores que abandonan voluntariamente la empresa.

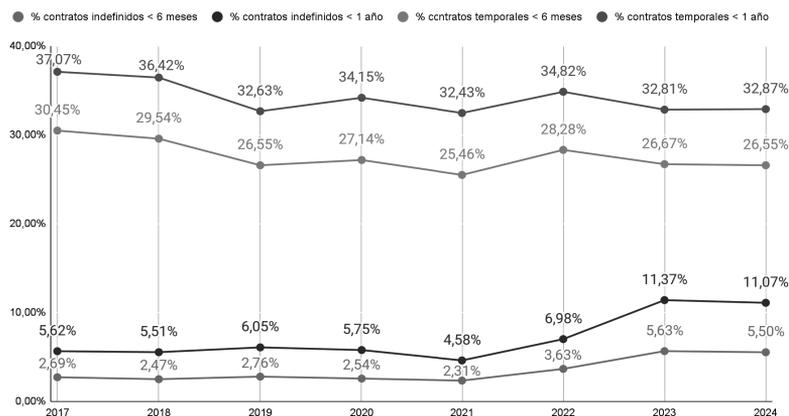
³⁶ SEPE, “2023 Informe del Mercado de Trabajo Estatal: Datos 2022”, *Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2023, pág. 43. Este índice hace referencia exclusivamente al empleo indefinido, no incluye el empleo de duración determinada.

³⁷ SEPE, “2023 Informe del Mercado de Trabajo Estatal: Datos 2022”, *Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2023, pág. 33 y SEPE, “2024 Informe del Mercado de Trabajo Estatal: Datos 2023”, *Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2024, pág. 34.

más elevada, tanto con anterioridad como con posterioridad a la reforma de 2021. De esta forma, el índice de rotación para los trabajadores menores de 30 años ha sido de 2,95, de 2,53 y de 2,73 para los años 2019, 2020 y 2021 respectivamente, mientras que el índice para los mayores de 45 años se situó en el 2,77, el 2,43 y el 2,56 respectivamente y para los mismos años³⁸. Sería conveniente conocer el índice de rotación de los menores de 30 años tras la aplicación completa de la reforma³⁹, pero, aun así, probablemente será superior al de los trabajadores con mayor edad, por los motivos anteriores sobre una mayor tasa de temporalidad para este grupo de trabajadores.

La evolución de la duración media de las relaciones laborales es otra forma de aproximarnos a la evolución en la rotación de los trabajadores. El Gráfico 11 muestra esa tendencia a continuación para los contratos indefinidos y temporales, diferenciando entre una duración de 6 meses y 1 año.

Gráfico 11. Porcentaje de contratos según duración media



Elaboración propia a raíz de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa. Asalariados con contrato indefinido por tiempo que llevan trabajando en el empleo actual, sexo y tiempo desde el comienzo o renovación del contrato y Asalariados del sector privado con contrato o relación laboral temporal por duración del contrato, sexo y grupo de edad. Periodo 2017 a 2024. Primer trimestre de cada año.

³⁸ A raíz de los datos extraídos de diferentes informes del SEPE: SEPE, “2022 Informe del Mercado de Trabajo Estatal: Datos 2021”, *Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2022, pág. 48; SEPE, “2021 Informe del Mercado de Trabajo Estatal: Datos 2020”, *Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2021, pág. 49 y SEPE, “2020 Informe del Mercado de Trabajo Estatal: Datos 2019”, *Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2020, pág. 79.

³⁹ Los informes del SEPE para 2023 y 2024 no proporcionan información al respecto para 2022 y 2023.

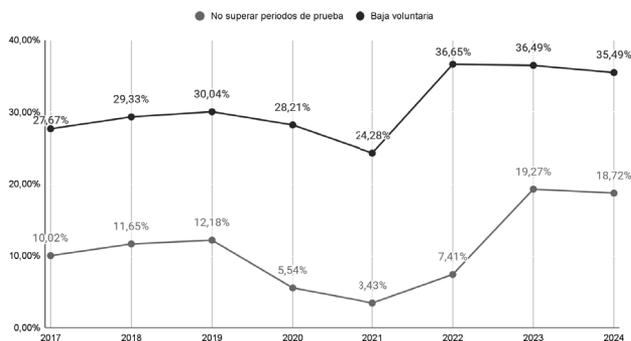
Podemos observar que la duración de la contratación temporal no ha sufrido mucha variación tras la aplicación del RDL 32/2021, manteniéndose estable en el porcentaje de contratos, tanto inferior a 6 meses como hasta 1 año de duración. En cambio, se aprecia un ligero aumento de los contratos indefinidos que no superan estas duraciones, colaborando en la rotación general y, especialmente, en la rotación de la contratación indefinida. Las contrataciones indefinidas que no superan los 6 y 1 año de duración han aumentado un 3,19% y un 6,49% respectivamente, pero, si lo analizamos junto al resto de informaciones sobre la reducción de la contratación temporal y el crecimiento de la contratación indefinida, dicho aumento no parece mostrar una equiparación entre el empleo indefinido que se destruye y el que se genera. Desde una perspectiva individual, existe mayor probabilidad de que la contratación indefinida no supere los 6 meses o el año de duración que con anterioridad a la reforma, pero desde una visión global de los efectos del RDL 32/2021, desde mi entendimiento, existen datos que muestran un efecto favorable en el empleo indefinido en términos generales.

El aumento en la rotación de los trabajadores indefinidos puede asociarse al aumento de las extinciones por no superación del periodo de prueba. En este sentido, un informe elaborado por CGT en 2023 sobre el balance de la reforma laboral ya apuntaba hacia un incremento considerable en el porcentaje de la no superación de periodos de prueba⁴⁰. Un año más tarde, el porcentaje de este tipo de extinción sobre el empleo indefinido se mantiene, tal y como muestra el Gráfico 12⁴¹.

⁴⁰ Conferencia General De Trabajadores, *Informe de Balance: Reforma laboral de 2021*, Gabinete Confederado de Estudios y Formación, 2023, pág. 9.

⁴¹ Para obtener el porcentaje de la no superación de los periodos de prueba que se muestran a continuación del total de las extinciones, se han excluido las bajas voluntarias o dimisiones y las bajas por la que los fijos discontinuos pasan a periodos de inactividad. Para el porcentaje de bajas voluntarias se han excluido las bajas por la que los fijos discontinuos pasan a periodo de inactividad.

Gráfico 12. Extinciones por no superación periodo de prueba y por bajas voluntarias en el empleo indefinido



Elaboración propia a raíz de los datos de la Base de Datos Estadísticos de la TGSS. Bajas medias en el Régimen General por causa de baja y tipo de contrato. Periodo de 2017 a 2024. Enero de cada año.

Esta tendencia de aumento en el porcentaje de extinciones a causa de no superar el periodo de prueba refleja un aumento considerable tras el momento en el que comenzó a aplicarse la reforma de 2021. Si bien, con anterioridad a la crisis del COVID 19, el porcentaje de extinción por esta causa se encontraba entre el 10% y el 12%. Aunque el nivel de extinciones en el periodo de prueba se reduce durante la situación de pandemia, este porcentaje aumenta considerablemente tras la aplicación del RDL 32/2021, superando el porcentaje prepandémico y aproximándose al 20% del total de las extinciones involuntarias para el trabajador.

El aumento puede haberse producido al utilizar la duración de dichos periodos como sustituto a la contratación temporal. El Gobierno es consciente de que las limitaciones hacia la contratación temporal efectuadas en 2021 para aumentar la contratación indefinida han provocado un aumento en este tipo de extinciones, en ocasiones, fraudulentas. Por este motivo, durante el mes de abril se ha hecho público que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social utilizará la Herramienta de Lucha contra el Fraude⁴² en busca de posibles abusos en el periodo de prueba de los contratos de trabajo⁴³.

⁴² Dicha herramienta consiste en una aplicación informática con capacidades predictivas que cruza diversas bases de datos para detectar indicios de fraude y planificar la actividad inspectora de manera más efectiva. Esto mejora la planificación y aumenta la eficiencia del trabajo de inspección al analizar y tratar conjuntamente los datos disponibles del Sistema de Inspección provenientes de diferentes fuentes, según el Programa presupuestario 291A sobre Inspección y Control de Seguridad y Protección Social, integrado por primera vez en los Presupuestos Generales del Estado para 2019.

⁴³ Ministerio de Trabajo y Economía Social, “La Inspección de Trabajo actuará contra posibles abusos en el periodo de prueba de los contratos de trabajo”, *Gabinete de Comunicación*,

Debemos destacar que el art. 14 del ET, que contiene la duración máxima de los periodos de prueba, permite que dichos periodos puedan ampliarse mediante la negociación colectiva, por lo que podremos encontrar periodos de prueba incrementados de forma abusiva, equiparando la inestabilidad del empleo indefinido a la del empleo temporal. Esta posibilidad de aumento del periodo de prueba mediante la negociación colectiva puede dificultar las tareas de fiscalización de la ITSS, que parecen centradas en la duración de los periodos de prueba del art. 14 del ET y en que los trabajadores que ya desempeñaron las mismas funciones anteriormente no se vean sujetos a nuevos periodos de prueba adicionales.

Sería deseable que la regulación del ET fijara un máximo para el periodo de prueba en la contratación indefinida que evite una posible tendencia en asimilar la duración de los periodos de prueba de la contratación indefinida a la duración máxima de la contratación temporal. En este sentido, el Proyecto de Ley 121/000008 por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, propone una limitación a la ampliación de los periodos de prueba por parte de la negociación colectiva. La modificación legislativa contiene otra posible redacción para el art. 14.1 del ET, donde *“Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba de conformidad con lo establecido en convenio colectivo. En todo caso, dicho periodo de prueba habrá de respetar los límites recogidos en este artículo”*. A continuación, mantiene el contenido de la regulación actual, con una duración máxima del periodo de prueba de 2 a 6 meses en la contratación indefinida, en virtud de la titulación del trabajador y del tamaño de la empresa⁴⁴. De esta forma, la negociación colectiva no podrá ampliar la duración del periodo de prueba, solo reducirla, lo que resulta conveniente con lo expuesto.

Sobre las posibilidades de compensar la extinción en las contrataciones indefinidas de corta duración, ya sea por vía del despido improcedente o por la no superación del periodo de prueba fraudulenta, en la actualidad tenemos una extensa discusión sobre el establecimiento de una compensación adecuada hacia el trabajador cuando la relación laboral es de corta duración y, por tanto, la indemnización por despido improcedente es reducida. Sin intención de entrar profundamente en el interesante debate del iuslaboralismo nacional sobre si resulta o no conveniente modificar la regulación del despido improcedente a raíz del

Nota de prensa, 2024. Disponible online: <https://prensa.mites.gob.es/webPrensa/listado-noticia/noticia/4327>.

⁴⁴ La enmienda número 20 a esta Proposición de Ley propone una limitación mayor en la duración del periodo de prueba de la siguiente manera: *“Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba de conformidad con lo establecido en convenio colectivo. En todo caso, el periodo de prueba no podrá ser superior a 15 días para todos los colectivos de personas trabajadoras”*.

Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo o la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la interpretación de la Carta Social Europea, lo cierto es que encontramos una oportunidad para reforzar la causalidad del despido que colabore en unas relaciones laborales indefinidas con mayores garantías de estabilidad⁴⁵.

Al margen del posible efecto vinculante de las decisiones del Comité Social Europeo y que pueda derivar o no en una eventual reforma sobre el despido, bajo mi punto de vista, el despido debe de reformarse. Aunque existen también diferentes posturas y alternativas sobre la alteración de las consecuencias de los despidos, con relación al contenido de este estudio, centraré la atención en las relaciones laborales indefinidas de corta duración que son extinguidas, y que, a la luz de los datos actuales, afectan principalmente a los trabajadores jóvenes.

Con anterioridad a la reforma de 2021, cuando la contratación temporal se utilizaba en mayor medida, ya encontramos opiniones que apostaban por aumentar las consecuencias de recurrir a la contratación temporal fraudulenta, atendiendo a que al tratarse de relaciones laborales de menor duración -en comparación con las de la contratación indefinida- las indemnizaciones en los supuestos de reclamación del despido son de baja cuantía. El objetivo es el mismo cuando encontramos una tendencia de aumento en las extinciones de las relaciones laborales indefinidas que pueden equipararse a la duración máxima de la contratación temporal, por lo que podrían resultar de utilidad. Algunas de estas ideas han sido, entre otras opciones, dar la opción a la persona trabajadora para optar entre indemnización o readmisión, donde la elección de la indemnización también conlleve los salarios de tramitación, como forma de compensar la indemnización correspondiente por despido improcedente de poca antigüedad; la posibilidad de acumular indemnizaciones adicionales o progresivas⁴⁶; o fijar una indemnización mínima no vinculada a la antigüedad⁴⁷. Dicho esto, no resulta sencillo discernir una solución equitativa, que repare al trabajador frente al uso de la contratación indefinida asimilada a la contratación temporal, sin producir rigideces excesivas o inseguridad jurídica para el sector empresarial.

⁴⁵ Podemos encontrar disparidad de opiniones sobre esta cuestión en el debate reavivado por los nuevos acontecimientos en publicaciones recientes como Vivero Serrano, J. B., “El despido improcedente y la Carta Social Europea: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N°. 113, 2024 y diversos Briefs de la AEDTSS, entre otros.

⁴⁶ Falguera Baró, M., “La cultura de la temporalidad en nuestra experiencia con relación al modelo comunitario: De Diego Porras como paradigma” en Agustí Juliá, J. (Dir.), *XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social. Trabajo, protección, mujer e igualdad*, Generalitat de Catalunya, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2021, pág. 128.

⁴⁷ Sanguinetti Raymond, W., “La insuficiente sanción del fraude en la contratación temporal”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N°. 38, 2018, pág. 12.

Para finalizar las cuestiones sobre rotación de los trabajadores y con la extensión de la contratación indefinida junto a las dinámicas actuales en el mercado de trabajo, las dimisiones y renuncias voluntarias también colaboran en el aumento de los niveles de rotación, sin que necesariamente el cambio de puesto de trabajo sea perjudicial para el trabajador⁴⁸.

5. CONCLUSIONES

Para terminar el estudio, se presentan las principales conclusiones, extraídas de los datos expuestos en apartados anteriores con relación a la edad y a tres aspectos relacionados con la estabilidad en el empleo: la tasa de temporalidad, la contratación fija discontinua y el índice de rotación.

La tasa de temporalidad se ha reducido en todas las franjas de edad a consecuencia de la aplicación del RDL 32/2021. Aunque los menores de 30 años son los trabajadores donde más se ha reducido la contratación temporal, son el grupo de trabajadores con el mayor nivel de empleo temporal tras la reforma, como ocurría con anterioridad a la misma. Los contratos fijos discontinuos han aumentado en mayor medida entre los trabajadores menores de 30 años, llegando a triplicarse en número. Pese a esto, estos contratos representan un porcentaje de la contratación indefinida reducido, en comparación con la contratación indefinida permanente para el mismo grupo de trabajadores.

Respecto a los trabajadores de los otros dos grupos, los mayores de 30 a 49 años, y los mayores de 50 años de mayor edad, contienen una evolución del empleo indefinido y temporal similar. Esta evolución se traduce en una reducción en la tasa de temporalidad en ambos grupos y un nivel de empleo fijo discontinuo que no supera el 5%.

El índice de rotación en el empleo indefinido aumentó durante 2022. En los años previos a la reforma del RDL 32/2021, el índice de rotación general en el empleo (indefinido y temporal de forma conjunta) parece experimentar una reducción, en la que los trabajadores menores de 30 años son el grupo de trabajadores que mantiene un mayor índice de rotación. A consecuencia de que los trabajadores menores de 30 años cuenten con una tasa mayor de temporalidad, y a falta de conocer el índice de rotación en el empleo indefinido posteriores a 2022 para este grupo de trabajadores, resulta probable que la tendencia en que el índice de rotación sea superior para ellos, en comparación con los trabajadores de mayor edad, como ocurría con anterioridad a la reforma.

⁴⁸ Los tres motivos principales para renunciar al puesto de trabajo que se viene desarrollando son: i) una mejor oferta (salario y/o beneficios) de otra empresa ii) una mejora profesional (posición, carrera, proyecto atractivo) en otra empresa y iii) el cambio de rumbo profesional, según el informe de Randstad Research, *Tendencias de RRHH 2023: Déficit de talento, rotación y estrategias de fidelización*, 2022, pág. 36.

Aunque algunos de los datos anteriores son positivos, no todos los datos sobre evolución del empleo lo han sido. Podemos pensar que los efectos del RDL 32/2021 han podido trasladar elementos de inestabilidad que habitualmente encontramos en la contratación temporal a la contratación indefinida, como indica el aumento de las relaciones laborales con una duración inferior al año o el aumento de las extinciones por no superación de periodo de prueba, lo que ha colaborado en el aumento de la rotación del trabajo indefinido. Pero, si los principales riesgos de la reforma consisten en la contención de la contratación indefinida y el aumento desproporcionado de los fijos discontinuos publicitados como empleo estable, podemos hacer un balance positivo, ya que, por un lado, el empleo indefinido permanente sigue aumentando, y por el otro, aunque el empleo fijo discontinuo creciera de forma exponencial al inicio de la reforma como efecto de sustitución o absorción del empleo temporal irregular, no parece distorsionar los niveles de empleo indefinido. Además, la reducción de la tasa de temporalidad se ha producido en un nivel mayor al aumento del trabajo indefinido, donde la contratación indefinida permanente surge reforzada.

Para terminar, algunos de los problemas que han transmitido parte de la inestabilidad del empleo temporal al indefinido pueden tener solución, como el abono de una indemnización adecuada adicional para los supuestos de relaciones laborales de corta duración, la vuelta de los salarios de tramitación y/o la limitación legal en la fijación de los periodos de prueba. Dicho esto, y con la tendencia actual en materia contractual, resulta adecuado interpretar que la reforma de 2021 ha beneficiado a la estabilidad del empleo de los trabajadores de todas las edades, y especialmente, a los trabajadores más jóvenes.

Informes y documentos

INNOVACIONES EN LA DIVULGACIÓN Y TRATAMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO POR MEDIO DE LINKEDIN

FRANCISCO TRUJILLO PONS

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat Jaume I

Of Counsel Laborea Abogados

RESUMEN

Palabras clave: pedagogía, educación, universidad, LinkedIn, derecho del trabajo, redes sociales, redes profesionales, divulgación, innovación

El artículo destaca el impacto significativo de LinkedIn en la divulgación y tratamiento del Derecho del Trabajo, proporcionando a profesionales como académicos, abogados laboristas, jueces y consultores una plataforma para destacar en sus campos. Se menciona el programa 'Top Voice' como ejemplo de cómo LinkedIn promueve la creación de contenido especializado. La plataforma no solo sirve como red profesional, sino también como espacio para mantenerse actualizado con novedades y discusiones relevantes en el ámbito laboral. Se resalta la versatilidad de LinkedIn para la creación de publicaciones extensas, compartir contenido visual y realizar encuestas, subrayando su importancia como herramienta de divulgación. Además, se menciona cómo la plataforma ha revolucionado la forma en que se accede y comparte información legal, promoviendo una mayor conciencia y participación en asuntos laborales.

ABSTRACT

Key words: *pedagogy, education, university, LinkedIn, labor law, social networks, professional networks, dissemination, innovation*

The article highlights the significant impact of LinkedIn on the dissemination and treatment of Labor Law, providing professionals such as academics, labor lawyers, judges, and consultants with a platform to stand out in their fields. The 'Top Voice' program is mentioned as an example of how LinkedIn promotes the creation of specialized content. The platform serves not only as a professional network but also as a space to stay updated with news and relevant discussions in the labor field. The versatility of LinkedIn for creating extensive publications, sharing visual content, and conducting surveys is emphasized, highlighting its importance as a dissemination tool. Additionally, it is mentioned how the platform has revolutionized the way legal information is accessed and shared, promoting greater awareness and participation in labor issues.

ÍNDICE

1. DANDO FORMA AL ESTUDIO DE LAS RELACIONES LABORALES: EL IMPACTO DE LINKEDIN COMO RED SOCIAL Y PROFESIONAL LÍDER A NIVEL MUNDIAL
2. ALCANZANDO RELEVANCIA EN LINKEDIN: EL PROGRAMA 'TOP VOICE' COMO EJEMPLO DE DIVULGACIÓN Y CREACIÓN DE CONTENIDO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO
3. EXPLORANDO EL AUGE DEL CONOCIMIENTO LEGAL EN LINKEDIN: INNOVADORAS PERSPECTIVAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO
4. MAXIMIZANDO LA PRESENCIA EN LINKEDIN: ESTRATEGIAS Y REFLEXIONES PARA IMPACTAR EN EL CAMPO DEL DERECHO DEL TRABAJO
5. DESPLEGANDO CONOCIMIENTO LABORAL EN LINKEDIN: IMÁGENES GENERADAS POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO HERRAMIENTAS DE DIVULGACIÓN
6. CONCLUSIONES

1. DANDO FORMA AL ESTUDIO DE LAS RELACIONES LABORALES: EL IMPACTO DE LINKEDIN COMO RED SOCIAL Y PROFESIONAL LÍDER A NIVEL MUNDIAL

LinkedIn emerge como un coloso digital en el ámbito profesional, inaugurada en el año 2002 con la visión de forjar conexiones entre profesionales alrededor del globo, impulsando así su eficiencia y prosperidad. Hoy día, bajo el abrigo del gigante Microsoft, la plataforma se enorgullece de albergar a más de 700 millones de usuarios, generando 9 billones de impresiones de contenido y contando con una comunidad activa de 14 millones de usuarios en España. Esta cifra la consagra como un recurso esencial para profesionales, cazatalentos y académicos.

LinkedIn se presenta como un ecosistema donde individuos pueden entrelazar sus caminos profesionalmente de manera gratuita en su modalidad básica, aunque también dispone de una opción premium por 24,78 euros mensuales. Su lanzamiento en España en 2012 marcó el comienzo de una era de networking eficaz, con una misión inequívoca: vincular a los profesionales para potenciar su rendimiento laboral.

Más allá de ser un mero tablón de anuncios laborales, LinkedIn se despliega como una plataforma multifacética que brinda estrategias de marketing, selección de personal y publicidad para corporaciones. Su versatilidad se extiende hasta el ámbito académico, siendo una herramienta de gran utilidad para la enseñanza y divulgación, particularmente en el campo del Derecho del Trabajo, adaptándose con destreza a las necesidades y objetivos de sus usuarios y las entidades registradas.



Actual logo de LinkedIn. Fuente: <https://blog.waalaxy.com/es/logo-de-linkedin/>

LinkedIn se ha convertido en un epicentro de crecimiento y aprendizaje para aquellos inmersos en el mundo del Derecho del Trabajo. Desde estudiantes hasta empresarios, pasando por trabajadores, abogados y consultores, todos encuentran en esta red un tesoro de información actualizada, contactos valiosos y las últimas tendencias y regulaciones del sector. La plataforma no solo facilita la construcción de una identidad profesional sólida, sino que también es esencial en un mercado laboral que valora la competitividad y la diferenciación.

No se limita a ser un simple tablero de ofertas laborales; LinkedIn es una comunidad dinámica que proporciona un espectro completo de servicios, abarcando desde la colocación laboral hasta el marketing y las ventas. Su habilidad para difundir contenido diverso, ya sean artículos, gráficos o documentos en formato PDF, la posiciona como una fuente de conocimiento imprescindible, especialmente para aquellos enfocados en el Derecho del Trabajo.

LinkedIn se muestra así como un aliado estratégico para profesionales y empresas que desean impulsar su marca, forjar conexiones significativas y mantenerse a la vanguardia en un ámbito laboral que no cesa de transformarse. Su flexibilidad y extenso alcance la erigen como una herramienta de incalculable valor para los interesados en el Derecho del Trabajo.

Los datos hablan por sí solos: un 75% de los profesionales del derecho recurren a LinkedIn para su desarrollo profesional. Técnicos de recursos humanos, abogados laboristas, docentes y estudiantes, todos ellos acceden a sus perfiles en LinkedIn diariamente para empaparse de noticias, jurisprudencia y análisis sobre temas laborales, evidenciando así la influencia y el impacto de esta red en el ámbito profesional.

2. ALCANZANDO RELEVANCIA EN LINKEDIN: EL PROGRAMA ‘TOP VOICE’ COMO EJEMPLO DE DIVULGACIÓN Y CREACIÓN DE CONTENIDO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO

LinkedIn se posiciona como una herramienta poderosa para la construcción y el desarrollo de una marca personal profesional, ofreciendo un espacio único para que profesionales de diversas áreas, incluyendo a los académicos y expertos en Derecho del Trabajo, destaquen en sus respectivos campos. La plataforma trasciende la noción tradicional de un sitio de búsqueda de empleo, convirtiéndose en una red profesional y social que facilita la divulgación de conocimientos especializados en el complejo y multidisciplinario ámbito de las relaciones laborales.

Profesionales como los docentes de Derecho del Trabajo, tanto a nivel universitario como de institutos, abogados laboristas, graduados sociales, inspectores de trabajo, jueces, fiscales, magistrados, consultores, asesores, compliance officers, delegados de protección de datos y técnicos de recursos

humanos, encuentran en LinkedIn una plataforma para no solo forjar su marca personal, sino también para mantenerse al día con las últimas novedades, sentencias y discusiones relevantes en el campo laboral. Esta utilidad se extiende a trabajadores y empresarios por igual.

Contrario a la percepción de ser un portal exclusivo para recursos humanos, LinkedIn ofrece una gama de servicios que abarcan desde la gestión de empleo hasta el marketing, las ventas y el desarrollo de negocios. Su capacidad para permitir la creación de publicaciones extensas, compartir imágenes o documentos PDF, e incluso realizar encuestas y redactar artículos más detallados, subraya su rol como una plataforma de divulgación significativa.

Como red social profesional en el sentido más amplio, LinkedIn se adapta a las necesidades y objetivos de cada usuario, sirviendo para una variedad de propósitos: desde la selección de personal y la gestión de ventas hasta el networking, las campañas de marketing y la consolidación de la posición de un usuario como experto en un tema específico. La plataforma también es un medio para alcanzar negocios, clientes o empleos.

En este contexto, LinkedIn, con sede en Estados Unidos y una oficina en Madrid, España, destaca a sus miembros más influyentes y activos a través de programas como “Top Voices” y “Community Top Voices”. El reconocimiento como “Top Voice” a principios de febrero de 2024 es un testimonio del impacto que se puede lograr en la red, especialmente para aquellos que contribuyen significativamente al diálogo y la investigación en el campo del Derecho del Trabajo.

El programa “Top Voices” de LinkedIn es una distinción que celebra a los miembros más influyentes y comprometidos de su comunidad. Estos individuos son reconocidos por su liderazgo y experiencia en sus respectivos campos, compartiendo contenido que enriquece y aporta al diálogo profesional. La selección para este grupo es por invitación, asegurando que los elegidos sean profesionales confiables y activos, que contribuyen con perspectivas valiosas y originales.

Los criterios de selección son rigurosos y se enfocan en la calidad y la originalidad del contenido compartido, así como en la frecuencia de la actividad en la plataforma. Los “Top Voices” son monitoreados para mantener un estándar de excelencia y pueden ser removidos del programa si dejan de cumplir con las expectativas o infringen las políticas de la comunidad.

La insignia azul de “Top Voice” es un símbolo de reconocimiento que se otorga a aquellos que no solo capturan la atención de la comunidad con sus interacciones y contenido, sino que también inspiran y motivan a otros a aprovechar al máximo las oportunidades que ofrece LinkedIn. Esta insignia es visible en el perfil del usuario y es un indicativo de su estatus dentro de la red.

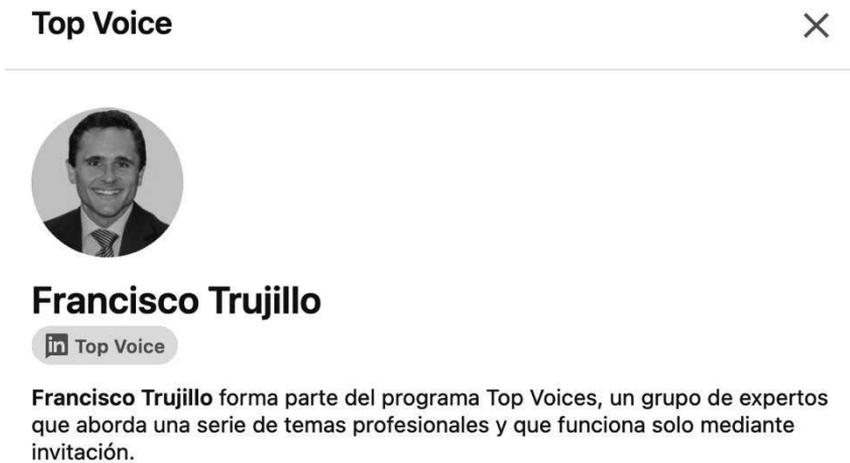
Además, los “Top Voices” tienen acceso a beneficios exclusivos como talleres para creadores, donde se discuten estrategias de contenido y se brinda orientación para mejorar su influencia en la plataforma. También reciben información sobre cómo los editores de LinkedIn seleccionan los contenidos destacados para resúmenes y notificaciones. Como reconocimiento adicional, se les otorga una suscripción gratuita a LinkedIn Premium por seis meses, lo que permite una mayor visibilidad y acceso a herramientas avanzadas de la red.

Este programa refleja el compromiso de LinkedIn con el desarrollo profesional y la creación de una comunidad donde el conocimiento y la experiencia son compartidos y valorados, permitiendo a los profesionales del Derecho del Trabajo y otros campos, destacar y crecer en un entorno colaborativo y dinámico.



Insignia azul de “Top Voice”

De igual modo, los “Top Voices” reciben seis meses de suscripción gratuita a LinkedIn Premium, como fue el caso del autor de la obra que disfruta de dicha designación desde inicios de febrero de 2024 tal y como se demuestra en la captura siguiente:



Captura del perfil del profesor de la Universitat Jaume I Francisco Trujillo Pons

La distinción de “Top Voice” en LinkedIn es una prueba contundente de la influencia y el valor que un académico puede aportar a la comunidad, especialmente cuando se trata de un profesor universitario, el cual, en este caso, es el único en España con tal reconocimiento. A través de las publicaciones educativas del redactor de este artículo, se abordan temas básicos que afectan al ámbito de las relaciones laborales, contribuyendo significativamente al conocimiento colectivo.

El impacto de estas contribuciones es notable, ya que algunas de estas publicaciones no solo han sido compiladas para su posterior análisis, sino que también han ganado visibilidad en medios de comunicación especializados en derecho y en la propia plataforma de LinkedIn, destacándose en la sección “LinkedIn Noticias¹”.

LinkedIn sirve como un portal hacia una audiencia mundial, con una vasta red de usuarios profesionales de diversas geografías y sectores. Para aquellos interesados en generar contenido sobre Derecho del Trabajo, LinkedIn ofrece una oportunidad inigualable de alcanzar a un público diverso y global que comparte un interés en la materia.

Al compartir contenido pertinente y de alta calidad en el campo del Derecho del Trabajo, un profesor puede consolidar su estatus como experto y fortalecer

¹ A continuación, se recogen las noticias de prensa que denotan el impacto y difusión que puede llegar a tener el hecho de crear contenido en temas laborales en LinkedIn, por medio de texto e imágenes de inteligencia artificial; tanto es así que incluso, los propios redactores y periodistas especializados se basan en dicho contenido. **LinkedIn Noticias España:** A vueltas con la fatiga informática, No es país para quitar el IVA, Cuando entorpecer el teletrabajo es una forma de ‘mobbing’, Despedida (y readmitida) por negarse a llevar poca ropa, Ejemplos de accidentes laborales, No estás bien y el trabajo tiene la culpa, Nociones de teletrabajo bien hecho, Ahora hay incentivos económicos para reducir la jornada a cuatro días, Este café va por el Estatuto de los Trabajadores, Tus derechos laborales en vacaciones: qué debes saber, Licencia 6 horas para buscar trabajo en casos de despido objetivo, un nuevo artículo (bis) en el estatuto de los trabajadores, objetivo empleo LinkedIn España: ley de la silla, cabinas de relajación de Amazon para combatir el estrés en el trabajo, concilio conmigo misma. **CONFLEGAL:** El cambio de actitud repentino de una empleada del hogar es un despido procedente por falta de confianza, Universidad católica obligada a readmitir a una profesora despedida por trabajar a la vez en un bufete, **Economist & Jurist:** El modelo de acuerdo individual de teletrabajo será nulo si la empresa impone de manera unilateral las condiciones de desconexión digital, El derecho a la desconexión digital no es un derecho fundamental, Despedido por intentar escamotear 22 euros en bombones a la empresa en la que llevaba 11 años trabajando, Un empleado puede ser despedido por hechos que sucedieron fuera del lugar y horario de trabajo, Si no hay daño psíquico y finalidad destructiva acreditada, no se puede invocar acoso laboral, Francisco Trujillo, un profesor que hace pedagogía de Derecho del Trabajo en LinkedIn, designado ‘Top Voice 2024’, **El Periódico de España:** Lo que haces fuera de tu lugar de trabajo puede ser motivo de despido, Sin derecho a desconexión por cobrar disponibilidad: la justicia avala que estés atento por si llama el jefe, “Ansiedad laboral: cuando el estrés en el trabajo te acaba llevando al psicólogo”, Cinco años de desconexión digital: la justicia dice que no es derecho fundamental y se exige abuso del empresario, Cuando los jueces revisan represalias al trabajador: “Tu mentalidad no cuadra, daremos por no superado el periodo de prueba”, La Audiencia Nacional limita el uso del teléfono personal en el teletrabajo.

su reputación profesional dentro de la red. Esta actividad no solo aumenta su visibilidad, sino que también refuerza su credibilidad entre sus conexiones y seguidores, posicionándolo como una autoridad en su campo y ampliando su impacto en la sociedad.

3. EXPLORANDO EL AUGE DEL CONOCIMIENTO LEGAL EN LINKEDIN: INNOVADORAS PERSPECTIVAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Charles Darwin, con su revolucionaria teoría de la evolución, nos enseñó que no son los más fuertes ni los más inteligentes los que sobreviven, sino aquellos que se adaptan mejor a los cambios. Esta premisa, plasmada en su influyente libro “El Origen de las Especies” de 1859, encuentra un paralelismo sorprendente en el mundo moderno del Derecho del Trabajo. En un entorno donde la constante es el cambio, la adaptabilidad se convierte en la clave del éxito.

Hoy en día, la divulgación y el aprendizaje del Derecho del Trabajo se han transformado gracias a plataformas como LinkedIn, que lideran una revolución en la forma en que nos conectamos y compartimos conocimientos. La relevancia de las redes sociales trasciende el presente y se proyecta como un pilar fundamental para el futuro. LinkedIn, en particular, ha demostrado ser un canal de divulgación excepcional, alcanzando en 2024 más de 220 millones de usuarios en Estados Unidos², con India en segundo lugar con 99 millones. En el mundo hispanohablante, España se destaca con 13 millones de usuarios, reflejando el creciente interés y la expansión de esta red profesional.

Los usuarios de hoy, nativos digitales en su mayoría, han adoptado las redes sociales como parte integral de su vida cotidiana. LinkedIn se ha convertido en una plataforma intuitiva donde crear contenido y esperar interacciones inmediatas es la norma. Más allá de la socialización, estas redes son vitales para el desarrollo de habilidades profesionales y el aprendizaje continuo de expertos en diversas áreas.

En este contexto, he identificado una oportunidad significativa para profundizar en el estudio y la reflexión sobre las relaciones laborales, un tema de gran importancia para nuestra sociedad. Antes, los estudiantes dependían exclusivamente de las bibliotecas universitarias para acceder a recursos educativos.

² Briceño, I. (2024). Las redes sociales más usadas en EEUU 2024. Recuperado de <https://www.linkedin.com/pulse/las-redes-sociales-mas-usadas-en-eeuu-2024-iv%C3%A1n-brice%C3%B1o-cpvze/>

Ahora, con LinkedIn, la información es más accesible que nunca, permitiendo el aprendizaje desde cualquier lugar con conexión a Internet.

La pedagogía, entendida como la ciencia y el arte de educar, no se limita a la transmisión de conocimientos. Su verdadera esencia radica en comprender cómo aprendemos. Con un enfoque holístico, busca optimizar los procesos educativos en todos los niveles, desde la infancia hasta la educación superior, adaptándose a las necesidades y desafíos de nuestro tiempo.

En la era de la información digital, LinkedIn emerge como una vía prometedora y aún incipiente en el ámbito educativo. Esta red profesional se revela como una herramienta valiosa para la divulgación y el intercambio de conocimientos, beneficiando así la labor docente e investigadora. A través de un análisis meticuloso, se pueden identificar áreas que requieren atención y mejoras, permitiendo a las instituciones educativas ajustar su enfoque pedagógico para satisfacer de manera más efectiva las necesidades individuales de los estudiantes.

La pedagogía, con su papel esencial en la planificación educativa, se extiende más allá del aula, influyendo en diversos entornos de desarrollo individual, como el hogar y la escuela. Se enriquece con conocimientos interdisciplinarios, integrando aportes de la sociología, la filosofía y la psicología, lo que amplía su comprensión del proceso educativo.

LinkedIn, como se ha demostrado, actúa como un altavoz potente para la divulgación de nuevas reformas y cambios en la normativa laboral. Los usuarios no solo buscan empleabilidad o mejorar habilidades, sino que también aprenden Derecho del Trabajo a través de expertos que comparten sus conocimientos de manera altruista. La plataforma está transformando la forma en que los interesados en esta rama del Derecho se mantienen al tanto de los avances legislativos y pronunciamientos judiciales.

La comunicación bidireccional que permite LinkedIn entre el educador y su audiencia es trascendental. Los seguidores pueden interactuar, preguntar y compartir, fomentando así un intercambio de ideas y debates sobre temas de Derecho del Trabajo. Además, el uso de “hashtags” mejora la visibilidad y accesibilidad del contenido, permitiendo a los usuarios encontrar información relevante con facilidad.

La integración de imágenes generadas por inteligencia artificial en las publicaciones de LinkedIn tiene un impacto significativo en la interacción y los comentarios. Estas imágenes pueden variar desde serias hasta humorísticas, captando la atención y enriqueciendo la narrativa de las publicaciones. La inteligencia artificial facilita la creación de contenido visual atractivo y relevante, fortaleciendo la marca personal y profesional en la plataforma.

En conclusión, LinkedIn ofrece una plataforma dinámica y efectiva para que los profesores de Derecho del Trabajo compartan su conocimiento y experiencia

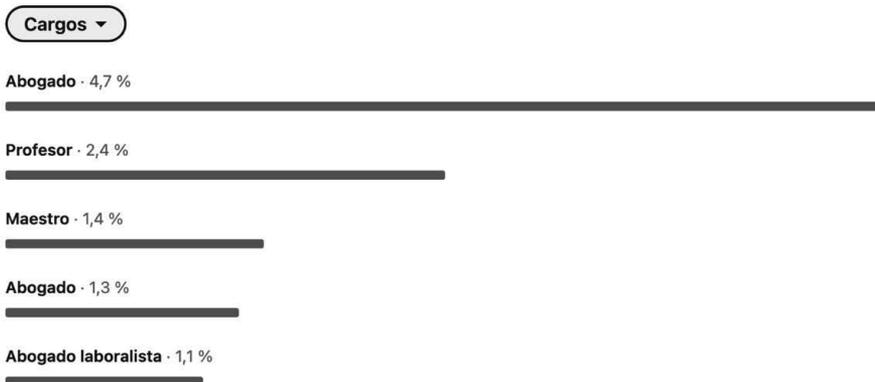
con una audiencia global. Las publicaciones proporcionan información de manera tangible y accesible, permitiendo a los interesados comprender mejor esta importante área del derecho.

La influencia de LinkedIn en la divulgación del Derecho del Trabajo es notable, destacándose por su accesibilidad, interactividad, actualización continua, uso de multimedia y construcción de comunidad. Estos aspectos lo convierten en un medio integral y efectivo para la difusión de conocimientos en este campo, rompiendo con las estructuras clásicas y abriendo nuevas vías para la educación y el aprendizaje.

La red profesional LinkedIn ha demostrado ser una herramienta transformadora en el campo del Derecho del Trabajo, con un 75% de los profesionales del derecho utilizando la plataforma para su desarrollo profesional. Esto incluye una amplia gama de usuarios, desde abogados laboristas hasta jueces y fiscales, todos los cuales encuentran en LinkedIn un recurso invaluable para mantenerse informados y actualizados sobre temas laborales relevantes.

Tal y como se muestra seguidamente, por un lado los cargos que más suelen acceder al contenido del autor son en orden: abogado; profesor; maestro; abogado y; abogado laboralista. Y, por otro lado, los sectores que suelen interaccionar en los “post” que se recogen en la obra provienen en orden preferente de despachos de abogados; servicios de recursos humanos; enseñanza superior; consultoría y servicios a empresas y; servicios jurídicos.

Información detallada principal

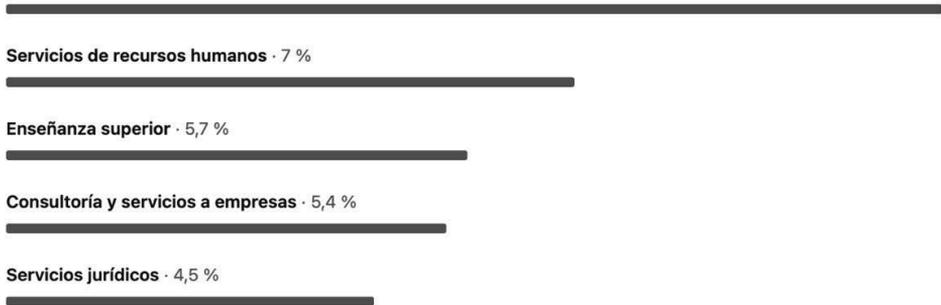


Captura del perfil del profesor de Francisco Trujillo que detalla en orden de prevalencia el porcentaje de los distintos cargos que ven sus publicaciones

Información detallada principal

Sectores ▾

Despachos de abogados · 11,6 %



Servicios de recursos humanos · 7 %

Enseñanza superior · 5,7 %

Consultoría y servicios a empresas · 5,4 %

Servicios jurídicos · 4,5 %

Captura del perfil del profesor de Francisco Trujillo que detalla el porcentaje de sectores que ven sus publicaciones

La plataforma no solo sirve como un recurso para el desarrollo profesional, sino que también ha cambiado la forma en que se accede y se interactúa con la información legal. LinkedIn ha facilitado que el Derecho del Trabajo trascienda las aulas tradicionales, permitiendo a los profesionales y estudiantes de derecho, así como a otros interesados, registrarse y seguir a expertos en su campo para obtener información relevante y actualizada, como sentencias, noticias y convenios colectivos.

Además, LinkedIn proporciona perfiles detallados de profesionales, ofreciendo una visión completa de su trayectoria, intereses y aptitudes, lo que facilita la tarea de encontrar al candidato ideal para una búsqueda laboral o la persona adecuada para hacer negocios. La plataforma también es un espacio donde personalidades destacadas en el ámbito de las relaciones laborales comparten artículos y análisis, contribuyendo al “boom” de la divulgación de sentencias y novedades legislativas.

En este terreno, las personas comparten de este modo la información que ellos deciden hacer pública, lo que les facilita la tarea de contar con la información necesaria para saber si pueden ser el candidato ideal, o no, para una búsqueda, o si es la persona ideal con quien hacer negocios. Además de encontrar los perfiles profesionales, en LinkedIn se pueden encontrar muchos artículos que escriben personalidades interesantes desde el ámbito de las relaciones laborales y que comparten a través de LinkedIn. Así, a parte del autor de este artículo, se encuentran entre otros muchos, Estela Martín, Pere Vidal, Daniel Toscani, Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, Eduardo Rojo Torrecilla, o los magistrados Carlos Javier Galán, Pedro Tuset del Pino o Concepción Morales Vález. Son solo algunos

de los ejemplos de ilustres que desde el campo del Derecho del Trabajo utilizan LinkedIn de manera divulgativa; resulta tarea ardua mencionar a todos porque verdaderamente está existiendo un “boom” en el tratamiento de sentencias, estudio del Estatuto de los Trabajadores, novedades legislativas, noticias, etc. usando imágenes de Inteligencia Artificial (IA) y texto en publicaciones de LinkedIn (abogados laboristas, pequeños empresarios, técnicos de recursos humanos, psicólogos organizacionales, inspectores de trabajo, etc.). Para el caso de los profesores Beltrán de Heredia y Rojo, suelen incorporar enlaces a sus Blogs, porque las publicaciones en LinkedIn pueden ser a través de texto completo dentro de los caracteres para tratar un asunto laboral, por ejemplo, las propinas, pero también puede servir para llevar a otra web personal.

La interacción entre el derecho y las redes sociales en LinkedIn enriquece la comprensión pública del ordenamiento jurídico laboral, haciendo que el Derecho del Trabajo sea más accesible y relevante para todos. La plataforma permite publicar sobre cualquier aspecto de esta disciplina jurídica, mostrando que es una materia viva, dinámica y humana.

La plataforma LinkedIn está revolucionando la forma en que se accede y se comparte la información legal, especialmente en el campo del Derecho del Trabajo. Esta innovación está abriendo las puertas a una audiencia más amplia, incluyendo empleados, empleadores, estudiantes y profesionales de distintos sectores, para que puedan entender mejor sus derechos y obligaciones dentro del marco laboral. Este enfoque progresista está eliminando las barreras tradicionales al conocimiento legal y promoviendo una mayor conciencia y participación en asuntos laborales, contribuyendo así a una sociedad más informada y capacitada en el ámbito laboral.

El autor de este artículo busca proporcionar una guía que facilite la comprensión de estas cuestiones, explorando cómo el Derecho del Trabajo se enfrenta y se integra con el sistema jurídico tradicional. Se analizará su desarrollo histórico, sus principios fundamentales y su aplicación práctica en la sociedad actual. Además, se estudiará cómo esta rama del derecho se adapta y responde a los retos actuales, como la globalización, la digitalización del trabajo y las nuevas formas de organización laboral.

Con todo, LinkedIn se ha convertido en una vía innovadora, accesible y gratuita para la divulgación del Derecho del Trabajo, permitiendo a los profesionales compartir su conocimiento y experiencia con una audiencia global. La incorporación de imágenes y otros medios visuales en las publicaciones ayuda a clarificar conceptos legales complejos, haciendo que la información sea más comprensible para un público más amplio y fomentando una mayor participación y entendimiento de la sociedad en temas laborales.

4. MAXIMIZANDO LA PRESENCIA EN LINKEDIN: ESTRATEGIAS Y REFLEXIONES PARA IMPACTAR EN EL CAMPO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Para expandir el texto manteniendo su esencia y adecuándolo a un artículo jurídico, se podría considerar la siguiente redacción:

En el ámbito de la difusión de contenido jurídico a través de LinkedIn, se ha establecido una estrategia de publicación que se adapta a los hábitos de los profesionales en la plataforma. Se ha observado que, dependiendo del día, es común que se publiquen varios artículos, típicamente uno a las 9:00 horas y otro a las 19:00 horas. Sin embargo, la práctica más frecuente consiste en realizar una sola publicación diaria, preferentemente en el horario vespertino. Estas dos ventanas de tiempo han sido seleccionadas basándose en el comportamiento del público objetivo en LinkedIn, que suele interactuar con el contenido principalmente durante su jornada laboral.

Los profesionales, debido a sus múltiples ocupaciones, tienden a revisar y actualizar su red de contactos en LinkedIn en momentos específicos: al inicio de su día laboral, como si estuvieran hojeando el periódico matutino, y posteriormente al finalizar su jornada de trabajo o ya en casa, durante las primeras horas de la tarde. Este último momento es cuando se percibe una disminución en el ritmo de actividades y, por ende, una mayor disposición para interactuar con el contenido presentado.

Resulta significativo tener en cuenta que no todos los intervalos de actividad en LinkedIn son equivalentes. Aunque no hay una normativa universal que se aplique a todos los usuarios, es importante no ignorar las diferencias horarias, especialmente entre España y los países hispanohablantes de Latinoamérica. La elección del horario de las 19:00 horas busca captar la atención de un público más amplio, pero no necesariamente representa el momento óptimo. La efectividad de este horario dependerá de cuándo los seguidores del creador de contenido dispongan de tiempo suficiente para consumir las publicaciones relacionadas con el Derecho del Trabajo.

Adicionalmente, la plataforma permite la programación de publicaciones, lo que ofrece la flexibilidad de atender otras responsabilidades, como la enseñanza o la investigación. Esta funcionalidad se ilustra con dos capturas de pantalla del perfil personal en LinkedIn, donde se muestra cómo se pueden programar las publicaciones y un ejemplo de cómo se visualizan una vez programadas, tal y como se evidencia en las imágenes obtenidas de esta red profesional.

Este enfoque permite a los creadores de contenido jurídico en LinkedIn optimizar su alcance y engagement, asegurando que sus publicaciones sean vistas y valoradas por el público deseado en los momentos más propicios.

Programar publicación



jue, 11 abr, 19:00 hora de verano de Europa central, en función de tu ubicación

Fecha

11/4/2024

Hora

07:00 DE LA TARDE



[Ver todas las publicaciones programadas →](#)

Volver

Siguiente

Publicaciones programadas



🕒 Publicación: lun., 18 mar. a las 19:00



📄 ANTICIPOS EN NÓMINA DEL TRABAJADOR

¿Sabías que el trabajador asalariado puede pedir ... mostrar más

🕒 Publicación: mar., 19 mar. a las 19:00



📄 TRABAJO INFANTIL: EDADES Y LIMITACIONES PARA PRESTAR SERVICIOS

...

... mostrar más

🕒 Publicación: mié., 20 mar. a las 19:00



📄 UNAS NOTAS SOBRE LA JORNADA DE TRABAJO EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA HOSTELERÍA

Volver

5. DESPLEGANDO CONOCIMIENTO LABORAL EN LINKEDIN: IMÁGENES GENERADAS POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO HERRAMIENTAS DE DIVULGACIÓN

Las imágenes generadas por Inteligencia Artificial (IA³) que el autor de este artículo utiliza habitualmente en LinkedIn trascienden la mera decoración; se erigen como herramientas pedagógicas esenciales que traducen conceptos complejos del Derecho del Trabajo en representaciones visuales más accesibles y atractivas para un público amplio. Estas imágenes no solo capturan la atención de la audiencia en la red profesional, sino que también promueven una comprensión más intuitiva de las diversas normativas que rigen el Derecho del Trabajo en España, así como de la extensa casuística relacionada con el despido disciplinario y el intrincado marco legal de la prevención de riesgos laborales.

El uso de estas imágenes está respaldado por los términos y condiciones de Microsoft, que permiten a educadores e investigadores emplearlas libremente sin preocupaciones de infracción de derechos de autor. Según las directrices que seguidamente se recogen, Microsoft no reclama la propiedad del contenido generado por los usuarios a través de su Generador de imágenes, lo que incluye consultas, creaciones y cualquier otro contenido suministrado o recibido por la herramienta.

“Microsoft no se reserva la titularidad sobre el contenido que “recibes”: “Titularidad del contenido. Microsoft no reclama la titularidad de las Consultas, Creaciones ni ningún otro contenido que proporcione, publique, agregue, envíe o reciba del Generador de imágenes (incluidos comentarios y sugerencias). Sin embargo, al usar el Generador de imágenes, publicar, cargar, agregar, proporcionar o enviar contenido, otorga a Microsoft, sus empresas filiales y terceros asociados el permiso para usar las Consultas, Creaciones y contenido relacionado en relación con la administración de sus negocios (incluidos, entre otros, todos los Servicios de Microsoft), incluidos, entre otros, los derechos de licencia para: copiar, distribuir, transmitir, exhibir públicamente, ejecutar

³ Se utiliza la IA Bing Image Creator, desarrollado por Microsoft. Se trata de una herramienta generativa que utiliza el modelo DALL·E para convertir descripciones de texto en imágenes de alta calidad. Esta innovadora herramienta permite a los usuarios crear imágenes personalizadas sin requerir conocimientos avanzados en diseño gráfico. Su funcionamiento es sencillo: el usuario introduce una descripción en lenguaje natural, el sistema procesa la instrucción utilizando el modelo DALL·E, y genera una imagen correspondiente. Bing Image Creator tiene diversas aplicaciones, como ahora se destaca en la enseñanza, sensibilización y concienciación de asuntos socio-jurídicos, donde puede ayudar a los profesores a crear imágenes ilustrativas para conceptos abstractos o ejemplos visuales. También es útil para aquellos que buscan expresar su creatividad a través de contenido visual original. Acceder a esta herramienta es fácil a través del siguiente enlace, previo registro en Microsoft (basta con tener una cuenta de Hotmail) <https://www.bing.com/images/create?FORM=GENILP>. En síntesis, Bing Image Creator es una herramienta gratuita y versátil que puede mejorar la calidad visual de tus publicaciones y presentaciones.

públicamente, reproducir, editar, traducir y reformatear las Consultas, Creaciones y demás contenido que proporcione; y el derecho a conceder sublicencias sobre dichos derechos a cualquier proveedor del Generador de imágenes”.

Este enfoque visual, deliberadamente alejado del realismo, opta por un contenido más ameno y está combinado con análisis y comentarios en un lenguaje claro y sencillo, abriendo el Derecho del Trabajo a un público más diverso que va más allá de los entornos académicos tradicionales y los despachos de abogados corporativos.

Al afirmar que las imágenes e ilustraciones “desdoblan información”, nos referimos a su capacidad para complementar y expandir la información presentada en un texto o discurso. Las imágenes ofrecen una representación visual que puede facilitar la comprensión de conceptos, datos o procesos que serían difíciles de asimilar únicamente a través de palabras.

En la selección de imágenes para este monográfico, se ha priorizado el uso de representaciones no realistas, como dibujos animados y personajes de películas infantiles, en lugar de imágenes más serias y realistas. Esta elección se debe a que tales imágenes poseen un mayor impacto visual y son más memorables para los seguidores en LinkedIn. Los colores vivos, las formas exageradas y los rasgos distintivos de los personajes de dibujos animados capturan la atención y son más fáciles de recordar que las fotografías realistas.

Personajes icónicos, como los de Disney, son reconocidos mundialmente y su uso en las imágenes puede crear una conexión instantánea con la audiencia. Del mismo modo, adoptar estilos de compañías renombradas como Pixar o Dreamworks Animation contribuye a captar la atención y evocar emociones positivas y recuerdos compartidos.

La decisión de adoptar este estilo de imagen generada por IA ha resultado ser un éxito, como lo demuestra el aumento en el número de seguidores y la distinción como “Top Voice” en 2024. Estas imágenes llamativas y pertinentes han hecho que las publicaciones del autor destaquen en el feed de noticias, incrementando así la probabilidad de que los seguidores y otras personas hagan clic en la publicación y se involucren con el contenido.

Las razones para esta elección van más allá de la mera estética. En el ámbito de las relaciones laborales, donde los temas pueden ser serios y complejos, las imágenes realistas podrían añadir un tono solemne o intimidante. Por el contrario, las imágenes de dibujos animados y otros elementos de la cultura popular desdramatizan los conceptos y hacen que el contenido sea más accesible y amigable para los seguidores en LinkedIn. Además, estas imágenes fomentan la interacción, ya que los seguidores pueden etiquetar a otros, comentar y compartir, aumentando así la visibilidad del contenido.

Estas imágenes no realistas también permiten una mayor creatividad al utilizar distintos “prompts” en la IA, facilitando la comunicación con la máquina para generar representaciones visuales detalladas y específicas. Esto es particularmente valioso dada la amplia casuística del Derecho del Trabajo y los conflictos que pueden surgir en sede judicial. El uso de estas imágenes permite al profesor diversificar el contenido de sus publicaciones en LinkedIn, enriqueciendo la experiencia del seguidor y manteniendo el interés de la audiencia con elementos visuales únicos para cada caso.

En virtud de lo antedicho, las imágenes actúan como guías visuales que facilitan la comprensión de conceptos complejos y crean metáforas visuales que transmiten ideas abstractas de manera más concreta y comprensible. Esto es especialmente útil en el campo del Derecho del Trabajo, donde los conceptos y textos legales pueden ser abstractos y difíciles de entender. Las imágenes generadas por IA se convierten así en un recurso valioso para presentar todo lo concerniente a las relaciones laborales de una manera más accesible y atractiva.

En definitiva, la integración de imágenes en las publicaciones de LinkedIn por parte de un docente especializado en Derecho del Trabajo aporta múltiples ventajas. Estas incluyen la clarificación y comprensión de conceptos jurídicos, el impacto visual, la retención en la memoria, la diversificación del contenido, la conexión emocional y la facilidad de compartir, todos los cuales suman a una experiencia de divulgación más dinámica y cautivadora para la audiencia.

Las imágenes e ilustraciones actúan como agentes facilitadores de información, ofreciendo una representación visual que complementa y realza el contenido escrito, simplificando la comprensión y el aprendizaje. Para un educador en esta materia, el empleo de recursos visuales se convierte en una herramienta invaluable para asistir a estudiantes, abogados, técnicos, sindicalistas y jueces en la digestión de conceptos complejos y en la promoción de un entendimiento más profundo y accesible de la materia.

6. CONCLUSIONES

En virtud de lo antedicho, ciertamente, LinkedIn ha desempeñado un papel fundamental en la transformación de la divulgación del Derecho del Trabajo al proporcionar una plataforma dinámica y efectiva para compartir conocimientos y experiencias entre profesionales. Esta transformación ha permitido una mayor accesibilidad y difusión de información legal relevante.

Se ha podido destacar cómo la interacción en LinkedIn ha enriquecido la comprensión de conceptos legales complejos al facilitar discusiones y debates entre profesionales del Derecho del Trabajo. Esta participación activa ha fomentado un mayor entendimiento de la sociedad en temas laborales, promoviendo un diálogo constructivo y enriquecedor.

Del mismo modo, la red social y profesional ha demostrado ser una herramienta invaluable para mantenerse actualizado con las últimas tendencias y novedades en el campo del Derecho del Trabajo. Profesionales como abogados laboristas, académicos y consultores han encontrado en esta plataforma una fuente constante de información y aprendizaje para su desarrollo profesional.

Más, la versatilidad de LinkedIn para la creación de contenido extenso, visual y atractivo ha permitido a los profesionales del Derecho del Trabajo comunicar de manera efectiva conceptos legales complejos. La adaptabilidad de la plataforma a las necesidades y hábitos de los usuarios ha facilitado la difusión de conocimientos de manera accesible y comprensible.

No es de extrañar por tanto afirmar cómo LinkedIn ha abierto nuevas vías para la educación y el aprendizaje en el campo del Derecho del Trabajo al romper con las estructuras clásicas de divulgación. La plataforma ha facilitado la construcción de una comunidad global de profesionales interesados en temas laborales, promoviendo un intercambio de ideas y experiencias enriquecedoras.

En síntesis, la red profesional se ha consolidado como una herramienta integral y efectiva para la divulgación y tratamiento del Derecho del Trabajo, ofreciendo a profesionales una plataforma innovadora para compartir conocimientos, mantenerse actualizados y participar en discusiones relevantes en el ámbito laboral.

Comentarios de Jurisprudencia

DERECHO AL CÓMPUTO DE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS COMO TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Sentencia del Tribunal Supremo (C-A) de 19 de enero de 2023
ECLI:ES:TS:2023:185

FRANCISCA FUENTES FERNÁNDEZ*

SUPUESTO DE HECHO: El asunto que se dirime trae causa en un recurso que se formula en vía administrativa contra el acuerdo adoptado por el Tribunal Permanente de Selección de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, referente a la propuesta de contratación de un trabajador laboral temporal en la modalidad de contrato de relevo, con la categoría de Técnico Superior de Farmacia, recayendo la propuesta en el candidato que obtuvo mayor puntuación.

Contra este acuerdo se interpone recurso de reposición, pues entiende la recurrente que la Resolución del Acuerdo del Tribunal calificador ha vulnerado sus derechos al no haberse valorado la experiencia profesional durante el tiempo correspondiente al periodo de excedencia por cuidado de hijos como mérito en el concurso.

Contra la desestimación presunta del recurso de reposición se pronunciará la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve estimar parcialmente la pretensión de la interesada anulando la resolución impugnada. Finalmente, la Comunidad de Madrid promueve Recurso de Casación frente a la referida sentencia, dando lugar a la resolución que nos ocupa.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Supremo reconoce el derecho de la interesada a que se le compute el período transcurrido en situación de excedencia por cuidado de hijos como experiencia profesional en los procesos selectivos de ingreso al empleo público como personal laboral.

Considera el Alto Tribunal que en las pruebas de acceso libre para la adquisición de la condición de personal laboral al servicio de la Administración Pública resulta de aplicación el artículo 57 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y determina además la aplicación de este precepto con independencia de la previsión que se hubiere contemplado en las bases de la convocatoria.

* Prof. Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS
2. CUESTIONES DE DEBATE
 - 2.1. Identificación de las normas objeto de interpretación
 - 2.2. Razonamientos jurídicos
3. CONCLUSIONES

1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

La aspirante a la plaza convocada considera sus derechos vulnerados por la Administración Pública en tanto que se le impidió postularse en igualdad de condiciones con otros aspirantes al puesto por el hecho de haber disfrutado de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos.

Alega la afectada que la discriminación indirecta que sufrió le perjudicó al concursar y acceder al puesto convocado, vulnerando el derecho de igualdad efectiva.

Es por ello que, tras la publicación del acuerdo y listado de puntuaciones de los candidatos, reclamase porque no se le había valorado el tiempo permanecido en excedencia por cuidado de hijos, en su trabajo en una oficina de farmacia.

Debe tenerse en cuenta que en el caso que nos concierne, según lo establecido en las bases de la convocatoria, la experiencia profesional aparece contemplada como mérito a valorar entre los aportados y acreditados por los candidatos.

En concreto, la Base 5ª de la convocatoria contemplaba, entre los méritos a computar, el relativo a la experiencia profesional, tanto en centros públicos como privados o por cuenta propia. Todo ello de conformidad con el Convenio colectivo vigente para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.

Invoca la interesada la aplicación de los artículos 56 y 57 de la LO 3/2007, de Igualdad entre mujeres y hombres; y el art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, que contempla como situación asimilada al alta las situaciones de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo.

La Comunidad de Madrid rechaza, según su criterio, la pretensión de ampliar los efectos de la situación de excedencia extendiéndola, a su juicio, más allá del ámbito puramente laboral.

En cuanto a los argumentos esgrimidos de contrario por la Administración para oponerse a la pretensión que ejerce la interesada, conviene señalar que son varios y diversos los motivos alegados y en los que fundamenta su posición.

Se aduce que, si bien en la Base 5ª de la convocatoria la valoración de la experiencia profesional se contemplaba entre los méritos que debían ser objeto de valoración, la referida experiencia profesional requiere el desempeño efectivo de funciones remuneradas, argumentando que el propio concepto de experiencia ha de ir vinculado necesariamente a la experiencia real, material. Hasta el punto de calificar de “ficción” la interpretación en virtud de la que el tiempo en excedencia ha sido realmente trabajado a los efectos de ser considerada como experiencia profesional.

En este sentido, se sostiene que la excedencia voluntaria por cuidado de hijos no implica que exista una prestación efectiva de servicios.

Se rechaza de plano la Intención de la recurrente en instancia, que a su juicio no es sino la de extrapolar los efectos de una excedencia en el ámbito de una relación ajena a la Administración – en el marco de una relación laboral en el ámbito privado- a un proceso selectivo convocado por aquélla, no para la provisión de un puesto, sino para el acceso a la función pública.

Apoya además sus alegaciones en el razonamiento de que la situación de excedencia implica la suspensión temporal del contrato de trabajo y de la actividad profesional; negando que se trate de una situación de servicio activo pese a su cómputo a otros efectos, como es el caso del cálculo de trienios, la consolidación del grado personal o de derechos pasivos, pero sin que quepa extenderlos más allá.

A lo que se añade que el artículo 89 del Estatuto Básico del Empleado Público no contempla más beneficios que los previstos expresamente y no cabe admitir que se extienda al acceso al empleo público.

Otro de los argumentos esgrimidos por la Administración es el referido a la interpretación restrictiva que a su juicio debe hacerse del citado artículo 89 EBEP, precepto que no resultaría aplicable, a su entender, al personal contratado laboral, sino únicamente a los funcionarios de carrera, atendiendo estrictamente a su tenor literal.

Por otra parte, rebate igualmente la aplicación del art 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, invocado de contrario, en el entendimiento de que la asimilación al alta en la situación de excedencia por cuidado de hijos tiene por objeto exclusivamente la aplicación de la acción protectora ante las contingencias. Se niega pues la pretendida finalidad a efectos del cómputo de la excedencia en los indicados procesos selectivos.

La Administración considera que tampoco la excedencia es una situación que se pueda equipar al permiso de maternidad -situación sobre la que ya se han emitido pronunciamientos judiciales anteriores-, en tanto esta última está pensada para la recuperación tras el parto y para procurar al hijo los primeros cuidados.

2. CUESTIONES DE DEBATE

En el Auto de admisión del recurso, se precisa la cuestión en la que se aprecia la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y así se somete a la consideración de la Sala como principal cuestión a discernir.

La cuestión central objeto de litigio radica en dilucidar si el período de tiempo en excedencia por cuidado de hijos ha de ser objeto de valoración y computarse como tiempo de trabajo efectivo; y en tal caso, si ese período de tiempo debe contabilizarse en los procesos de selección para el ingreso a la función pública o únicamente en los procesos de provisión de puestos y a ellos debe quedar circunscrito.

El Tribunal habrá pues de determinar si la previsión del artículo 57 de la LO 3/2007, de Igualdad entre mujeres y hombres es aplicable a las pruebas de acceso al empleo público; de ser así, si se debe valorar el tiempo transcurrido en la situación administrativa o laboral de excedencia voluntaria por cuidado de hijo de forma idéntica o equivalente a la situación administrativa de servicio activo o laboral de servicios efectivos prestados¹.

2.1. Identificación de las normas objeto de interpretación

En el propio auto de admisión del recurso, la sección de admisión procede a la identificación de las normas jurídicas que serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que el debate requiera extenderse a otras normas.

Para dar respuesta a la cuestión litigiosa se requiere la interpretación de los artículos 14 y 23 de la Constitución, artículo 57 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²; el artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Texto Refundido del Estatuto Básico del

¹ Sobre una cuestión semejante, tuvo ocasión de pronunciarse la Sala en la STS 1155/2022 de 19 de septiembre, al resolver si las previsiones del art. 57 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, resultan de aplicación o no a las pruebas de acceso al empleo público y, en caso afirmativo, determinar si se impone una valoración del tiempo pasado en la situación administrativa o laboral de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a la que se otorga a la situación administrativa de servicio activo o a la laboral de servicios efectivos prestados, y ello con independencia de que así se haya previsto en las bases de la convocatoria del proceso de selección de nuevo ingreso.

² Tras disponer en el artículo 56, respecto al personal al servicio de la Administración Pública, que “la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”; el artículo 57, relativo a la “Provisión de puestos y conciliación”, del siguiente tenor: “A los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones referidas en el artículo precedente”.

Empleado Público³; artículo 46.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores⁴; y el art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social⁵.

De esta normativa se desprende que es derecho de los trabajadores, sea en el ámbito público o en el privado, la excedencia por cuidado de hijo para conciliar la vida personal, laboral y familiar; en tanto que son normas que protegen el empleo preservando durante esa excedencia los derechos inherentes al puesto de trabajo, como la reserva del mismo, antigüedad, y formación⁶.

2.2. Razonamientos jurídicos

Centrados los términos de la litis, veamos cuáles son los razonamientos que esgrime el Tribunal en su Fundamentación jurídica para sustentar su criterio.

Declara la Sala como premisa que no hay derechos absolutos, por lo que la conciliación entre derechos de los empleados públicos debe efectuarse conforme a los criterios que marca la Constitución y la normativa de la Unión Europea, con arreglo al principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁷.

En este sentido, como se reconoce en la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁸, la igualdad de trato entre hombres y

³ El artículo 89.4 EBEP: reconoce que “los funcionarios de carrera tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo... El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación”.

⁴ El artículo 46.3 ET, en idénticos términos, reconoce que “los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo y añade que el período de permanencia en esta situación será computable a efectos de antigüedad”.

⁵ Contempla como situación asimilada al alta las situaciones de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo.

⁶ Por lo que prevén una equiparación del tiempo de servicio con los periodos en que se esté disfrutando de la excedencia para el cuidado de un hijo (STS 1155/22)

⁷ En el marco de la Ley Orgánica 3/2007 y la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo. La Sala recuerda, al plantearse el alcance del 89.4 EBEP, que la interpretación ha de hacerse al amparo de la ley, jurisprudencia y realidad social en la que vaya a aplicarse.

⁸ Artículo 3, a cuyo tenor “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de responsabilidades familiares y el estado civil”.

Sobre la integración del principio de igualdad en la aplicación e interpretación de las normas, el artículo 4 lo contempla como un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal, se integrará y observará en la aplicación del ordenamiento jurídico.

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo (artículo 5 L.O. 3/2007).

mujeres es predicable tanto en el ámbito público como privado, tratándose pues de exigencias que no puede ignorar el tribunal de calificación.

De esta forma, la Sala se hace eco de la doctrina seguida en anteriores pronunciamientos propios como del Tribunal Constitucional, en los que se ha venido manteniendo que los preceptos de la Ley Orgánica 3/2007 resultan aplicables en el ámbito de la función pública y de la contratación laboral.

Y, por ende, tanto a los procesos de selección para ingresar en el empleo público como a los procesos de provisión.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre discriminación, recuerda la Sala que se considera discriminación directa por razón de sexo el trato desfavorable a la mujer por razón de sexo o de la maternidad, en la que se encuentra comprendido el cuidado de hijos⁹.

Si bien hay que precisar que ciertamente algunas de las sentencias invocadas no coinciden plenamente con el objeto de la litis, pues se pronuncian a propósito del permiso de maternidad, debe tenerse en consideración que los artículos 56 y 57 L.O. 3/2007 “equiparan los permisos y beneficios de protección de la maternidad y conciliación conexos y entre ellos se incluye la excedencia voluntaria por cuidado de hijos”¹⁰.

En relación con la proyección del principio de igualdad en el empleo público, se ha admitido la aplicación de la normativa de igualdad en los procesos selectivos de ingreso. Así, se ha venido manteniendo, que el artículo 57 L.O. 3/2007 de igualdad es aplicable a los distintos sistemas selectivos de empleo público¹¹.

La Sala reproduce su criterio, emitido en la STS 1155/2022, de 19 de septiembre, al considerar que el artículo 57 L.O. 3/2007 no puede interpretarse de forma aislada, sino conjuntamente con las demás normas de aplicación al pleito. La ratio dicendi de la sentencia no se basa en la interpretación exclusiva del precepto por ser el más invocado, ignorando el resto.

Así pues, ha de tenerse en consideración que el artículo 57 se incardina en la regulación general del principio de igualdad por razón de sexo en el empleo público,

⁹ STC nº 233/2007, en su FJ 1º.

¹⁰ STS 4/20, de 14 de enero, en la que se planteó si la exclusión como mérito del período de disfrute de permisos y licencias derivadas de la maternidad supone una discriminación por razón de sexo. Se apreció trato discriminatorio por razón de sexo al no valorarse el mérito controvertido con igual alcance y con el mismo trato que se dispensa a las funcionarias de duración indefinida en la misma situación de permiso de maternidad, preferencia frente al derecho fundamental de acceder en igualdad de condiciones a la función pública (art. 23 Constitución española); la STS 685/20, de 5 de junio, en términos similares, aunque referido a un supuesto de concurso de destinos entre funcionarios; la STS 1738/22, de 22 de diciembre, sobre un concurso de traslado.

¹¹ STS 1768/2020 de 17 de diciembre y 174/2021 de 10 de febrero, referidas a procesos de provisión de puestos entre funcionarios.

bajo la rúbrica “Conciliación y provisión de puestos de trabajo”, al disponer que en las bases de los concursos para la provisión de puestos se computará ...”, su finalidad no es otra que la de garantizar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, siendo la conciliación el bien jurídico tutelado.

A ello hay que añadir que la L.O. 3/2007 no es una norma sectorial reguladora del empleo público, sino que se trata de una norma horizontal que, entre otros aspectos, incide puntualmente en el régimen del empleo público; ello requiere precisar cuál es su alcance en la referencia a la “provisión de puestos de trabajo”.

Al tratarse de funcionarios públicos, la provisión tiene como destinatarios a quienes ya son funcionarios, en tanto supone un cambio de destino o de puesto, siendo las formas típicas de provisión el concurso o la libre designación.

Respecto a quienes ya son funcionarios, el art. 89.4 EBEP contempla la excedencia por cuidado de hijos atenuando un elemento de la excedencia voluntaria general -que implica ruptura de la relación de servicios-. Es así que para este subtipo de excedencia voluntaria el tiempo correspondiente se computa a efectos de carrera profesional y de antigüedad; así, en el EBEP no se pueden confundir carrera provisional con provisión de puestos¹².

Sobre la aplicabilidad a los contratados laborales, como empleados públicos, debe tenerse en cuenta lo establecido en la STS 1155/2022, al entender que “en relación a los empleados públicos en régimen laboral, no cabe aplicación sin matices del artículo 89.4.5, pues no se puede concluir que por “provisión” se deba aplicar sin matizar el artículo 89 EBEP. De ser así, el art. 57 solo resultaría aplicable para quienes ya presten servicios como contratados laborales y no a los aspirantes a ingresar en la Administración.

Para determinar el alcance del art. 57 con mayor exactitud y precisión hay que atender al régimen o sistema de prelación de fuentes del EBEP, en su artículo 7.1, que para el personal laboral prioriza la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, resultando de aplicación, en segundo lugar, el convenio colectivo¹³.

-En consecuencia, si acudimos al Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo establecido en su 46.3. 5º, el tiempo de excedencia computa a efectos de antigüedad, sin realizar distinción entre antigüedad y servicios efectivos.

De lo que se puede colegir que el E.T. no matiza que antigüedad no equivalga a trabajo o servicios efectivos; sin que, en consecuencia, quepa aplicar límites que no se hallen contemplados en preceptos con fuerza de ley.

¹² STS 1155/2022.

¹³ En cuanto al régimen de prelación de fuentes, debe precisarse que el artículo 7.2 EBEP exceptúa la preferencia de la normativa laboral y de los convenios en lo relativo al disfrute de permisos por nacimiento; en dicha situación -diferente a la de excedencia voluntaria- el personal laboral al servicio de la Administración se registrará por las normas del EBEP.

-En segundo lugar, atendiendo a la regulación convencional, el Convenio Colectivo -en este caso era aplicable el III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado- que en cuanto al sistema de provisión de vacantes, establece un ámbito objetivo de aplicación más amplio que el del EBEP, comprendiendo el traslado, reingreso, promoción, ingreso libre y otras formas de movilidad¹⁴.

Por otra parte, el ingreso libre se contempla como una modalidad de provisión de vacantes, por lo que el precepto se entendería aplicable al ingreso o acceso libre como contratado laboral.

Una última cuestión sobre la que advierte la sentencia es el efecto directo que se le atribuye al artículo 57, pues rige con independencia y sin mediación de lo establecido en las bases de la convocatoria correspondiente¹⁵.

3. CONCLUSIONES

En base a los razonamientos anteriormente expuestos, la Sala desestima el Recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid y confirma la Sentencia dictada por la Sección de apoyo de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, por exigencia de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, declarando correcta la interpretación contenida en la misma.

La Sala concluye que no hay derechos absolutos, por lo que la interpretación de los artículos 57 L.O. y 89 EBEP debe hacerse al amparo de la ley, jurisprudencia y realidad social en la que vaya a aplicarse y reflejando el criterio mantenido en resoluciones precedentes, declara que la exclusión como mérito del periodo de disfrute de permisos derivados de la maternidad en estos procesos, constituye discriminación por razón de sexo.

Por tanto, lo preceptuado por la Ley 3/2007 debe aplicarse a todos los empleados públicos, con inclusión de los contratados laborales y encontrar proyección en lo relativo a la valoración de la experiencia previa no sólo a los procedimientos de provisión en sentido técnico sino también a los de selección, en tanto su contenido sustantivo, concreción del principio constitucional de igualdad entre mujeres y hombres goza de alcance general¹⁶.

Por estos mismos motivos, la aplicación de sus efectos se extiende a todas las Administraciones Públicas.

¹⁴ Art. 26.2 del Convenio Colectivo.

¹⁵ La cuestión es abordada en la STS 1768/2020 y STS 174/2021. Aunque se pronuncian en supuestos referidos a procesos para la provisión de puestos entre funcionarios, en ellas se reconoce el efecto directo del artículo 57 sin mediación de la previsión que realicen las bases.

¹⁶ Como se deriva del art. 2 y de la propia naturaleza de esta Ley.

Por consiguiente, resuelve que el tiempo en excedencia por cuidado de hijos debe ser valorado como tiempo de trabajo efectivo y computarse tanto en los procesos selectivos de ingreso en la Función pública como en los de provisión de puestos de trabajo. Respecto al alcance del artículo 57, dispone que éste tiene un efecto directo y, en consecuencia, es aplicable en el ingreso por acceso libre como personal laboral en la Administración pública, sin mediación de lo dispuesto en las correspondientes bases de la convocatoria de acceso a la condición de contratado laboral en la Administración Pública.

**AJUSTES RAZONABLES COMO LÍMITE A LA DECISIÓN
EXTINTIVA DEL CONTRATO DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS
EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024
ECLI:EU:C:2024:53*

ROSA MARÍA PÉREZ ANAYA*

SUPUESTO DE HECHO: J.M.A.R., conductor de la empresa C. N. Negreta, tras sufrir un accidente de trabajo queda en situación de incapacidad temporal, siendo reubicado por la empresa en otro puesto de trabajo, a petición de la persona trabajadora. El 18.2.2018 el INSS resuelve la extinción de la IT, reconociendo una indemnización a tanto alzado por lesión permanente pero denegando el reconocimiento de una incapacidad. Resolución que tras ser impugnada se anula al reconocerse judicialmente una incapacidad permanente total para la profesión habitual, ex art. 193 LGSS. La empresa, tras tener conocimiento de ello, procede a extinguir el contrato de trabajo en aplicación del art. 49.1e) ET. Impugnada dicha decisión, se desestima en la instancia al entender el Juzgado que el artículo 49.1e) ET no obliga a la empresa con carácter previo a la decisión extintiva a destinarlo a otro puesto de trabajo (St. 243/2021 del JS 1 de Ibiza, de 24 de mayo). Recurrída en suplicación, la Sala del Tribunal plantea dos cuestiones prejudiciales que versan sobre si una norma nacional que permite una decisión extintiva automática de una persona trabajadora con discapacidad sin obligar a la empresa previamente a adoptar ajustes razonables o a justificar que su adopción le acarrea una carga excesiva, es acorde con la protección que les dispensa el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

RESUMEN: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve a pronunciarse sobre las situaciones discriminatorias que pueden sufrir las personas con discapacidad con el objeto de seguir reforzando su protección en el empleo y en la ocupación. La novedad de la sentencia reside en la necesaria adaptación a la normativa internacional y europea, de una norma nacional que permite la extinción

*Profesora Contratada Doctora del Área Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

automática del contrato de trabajo de personas en situación de incapacidad permanente total. Para ello, parte de la interpretación respecto al contenido y el alcance que debe tener el artículo 5 de la Directiva 2000/78, que obliga a la empresa a la adopción de ajustes razonables con el objetivo de garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad, con la salvedad de que ello suponga una carga excesiva para la empresa, debiendo prevalecer, en todo caso, el derecho de la persona trabajadora con discapacidad a mantener su empleo y a desarrollarse profesionalmente.

ÍNDICE

1. LA IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/78. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES DE HECHO
2. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 2.1. El contenido del art. 49.1e) ET y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo
 - 2.2. Las exigencias requeridas por STJUE (asunto C-631/22) a la decisión extintiva como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas
3. LOS AJUSTES RAZONABLES COMO MECANISMO DE GARANTÍA EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS LÍMITES
4. EL EFECTO DE LA SENTENCIA SOBRE LA NORMATIVA LABORAL, EN CONCRETO, SOBRE EL ART. 49.1E) ET Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

1. LA IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/78. BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Las personas con discapacidad conforman uno de los colectivos que tradicionalmente ha sufrido actuaciones discriminatorias (a veces múltiple), en cualquier ámbito de su vida por lo que han requerido de una protección específica y detallada desde el ámbito internacional¹, comunitario y nacional. Es, por este motivo, por el que la normativa sobre discapacidad parte del principio

¹ Mayor Rodríguez, J. “*La (des)institucionalización en el marco de la Convención Internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, *Cuadernos de trabajo Social*, 32 (2), p. 409. En relación con la Convención de la ONU, el autor admite que: “Este tratado internacional implica potenciar como paradigma de referencia la vida independiente de forma transversal en el diseño de políticas públicas... Esta consideración conlleva que deba hacerse una transformación social para que las personas con diversidad funcional lleven una vida en igualdad de condiciones. Esto es, acceder a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona. Pero, además, implica entender que las desventajas

de transversalidad de las políticas públicas, tal y como se extrae del art. 4.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante Convención de la ONU) y del art. 2.o del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante LGPD), que protegen a las personas con discapacidad frente a las principales formas de discriminación, es decir, directa, indirecta, denegación de ajustes razonables y acoso². Con el objetivo de determinar la protección que estas normas les reconocen debemos partir de la identificación que la normativa realiza de este colectivo.

La discapacidad, como vamos a comprobar en las definiciones que aportan las normas, es un término con un contenido amplio, variable y abierto, que se encuentra en constante evolución, lo que va a permitir a los tribunales interpretar el concepto e incorporar supuestos y dolencias de las personas de los casos que estén conociendo. Este es el sentido que se extrae del Preámbulo de la Convención de la ONU (apartado e)) y cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22) (apartado 3) (en adelante TJUE asunto C-631/22), que admiten que “la discapacidad es un concepto que evoluciona”. Recordemos que la Convención de la ONU fue ratificada por la Unión Europea (en adelante UE) mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (y, por nuestro país, el día 21 de abril de 2008, entrando en vigor el día 3 de mayo de 2008) y, desde su ratificación por la UE, ha sido utilizada para la interpretación de la normativa de la UE en materia de discapacidad y, en concreto, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante D 2000/78).

El concepto de discapacidad o de persona con discapacidad viene recogido en normas internacionales y nacionales³, convirtiéndose en el eje central que fundamenta este y otros pronunciamientos del TSJUE y de tribunales nacionales.

Así, por un lado, en la Convención de la ONU es, el art. 1 apartado 2º el que conceptúa como personas con discapacidad a “aquellas que tengan deficiencias

sociales que sufren deben eliminarse por constituir claros ejemplos de discriminación y de vulneración de derechos humanos.”

² En similar sentido, Georgios Milios, “*El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional*”. *Revista Derechos y Libertades*, Núm. 47, Época II, junio 2022, p. 253.

³ También la Ley de Empleo, aprobada por el Real Decreto-legislativo 1/2023 de 29 de noviembre, reconoce expresamente en el art. 50.1 LE como personas con discapacidad con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a “las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con

físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

En el plano nacional, en una transcripción casi literal del concepto de la Convención de la ONU, se recoge en el art. 4.1 LGDPD. Admitiendo de forma general que: “Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.” Si bien es cierto, la LGDPD en el art. 4.2, amplía el ámbito subjetivo del concepto, y vincula a las personas con discapacidad con la normativa en materia de Seguridad Social (en adelante SS), especificando expresamente que, además, están incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley, aquellas personas que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Completando el ámbito subjetivo, las personas que tengan reconocida por el Instituto Nacional de Seguridad Social (en adelante INSS) una pensión de incapacidad permanente “en los grados total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”, aunque a estos últimos sujetos, se les identifica concretamente en lo que se refiere a la aplicación de determinados capítulos y títulos de la LGDPD (entre ellos, igualdad de trato y no discriminación)⁴.

Por tanto, a modo de resumen, podemos afirmar, que se consideran personas con discapacidad, aquellas que sufran una deficiencia física, síquica, mental, intelectual o sensorial; aquellas que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%; y aquellas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez. A esta identificación subjetiva, la norma le añade un requisito temporal, pues de ambas normas se extrae que las deficiencias que sufran estas personas deben tener una manifestación prolongada en el tiempo, o como señalan expresamente ambas normas “a largo plazo” (Convención de la ONU) o “previsiblemente permanentes” (LGDPD)⁵.

Se trata de un concepto que supera la visión médica del término y que ha sido diseñado para cubrir los distintos ámbitos que impiden o pueden impedir el

discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.”

⁴ En concreto, incluye a estas últimas personas en el ámbito de aplicación de la Sección 1ª Capítulo V (Disposiciones Generales), Título I Capítulo VIII (Derechos de participación en asuntos públicos), y Título II (Igualdad de oportunidades y no discriminación).

⁵ Martínez-Gijón Machuca, M.A. La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador. Bomarzo, 2017, p. 165 y ss. El autor analiza la influencia del asunto Daouidi STJUE (C-395/15), en la calificación del despido de un trabajador enfermo y, en concreto, la duración de la enfermedad.

desarrollo de las personas con discapacidad, aportando una dimensión social más o menos plena⁶, tal y como se desprende de la Convención de la ONU y de la LGDPD, que establecen la protección de las personas con discapacidad en diversos ámbitos entre los que se encuentra justicia, seguridad, educación, salud, trabajo y cultura (entre otros). De todos estos ámbitos, es el ámbito profesional el que va a permitir a las personas con discapacidad la posibilidad de participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, posibilitando su desarrollo como persona. Por lo que, la doctrina del TJUE juega un papel relevante en sus pronunciamientos sobre el contenido de las normas internacionales y comunitarias y su necesario cumplimiento por los Estados Miembros, en dos aspectos concretos: por un lado, aportando el marco necesario que permite identificar a las personas con discapacidad; y por otro, en la determinación de la necesaria protección que estas personas deben tener en el concreto ámbito del empleo.

De esta forma, y aunque la STJUE (asunto C-631/22), no entra a valorar si las dolencias que sufre la persona trabajadora permiten su calificación como persona con discapacidad, ya que no es solicitada en las cuestiones prejudiciales que plantea el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (en adelante TSJIB), sí apunta un concepto; y parte, para ello, del citado art. 1 Convención de la ONU, que utiliza para la interpretación y aplicación del contenido de la D 2000/78, pues la directiva no ofrece en su articulado un concepto que permita identificar a las personas con discapacidad.

La STJUE objeto de análisis cita expresamente el concepto que ya había utilizado en la STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, (asunto C-485/20), aunque en otras sentencias anteriores ya se identificaban a las personas con discapacidad⁷. Recordemos, que TJUE identifica el concepto discapacidad “con una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (apartado 34). Por lo que la definición es muy similar a la que aparece en las normas señaladas, aunque se refiera de forma específica al ámbito profesional o laboral (señala expresamente

⁶ En similar sentido, Monereo Pérez, J.L y López Insua, B. M. “Deslinde e interconexión entre discapacidad e incapacidad permanente: norma y praxis jurisprudencial.” *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 62, 2022, p. 486, que, además, identifica el concepto de discapacidad con “incapacidad cualificada o agravada”, con una dimensión social. Lousada Arochena, J.F. “Enfoque de discapacidad, y en especial su aplicación en la jurisdicción social.” *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 36, 2022, p. 8. El autor señala: “La discapacidad es un fenómeno multidimensional donde convergen aspectos individuales que interactúan con los sociales... Por ello, más que de un modelo social, quizás se debería hablar de un modelo de derechos.”

⁷ Entre otras: STJUE de 11 de abril de 2013, Caso HK Danmark, (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11); STJUE de 1 de diciembre de 2016, Caso Daouidi (asunto 395/2015); STJUE de 11 de septiembre de 2019, Caso Nobel Plastiques Ibérica, (asunto C-397/18).

“vida profesional”) como ámbito concreto en el que estas dolencias se pueden manifestar, requiriendo, por tanto, en este ámbito de idéntica protección.

Como ya hemos señalado, en la sentencia que estamos analizando, es aceptado por el tribunal nacional que, las dolencias que sufre la persona trabajadora, determinan que se trata de una persona con discapacidad protegida por la D 2000/78. En este caso, la persona trabajadora sufrió un accidente de trabajo (en diciembre de 2016) quedando en una situación de incapacidad temporal (en adelante IT), hasta que el 18 de febrero de 2018, el Instituto Nacional de Seguridad Social (en adelante INSS) admite la extinción de la IT, reconociéndole una indemnización a tanto alzado por lesión permanente, aunque le deniega el reconocimiento de una incapacidad laboral permanente. La resolución del INSS es impugnada judicialmente resolviendo la sentencia a favor del reconocimiento de una incapacidad permanente total para la profesión habitual (en adelante IPT) en aplicación del art. 193 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS)⁸. Tras el conocimiento por la empresa del reconocimiento de la IPT a la persona trabajadora, procede a extinguir el contrato como permite el art. 49.1e) ET.

Por lo que el TSJIB estima que las lesiones que sufre la persona trabajadora determinan su calificación como persona con discapacidad, en el sentido establecido en el art. 4.2 LGDPD, y en concordancia con la doctrina del TJUE extraída de sus pronunciamientos, teniendo, por tanto, derecho a la protección dispensada por la D 2000/78. El TSJIB identifica IPT con discapacidad a pesar de que estos términos tengan una dimensión y protección distinta en las normas nacionales. Así, el término discapacidad, como hemos señalado, tiene una amplia dimensión social que pretende una protección integral de este colectivo. El reconocimiento de la discapacidad de una persona no requiere que esta persona tenga en vigor una relación laboral, ya que esta calificación parte de una suma de lesiones que pueden sufrir en cualquier momento de la vida y que tiene como finalidad establecer una protección integral de la persona con discapacidad en los términos señalados en la norma⁹. Mientras que el término IPT tiene una dimensión eminentemente laboral, pues únicamente puede ser reconocida a las personas trabajadoras, y tiene como

⁸ Recordemos que el art. 193.1 párr. 1º LGSS, señala: “La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”.

⁹ En similar sentido, Monereo Pérez, J.L y López Insua, B. M. “*Deslinde e interconexión entre discapacidad e incapacidad permanente...*”, op. cit. p. 493. Los autores admiten la diferencia entre ambos términos, así como “que tienen que ser reconocidas y declaradas por equipos de valoración que son, en sendos casos distintos”.

principal objetivo, suplir a través de una prestación la falta de ingresos de una persona que durante una prestación de servicios ha visto mermada su capacidad profesional para su profesión habitual. Este es el sentido que se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) que admite que IPT (también la absoluta y la gran invalidez) y discapacidad no son situaciones que se identifiquen de forma automática y plena, aunque reconoce que, las personas en IPT (y resto de grados) a efectos legales sí están incluidas en el ámbito de aplicación y protección de la LGDPD¹⁰.

A modo de conclusión, a priori, el reconocimiento de una situación de IPT a una persona trabajadora sin previsión de mejoría por el INSS, o por una resolución judicial (como ocurre en este caso), supone, a su vez, la consideración de persona con discapacidad en lo referido a la aplicación y protección que la LGDPD dispensa. Tal y como afirma la STJUE objeto de análisis, que admite “Ese órgano jurisdiccional señala que, en el presente asunto, no se niega que el trabajador de que se trata sea una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. Subraya que, en cualquier caso, esta apreciación se ve corroborada por el art. 4, apartado 2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, que confiere a las personas en situación de incapacidad permanente total la condición de <<personas con discapacidad>> (apartado 27)¹¹.

2. LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión principal que resuelve la STJUE está relacionada con la regulación nacional de la extinción del contrato de trabajo de una persona trabajadora con discapacidad cuyo contenido no ha sido modificado desde la aprobación del primer texto regulador del Estatuto de los Trabajadores (10 de marzo de 1980) y que, por

¹⁰ Aunque existen otros pronunciamientos anteriores, el más reciente es la STS de 27 de abril de 2023 (núm. 324/2023) (FD Segundo) que señala en aplicación de la jurisprudencia sentada sobre si el reconocimiento de una discapacidad permanente total supone el reconocimiento automático de una discapacidad del 33% a todos los efectos: “Resulta con ello palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%”.

¹¹ También la doctrina se hace eco de esta correspondencia, entre otros: Monereo Pérez, J. L., “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel.”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 683.

tanto, no ha sido adaptado a la Convención de la ONU. En este apartado exponemos y analizamos la interpretación que hasta el momento realiza la jurisprudencia del TS sobre el precepto regulador de la extinción y la respuesta del TSJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal nacional.

2.1. El contenido del art. 49.1e) ET y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Recordemos que el art. 49.1e) del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), incluye entre los motivos que permite a una empresa extinguir el contrato de trabajo, el conocimiento de que a una persona trabajadora le ha sido reconocida una IPT (en cualquiera de los grados que se especifican en el precepto) por el órgano competente. Esta causa de extinción tiene una excepción relacionada con la modificación de la calificación de IPT por mejoría de las dolencias de la persona trabajadora siempre que, así aparezca en la resolución escrita del órgano que la ha reconocido¹². En este caso, no procedería la extinción señalada en el art. 49.1e) ET sino “la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente”, como admite el art. 48.2 ET. Sin embargo, como ya hemos señalado, en la sentencia no se enjuicia si la IPT puede volver a ser revisada por mejoría de la persona trabajadora, pues el TSJIB admite abiertamente que la persona trabajadora en IPT es una persona con discapacidad sin que apunte la posibilidad de su modificación por revisión de las dolencias.

Volviendo al art. 49.1e) ET consideramos que el dilema está en admitir o no si la extinción de la relación laboral decidida por la empresa es automática tras el conocimiento por esta de la IPT, pues el tenor literal del precepto parece indicar su automaticidad. Sin embargo, lo cierto es que, como sabemos, no existe esta relación directa causa-efecto pues, en todo caso, la extinción exige una decisión por parte de la empresa en la que dé por terminada la relación laboral, en cuyo caso, está vinculada a la exigencia de comunicar a la tesorería la baja de la persona en IPT, tal y como señala la normativa en materia de SS¹³. Además, puede suceder que la persona trabajadora en IPT permanezca en la empresa bien por decisión

¹² De Val Tena, A. L. “Extinción y suspensión del contrato de trabajo por incapacidad permanente de la persona trabajadora”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 269, 2023, págs. 59-94. El autor hace referencia al procedimiento administrativo de declaración de IPT de una persona trabajadora en cualquiera de sus grados.

¹³ Así lo admite la STS de 3 de febrero de 2021 (núm. 142/2021) en el FD Tercero, cuando señala: “...la empresa ha de dar de baja en la Seguridad Social al trabajador cuyo contrato de trabajo se haya extinguido en el plazo de tres días naturales a contar desde el día siguiente a la extinción del contrato (artículo 32.3.2º) del Reglamento General de inscripción de empresas, y afiliación, altas y bajas de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.”

unilateral y voluntaria del empresario o bien porque las partes así lo decidan; e incluso, porque el convenio colectivo aplicable o el contrato de trabajo que vincula a las partes lo establezcan expresamente. En cualquiera de estas situaciones, en las que la persona en IPT va a prestar servicios para la misma (u otra) empresa, es necesario recordar que la pensión que va a recibir esta persona únicamente es compatible con el desempeño de otras funciones o trabajos distintos a aquellos que realizaba antes de que le fuese reconocida la IPT, tal y como confirma la misma STS de 3 de febrero de 2021 y se extrae del art. 198.1 LGSS¹⁴. En este sentido, la STS admite: “En el caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual es posible, en efecto, que el trabajador siga prestando servicios incluso en la misma empresa, siempre que realice tareas distintas de la profesión habitual que desempeñaba” (FD tercero)”.

Una segunda cuestión a tener en cuenta y sobre la que se pronuncia el TS, está relacionada con el hecho de si la empresa a tenor del contenido del art. 49.1e) ET, está obligada a adoptar medidas dirigidas a la persona trabajadora en IPT con carácter previo a la decisión extintiva del contrato de trabajo. En este sentido, tal y como se extrae de la jurisprudencia del TS, una empresa sólo está obligada a adoptar otras medidas antes de la decisión extintiva cuando así aparezca expresamente establecido en un convenio colectivo o en un contrato de trabajo. Tal y como hemos señalado anteriormente, y señala la STS (núm. 372/2020) de 21 de mayo de 2020, en la que conoce de un caso donde la persona trabajadora ha sido declarada en IPT, procediéndose a su despido y sin recolocarla en otro puesto compatible con la incapacidad reconocida, tal y como exigía el CC aplicable. En esta sentencia, el TS admite que la empresa está obligada a recolocar a la persona trabajadora a la que se le ha reconocido la IPT pues así lo establece el CC aplicable, “dándole derecho a ocupar otro puesto de trabajo de categoría similar o inferior, adecuado a sus limitaciones, siempre que existan vacantes” (FD Segundo). Por lo que según la jurisprudencia del TS la obligación de recolocación de una persona declarada en IPT exige que el convenio o el contrato establezcan la necesidad de adoptar medidas, y siempre que en la empresa exista un puesto vacante compatible con la IPT reconocida.

Otro aspecto sobre el que el TS se pronuncia en relación a la extinción de la relación laboral por la empresa, es que esta decisión no está vinculada al cumplimiento de requisitos formales, es decir, la empresa puede extinguir la relación laboral sin comunicación expresa a la persona trabajadora en IPT. Esto supone que la falta de comunicación no podrá determinar la calificación de la extinción como despido improcedente, entre otros motivos, porque el art. 49.1e)

¹⁴ El art. 198.1 LGSS señala: “En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”.

ET (tampoco otros preceptos del mismo texto legal), no exige comunicación o notificación para que esta extinción surta plenos efectos, tal y como ha resuelto el TS en la STS de 3 de febrero de 2021 (núm. 142/2021) (FD Tercero).

Por último, recordar que la extinción del contrato vía art. 49.1e) ET no lleva aparejado el derecho de la persona trabajadora a percibir una indemnización por parte de la empresa como sí ocurre en otras modalidades de despidos regulados en el ET.

Por tanto, atendiendo a lo expuesto y siguiendo la jurisprudencia del TS, podemos concluir que, hasta el momento, la extinción del contrato de trabajo por IPT (y en el resto de grados que señala el art. 49.1e) ET) no es automática pues depende de la decisión de la empresa de mantener o no al trabajador y, en el caso que decida no mantenerlo, deberá comunicar la baja de la persona en IPT a la SS. La extinción por esta vía no obliga a la empresa a adoptar medidas con carácter previo salvo que se establezca en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, y no está sometida al cumplimiento de requisitos formales. Algunos de estos aspectos, como vamos a exponer seguidamente, deberán ser rectificadas en futuras resoluciones de los tribunales nacionales por influencia de la doctrina del TSJUE.

2.2. Las exigencias requeridas por STJUE (asunto C-631/22) a la decisión extintiva como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas

El sistema garantista establecido por las normas internacionales, comunitarias y nacionales despliegan su efecto para dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en la STJUE que analizamos y, más concretamente, en la protección dispensada ante la extinción del contrato de una persona en situación de IPT o de una persona con discapacidad que permite el art. 49.1e) ET.

En contraposición a lo estimado por el TS, la STJUE (asunto C-631/22) analiza dos cuestiones relevantes en relación a la decisión extintiva adoptada por la empresa y permitida por el art. 49.1e) ET, ambas vinculadas a las cuestiones prejudiciales que plantea el TSJIB. Las cuestiones prejudiciales que se recogen en el apartado 32 tienen el siguiente contenido: “1) El artículo 5 de la [Directiva 2000/78], a la luz [de] los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)? 2) Los artículos 2, apartado 2, y 4, apartado 1, de la [Directiva 2000/78], a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta]

y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?”.

Al respecto, la STJUE (asunto C-631/22) ofrece una única respuesta a las dos cuestiones prejudiciales planteadas y, parte para ello, de la protección señalada en la Convención de la ONU que, en su art. 2, incluye entre los motivos de discriminación por razón de discapacidad cualquier exclusión que les impida el reconocimiento o el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales en cualquier ámbito (señala expresamente: político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo), admitiendo expresamente como forma de discriminación “la denegación de ajustes razonables”.

Este es el contenido que debe servir para interpretar el ámbito de aplicación de la D 2000/78, que, como señala el art. 3.1c), también incluye las condiciones de despido, obligando a las empresas a la adopción de ajustes razonables como medida que garantice la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación de las personas con discapacidad (art. 5).

Para identificar si la extinción que recoge el art. 49.1e) ET tiene la consideración de un despido y, por tanto, está vinculada al cumplimiento de todas las garantías establecidas en ambas normas, el TJUE se remite a otros pronunciamientos anteriores.

En este aspecto, el TJUE reconoce que de la normativa de la UE no se extrae una definición del término despido, como señala en la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14); sin embargo, aunque este pronunciamiento tiene como referencia la D 98/59 sobre los despidos colectivos, aporta un concepto, reiterando doctrina del TJUE. Así, señala que, “...este concepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento” (apartado 49). De la misma forma, la STJUE de 12 de enero de 2023 (asunto C-356/21) (apartados 61, 62 y 63) admite que el concepto de despido hace referencia a la extinción unilateral de un contrato de trabajo “celebrado entre un trabajador por cuenta ajena y un empresario”¹⁵.

En aplicación de la doctrina señalada en estas sentencias, la STJUE objeto de análisis acepta que, el despido es una extinción unilateral de toda actividad

¹⁵ Señala expresamente. “No obstante, como ha señalado la Abogada General, en esencia, en el punto 102 de sus conclusiones, el concepto de «despido» solo figura en el artículo 3, apartado

mencionada en el art. 3.1 a) D 2000/78 (apartado 36), decidida por la empresa, de tal forma que, el hecho de que la persona trabajadora con IPT reconocida tuviera conocimiento de que la normativa nacional (refiriéndose al art. 49.1e) ET) “le confería a su empleador el derecho a resolver su contrato de trabajo a raíz de ese reconocimiento, no significa, a este respecto, que ese trabajador hubiera dado su consentimiento a la extinción de dicho contrato” (apartado 38). Por tanto, la decisión extintiva establecida en el art. 49.1e) ET, al tratarse de una decisión unilateral de la empresa y al no existir consentimiento por parte del trabajador queda equiparada a los despidos, debiendo estar vinculada a la protección que las normas dispensan.

La protección que las normas les reconocen consiste en la adopción de medidas que permitan a la persona en IPT o con discapacidad tener derecho a un puesto de trabajo o a mantenerse en él, admitiendo, que una decisión extintiva (o un despido) puede resultar discriminatoria cuando la empresa tome esta decisión sin adoptar ajustes razonables que permitan a la persona trabajadora con discapacidad permanecer en la empresa en aplicación del art. 2 Convención de la ONU y de la D 2000/78 (apartado 42). Máxime, cuando en el caso que la sentencia analiza, la persona trabajadora durante el tiempo que estuvo en situación de IT había sido reubicada en otro puesto de trabajo compatible con sus dolencias, por lo que la empresa disponía de puesto vacante.

3. LOS AJUSTES RAZONABLES COMO MECANISMO DE GARANTÍA EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS LÍMITES

Tal y como acabamos de señalar, una de las cuestiones relevantes que se extrae de la STJUE (asunto C- 631/22) y que afecta a la garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el empleo y la ocupación, es la necesidad de que la empresa tras el reconocimiento de la discapacidad (o de la IPT para la profesión habitual) de una persona trabajadora, no pueda despedirla sin realizar ajustes razonables que le permitan mantener el empleo, pues su incumplimiento permitiría calificar dicha decisión como discriminatoria. Por lo que se convierte en esencial la identificación del contenido del término ajustes razonables. Antes de proceder a su análisis, debemos apuntar que, en nuestra opinión, la adopción de ajustes razonables por la empresa está vinculada al hecho de que la persona trabajadora con discapacidad manifieste su deseo de continuar prestando servicios en la empresa, pues, en caso contrario, entendemos que la empresa quedaría dispensada de la obligación de acometerlos.

1, letra c), de la Directiva 2000/78 a título de ejemplo del concepto de «condiciones de empleo y trabajo» y se refiere, entre otras cosas, a la extinción unilateral de toda actividad mencionada en el citado artículo 3, apartado 1, letra a)” (apartado 62).

El término ajustes razonables, es incorporado en la Convención de la ONU, en la D 2000/78 y en la LGDPD, en los que se proclama la necesidad de adoptar diversas medidas dirigidas a promover el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad.

Así, la Convención de la ONU hace referencia en varios preceptos al término ajustes razonables, llegando incluso a identificarlo en el art. 2, admitiendo como tales “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas”. Además de, como hemos señalado, considerar una forma de discriminación hacia las personas con discapacidad la denegación de ajustes razonables, por lo que insta a los Estados a promover la adopción de las medidas necesarias para que tales ajustes sean una realidad incluida en su regulación legal (arts. 5.3; 14.2; y 27.1.i)). Los ajustes razonables se convierten en un mecanismo necesario vinculado a la consecución de la igualdad en el empleo reforzando el derecho de las personas con discapacidad a trabajar.

Por otra parte, la D 2000/78, hace referencia en varios considerandos a la necesaria adopción de medidas que tengan como objetivo la adaptación de los lugares de trabajo, así como de ajustes razonables en el puesto de trabajo en aras a “combatir la discriminación por motivos de discapacidad en el empleo y la ocupación” (considerandos 16 y 17). Y, en concreto, en el considerando 20 incluye algunas posibles medidas que pueden ser consideradas ajustes razonables en el puesto de trabajo, tales como: “la adaptación de las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”, aunque estas referencias no agotan todas las posibles medidas eficaces y prácticas que puedan favorecer el cumplimiento de este objetivo. Además, en el texto, podemos decir, que conceptúa el término ajustes razonables y establece los límites del mismo (art. 5), señalando que son medidas adecuadas que debe adoptar los empresarios “en función de las necesidades de cada situación concreta” y lo configura como un mecanismo de protección del empleo de las personas con discapacidad tendentes a favorecer el acceso al empleo y su progreso profesional.

Respecto a la normativa nacional, la necesaria adopción de ajustes razonables se incorpora en la LGDPD en varios preceptos, y lo hace en consonancia con el contenido de la Convención de la ONU. De este texto podemos destacar, entre otros contenidos: el concepto del término en el art. 2.m), que, de forma más amplia, admite: “son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad”; así como la proclamación de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, considerando que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables vulnera este derecho (art. 63). Además, la LGDPD admite el establecimiento de ayudas públicas y subvenciones para que las empresas puedan hacer frente a los costes económicos derivados de la incorporación de los ajustes razonables a los puestos (y lugares) de trabajo (entre otros, arts. 66 y 68). De la misma forma, la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato

y no discriminación (en adelante Ley 15/2022), considera discriminación directa “la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad” (art. 6.1a)), transcribiendo en el mismo precepto el concepto de ajustes razonables que aparece en la LGDPD.

Lo cierto es, que estamos ante un concepto indeterminado, con un contenido ilimitado ya que si nos centramos en las medidas que las empresas pueden adoptar para cumplir con la obligación legal de realizar ajustes razonables nos encontramos con una diversidad de posibilidades vinculadas a las distintas situaciones en las que se puedan encontrar las personas con discapacidad y a las necesidades que se deriven de estas situaciones, por lo que el objetivo o finalidad de estos ajustes razonables es tan amplio como el ámbito subjetivo y objetivo de protección que las normas pretenden abarcar. Tal y como se puede extraer de la LGDPD, que recordemos admite que deben “permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación”, y que tienen como finalidad que las personas con discapacidad puedan seguir desarrollando y completando su carrera profesional pues, como hemos señalado, el ámbito laboral o del trabajo es uno de los medios o instrumentos que permite a las personas trabajadoras conseguir una vida social plena en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. En todo caso, estas medidas deben ser necesarias, eficaces y adecuadas como se extrae de la normativa al respecto. En la identificación de las posibles medidas que puede adoptar la empresa podría tener un papel relevante la negociación colectiva pues los sujetos negociadores podrían incorporar algunas pautas o condiciones que puedan ser utilizadas en la empresa para la adopción de los ajustes razonables tanto si se trata de la reubicación como de la adaptación de los puestos de trabajo. No en vano, los convenios colectivos incluyen la relación de puestos de trabajos y las exigencias necesarias para que puedan ser cubiertos por las personas trabajadoras. Además, la labor del TJUE en este aspecto es bastante productiva ya que proporciona en sus pronunciamientos diversas medidas que han sido consideradas ajustes razonables¹⁶.

Por tanto, partiendo siempre del concepto de ajustes razonables que aparecen en las tres normas citadas y que lo conceptúan de forma similar, al menos, en lo que se refiere a los elementos esenciales que deben identificar esta medida, debemos relacionar las medidas que pueden calificarse como ajustes razonables con el objetivo de que la persona trabajadora con discapacidad (o IPT) no pierda el empleo. De esta forma, en la situación que conoce la STJUE (asunto C-631/22), la medida que puede adoptar la empresa debe quedar vinculada a las posibilidades que en un apartado anterior hemos señalado, pues recordemos que una persona en IPT si quiere mantener la prestación de SS reconocida, sólo puede realizar en una misma empresa (o en otra), funciones compatibles con tal reconocimiento,

¹⁶ El TJUE aborda en distintas sentencias las medidas que se pueden adoptar y que conformarían el contenido del término ajustes razonables, entre otras: la STJUE de 11 de abril

por lo que, a priori, sólo es posible la recolocación o reubicación de la persona trabajadora con discapacidad (o IPT) en un puesto de trabajo en el que pueda realizar otras funciones o tareas que no coincidan con las que realizaba cuando se reconoció la IPT, tal y como señala la misma STJUE (apartado 46)¹⁷. Por lo que debemos admitir que, la persona con discapacidad puede ocupar un puesto vacante en la empresa y que puede encontrarse en el mismo o en otro centro de trabajo.

No obstante, esta obligación que vincula a la empresa de reubicar a la persona trabajadora con discapacidad no es una obligación absoluta ya que tiene incorporada una serie de condicionantes u obstáculos que pueden limitar, e incluso, impedir el cumplimiento por la empresa de esta obligación.

El primer condicionante que puede evitar la reubicación y, por tanto, el cumplimiento de los ajustes razonables es que la empresa no disponga de un puesto vacante que pueda cubrir la persona con IPT, como recuerda la misma STJUE (asunto C-631/22) (apartado 45). No obstante, no bastaría con alegar la falta de un puesto vacante para que la empresa quede desvinculada de acometer los ajustes razonables, ya que, en este caso, debe informar de ello a la persona con discapacidad, además de acreditar la ausencia de puestos vacantes compatibles.

En segundo lugar, y en el supuesto de que la empresa disponga de un puesto vacante, este nuevo empleo estará vinculado a otras limitaciones pues la persona trabajadora en IPT no podría ocupar cualquier puesto de trabajo, sino que debe ser compatible con “las competencias, capacidades y disponibilidad exigidas” en el puesto (STJUE (asunto C-631/22) (apartado 46)), a lo que debemos añadir que, en nuestra opinión, también deben ser cumplidas las exigencias establecidas en el art. 39.1 ET. Por lo que, por un lado, debe ser un puesto de trabajo idóneo para que pueda asumirlo y desarrollarlo atendiendo a la discapacidad reconocida y, además, el puesto ofrecido debería ser respetuoso, en la medida de lo posible, con los conocimientos y capacidades que esta persona mantiene. Con ello, queremos decir que no debería bastar con ofrecer cualquier puesto de trabajo que en ese momento

de 2013 (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, Caso HK Danmark). Rodríguez Sanz de Galdeano, B. “*El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad*”. *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, pp. 59-74, la autora realiza un análisis exhaustivo y amplio del término ajustes razonables. López Vico, S y Monereo Pérez, JL. “*Trabajadores con discapacidad: Principio de igualdad de trato y alcance del concepto ajustes razonables*”. *La Ley Unión Europea*, Núm. 102, abril 2022, p. 10, donde admiten en referencia a la STJUE (Caso C-485/2020), que “el concepto de ajuste razonable, sean estas de orden físico, organizativo o educativo... Por todo ello, considera este Tribunal, en el mismo sentido que lo hace el Abogado General en sus conclusiones, que el concepto de ajuste razonable debe ser entendido como aquel que supone la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones.”

¹⁷ El TJUE también hace referencia a la recolocación o reubicación como medida de ajuste razonable en la STJUE de 10 de febrero de 2022 (Asunto C-485/20, HR Rail), entre otras. La recolocación como ajuste razonable es analizada por: Martínez-Gijón Machuca, M.A. La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad..., op. cit. p. 148 y ss.

esté vacante sino que la empresa, en primer lugar, debería observar si existe un puesto vacante acorde a las funciones que mantiene la persona trabajadora con discapacidad y a las aptitudes que siga manteniendo relacionadas con su formación y titulación; y únicamente si este puesto no existe, la empresa podría ofrecerle cualquier otro puesto vacante, pues, de otra forma, podría quedar afectada la dignidad de la persona trabajadora en relación a sus aptitudes y capacidades (art. 39.1 ET). Por lo que, si esta medida resulta imposible por la inexistencia de un puesto acorde a sus capacidades funcionales e intelectuales, sería válido el ofrecimiento de cualquier puesto vacante en la empresa que, en todo caso, entendemos que, podría ser aceptado o rechazado por la persona con discapacidad.

En tercer lugar, podría suceder que el puesto vacante en la empresa para ser cubierto por la persona con discapacidad pueda requerir de un proceso de formación o de adaptación previo, y en este caso, puede surgir la duda de si la empresa estaría obligada a ofrecérselo y a dispensar la formación necesaria para su cobertura, e incluso, si fuese necesario, realizar una adaptación del puesto vacante. En este aspecto, debemos entender que la empresa está obligada a adoptar ajustes razonables por lo que habría que establecer cuál es el significado, el alcance y los límites que justificarían la razonabilidad de la medida. Entendemos que tales cuestiones sobre la idoneidad y razonabilidad de la medida adoptada deben resolverse a través de la vía judicial. No obstante, al respecto, podría plantearse como límite el contenido señalado en la D 2000/78 que admite que: “La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad” (apartado 17). Sin embargo, en nuestra opinión, no podemos considerar que, el contenido de este apartado pueda ser alegado con la intención de evitar acometer ajustes razonables. Lo que resulta evidente atendiendo a su significado es que la razonabilidad del ajuste, no debe suponer la creación de un puesto de trabajo compatible con las funciones que pueda asumir la persona con discapacidad (o en IPT), no obstante, sí podría ser razonable el ofrecimiento de un puesto vacante, aunque para ocuparlo requiriese de formación específica respetando el límite de la necesaria titulación que pueda estar vinculada al puesto de trabajo y siempre que no suponga una carga excesiva para la empresa.

Por último, la Convención de la ONU (considerando 21) y la D 2000/78 (art. 5) establecen como límite o excepción a la obligación de las empresas de realizar ajustes razonables como medida previa a la decisión extintiva, que tales medidas no supongan una carga excesiva¹⁸, desproporcionada e indebida para la empresa (son

¹⁸ La STJUE (asunto C-631/22) hace también referencia a la carga excesiva para el empresario como límite a la obligación de adoptar ajustes razonables (apartados 46 y 52), sin entrar a realizar una valoración específica.

los términos que utilizan estos textos). Para identificar qué debemos entender por carga excesiva o desproporcionada, aunque la Convención de la ONU no introduce ninguna aclaración al respecto, acudimos a la Directiva, que sí aporta contenido al término, en clave principalmente económica.

Así, según la D 2000/78, los criterios que permiten a la empresa realizar una valoración de los costes con carácter previo a la adopción de la medida son: “costes financieros (“y de otro tipo”), tamaño de la empresa, recursos financieros, volumen de negocios, así como, las ayudas públicas destinadas a paliar tales costes” (apartado 21), a lo que debemos añadir que no se considerará excesiva “cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades” (art. 5). Tales criterios son señalados en la STJUE (asunto C-631/22) en el apartado 45, reiterando doctrina de la STJUE caso HR Rail (apartados 45 y 48), insistiendo en los costes que la medida conllevaría y en la existencia de ayudas o subvenciones públicas que permitan a la empresa sufragar de forma suficiente los gastos de tales ajustes o, en nuestro caso, de la reubicación. No obstante, y a pesar de las aportaciones normativas volvemos a encontrarnos con un concepto indeterminado cuyo contenido no se puede concretar por la multitud de aspectos que pueden influenciar en la determinación de si la carga es o no excesiva debiendo ser valorados por los jueces y tribunales en cada caso concreto que conozcan.

Lo que resulta evidente es que, la empresa debe cuantificar económicamente el ofrecimiento de un puesto (o de otras medidas) a la persona con discapacidad para decidir si suponen o no una carga excesiva, debiendo aportar la documentación necesaria y acreditativa en caso de que la reubicación le suponga efectivamente unos gastos desproporcionados. Situación que no sucede en el caso que conoce el TJUE, pues, aunque el contrato de trabajo fue extinguido, recordemos que la persona trabajadora inicialmente en IT fue reubicada en otro puesto de la empresa compatible con sus limitaciones físicas, por lo que la empresa pudo haberle ofrecido el mismo puesto en lugar de extinguir su contrato de trabajo.

4. EL EFECTO DE LA SENTENCIA SOBRE LA NORMATIVA LABORAL, EN CONCRETO, SOBRE EL ART. 49.1e) ET Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

El contenido de la resolución del TJUE da respuesta a las cuestiones prejudiciales presentadas por TSJIB, admitiendo que el art. 49.1e) ET que permite el despido de un trabajador en IPT sin obligar a la empresa a que previamente adopte ajustes razonables que permitan que la persona en IPT (o con discapacidad) pueda conservar su empleo y sin que la empresa deba demostrar que su adopción es una carga excesiva, es contrario al contenido “del artículo 5 de la Directiva

2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU” (apartado 53)¹⁹.

Sin embargo, antes de la resolución, la STJUE en el apartado 50 apunta dos cuestiones importantes respecto a la normativa nacional sobre las personas con discapacidad y que deberían ser abordadas para adaptarlas a las principales normas que protegen a este colectivo. Por un lado, admite que la persona trabajadora con discapacidad no debe soportar el riesgo de perder su trabajo para poder disfrutar de una prestación de SS y, si una norma obliga a ello, “menoscaba el efecto útil del art. 5 D 2000/78”, apoyándose para tal afirmación en el art. 27.1 de la Convención de la ONU, que reconoce el deber de promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso, para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo. Y, por otro lado, apunta que una norma que, asimila la IPT con el fallecimiento o con una IPA que, en la práctica, producen efectos distintos sobre las funciones que puede desempeñar la persona trabajadora, es una norma contraria al “objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”. Por lo que, este apartado de la STJUE puede apuntarnos una posible respuesta sobre cómo puede ser abordada por el Gobierno la modificación del art. 49.1e) ET y sobre el contenido que debería o podría tener.

Centrándonos en los efectos que la STJUE (asunto C-631/22) va a provocar en la normativa nacional, es evidente que el primer efecto debe ser la modificación del art. 49.1e) ET. Para abordar la reforma, el Gobierno ha publicado una propuesta de anteproyecto de ley, justificada en la Exposición de Motivos en la adaptación del precepto a la Convención de la ONU, a la D 2000/78 y a la LGDPD, además, de en la propia STJUE con el objetivo de “garantizar el derecho de la persona declarada en situación de incapacidad permanente, en los grados referidos, a continuar trabajando, si así lo desea, de acuerdo a su capacidad laboral y de la correspondiente obligación de la empresa de hacer el esfuerzo razonable para garantizar ese derecho”. Esta propuesta de anteproyecto ha sido sometida al trámite de consulta pública (el pasado 26 de enero de 2024) que ha concluido el día 10 de febrero de 2024²⁰.

¹⁹ En concreto resuelve: “que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva” (apartado 54).

²⁰ En el trámite de consulta pública queremos apuntar la propuesta realizada por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI), y que podemos resumir en los siguientes puntos: 1- Admiten el mantenimiento de IPT, IPA y de la GI como causa de extinción del contrato de trabajo, aunque eliminando la automaticidad del despido en estos casos. 2- El reconocimiento de la obligación de la empresa de adoptar ajustes debe tener en

La propuesta parte de diferenciar la muerte de la persona trabajadora del resto de causas que permiten la extinción del contrato y que en la redacción actual aparecen en la letra e) del art. 49.1 ET, añadiendo una letra (n) con un nuevo contenido a la extinción por IP en cualquiera de sus grados (IPT, IA y GI). El nuevo contenido limita la facultad de la empresa de extinguir la relación laboral cuando exista un puesto de trabajo compatible con la capacidad resultante de la persona trabajadora siempre que tales medidas no supongan una carga excesiva para la empresa, e incorporando los aspectos que pueden determinar que las medidas puedan ser consideradas como una carga excesiva²¹.

Sobre el contenido de esta propuesta, apuntamos algunas valoraciones. En primer lugar y, aunque la propuesta se apoya en las normas internacionales, comunitarias y nacionales sobre la protección de las personas con discapacidad (tal y como aparece en la Exposición de Motivos), en el texto de la propuesta no se hace mención a ellas, es decir, no se cita personas con discapacidad sino personas en IPT, ITA y GI, entendemos que, con la intención de mantener una redacción más acorde a la normativa en materia de SS (como hasta ahora).

En segundo lugar, nos llama la atención, que no se ha incorporado en el texto del artículo el término ajustes razonables lo que indicaría que la única medida posible en estos supuestos, además de la suspensión del contrato en los términos establecidos en el art. 48.2 ET, es la reubicación en un puesto de trabajo de la empresa compatible con la capacidad laboral resultante. Sin embargo, debido a la diversidad de situaciones y a la diversidad de necesidades que estas pueden provocar, consideramos que debe incluirse este término en la redacción del precepto y no limitar las posibles medidas que puedan ser adoptadas.

cuenta la capacidad residual de la persona y que, además, no deben suponer una carga excesiva. 3- Apuntan la prevalencia del derecho a decidir si la persona quiere o no mantener el empleo sobre las posibilidades y medidas que le ofrezca la empresa. 4-Consideran la necesidad de incorporar el concepto y contenido del término carga excesiva que exime del cumplimiento de realizar ajustes razonables a la empresa. Por último, debemos señalar que en el documento el CERMI también incluye dos propuestas que deberían ser abordadas: 1- La compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social y empleo; y 2- El desarrollo reglamentario del concepto “ajustes razonables”. Para ello, se remiten al contenido del Libro Blanco sobre Empleo y la Discapacidad publicado en julio de 2023.

²¹ En concreto, la propuesta señala expresamente: “Se modifica la letra e) y se introduce una nueva letra n) en el artículo 49.1, con la siguiente redacción: “e) Por muerte de la persona trabajadora.” “n) Por declaración de gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2. La empresa no podrá extinguir el contrato de trabajo por esta causa cuando exista un puesto de trabajo adaptado o susceptible de ser adaptado, adecuado a la capacidad laboral resultante, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.”

En tercer lugar, aunque nos parece correcta la separación en distintos apartados de la muerte como causa extintiva del resto de causas, sin embargo, entendemos que, si la intención es mantener una redacción acorde a la normativa en materia de SS, no deberían aparecer en el mismo apartado todos los grados de IP o, si los mantienen, al menos, que cada grado esté vinculado a las posibilidades reales que la normativa de SS establece respecto al desarrollo de una actividad profesional. En este sentido, el art. 198.1 LGSS, permite en IPT, compatibilizar una pensión contributiva reconocida con el salario para el ejercicio de otras funciones que no coincidan con aquellas que la persona trabajadora desarrollaba en el momento de su reconocimiento. Mientras que en IPA y GI no se hace referencia expresa a la posibilidad de compatibilizar pensión y salario sino a la compatibilidad de la pensión con el ejercicio de actividades que, pueden ser lucrativas o no, pero que, en todo caso, deben ser compatibles con la incapacidad reconocida (art. 198.2 LGSS). En nuestra opinión, no sería posible (o de serlo las posibilidades serían mínimas) desde la normativa de SS que personas con IPA y GI realicen una actividad profesional retribuida pues la capacidad que mantienen es residual lo que va a influir, casi con toda seguridad, en la imposibilidad de desarrollar una actividad profesional en la empresa y, más aún, que la empresa disponga de un puesto de trabajo compatible con las funciones que mantengan²². A lo que debemos añadir que, la posibilidad de reubicar a la persona trabajadora en IPA y GI va a suponer una carga excesiva para la empresa que, aunque deberá ser demostrada, le impedirá en la práctica acometer los ajustes razonables. Por lo que, entendemos que, si se mantienen en el mismo apartado los tres grados de IP, habría que modificar en algún aspecto la compatibilidad entre prestación de SS y empleo retribuido, lo que va a requerir realizar modificaciones en la LGSS.

Quizás la única justificación que podemos encontrar en el hecho de mantener IPT, IPA y GI en el mismo apartado del precepto, puede estar vinculada con la amplia protección que a las personas con discapacidad les dispensan las normas a las que nos hemos referido en este trabajo, principalmente, frente a actos discriminatorios que puedan suceder en el empleo. Esta redacción puede pretender “blindar” de alguna forma el contenido del precepto con la intención de evitar que, a corto o medio plazo, pueda resultar necesario acometer una nueva modificación del precepto para ajustarlo a la normativa de la UE y a los pronunciamientos del TJUE.

²² Las posibilidades de las personas en IPA y GI de desarrollar una prestación de servicios aparecen en: De Val Tena, A. L. “*Extinción y suspensión del contrato de trabajo...*”, op. cit. pp. 59-94, que señala respecto a la IPA: “...la incapacidad permanente absoluta que... se considera a la persona trabajadora inhabilitada por completo para toda profesión u oficio, sin perjuicio del ejercicio de actividades marginales, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (art. 198.2 TRLGSS)”; y respecto a la GI: “...requiere para su reconocimiento que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, la persona necesite la asistencia de otra para poder realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer u otros similares.”

En cuarto y último lugar, siguiendo con la redacción de la propuesta del precepto, también echamos en falta la incorporación de la necesidad o exigencia de justificar convenientemente a la persona trabajadora que no es posible la adopción de esta medida, tanto por falta de puesto de trabajo en la empresa como por la carga desproporcionada que tal medida le supondría. Pues recordemos, que la justificación de la empresa al respecto debe ser objetiva y razonable, aunque la proporcionalidad de la carga para la empresa siempre podrá ser valorada por los jueces y tribunales nacionales.

Por último, no queremos dejar pasar la oportunidad de referirnos a la primera sentencia de un tribunal nacional que ha resuelto aplicando la doctrina de la STJUE (asunto C-631/22), nos referimos en concreto, a la Sentencia del Juzgado de lo social de Vigo (núm. 38/2024) de 19 de enero (en adelante JS).

En esta sentencia, el Juzgado estima que es discriminatoria la extinción del contrato decidida por la empresa de una persona trabajadora en situación de IPT sin promover ajustes razonables y sin justificar la imposibilidad de adoptarlos por resultar una carga excesiva, llevándole a declarar la extinción como despido nulo. En la sentencia, el JS admite que la persona trabajadora con una IPT reconocida es una persona con discapacidad por lo que está protegida en su derecho al trabajo por la Convención de la ONU y por la D 2000/78.

Es de destacar que el JS admite la necesidad de modificar el art. 49.1e) ET incorporando el derecho de la persona trabajadora a seguir trabajando con ajustes razonables o bien ubicarlo en otro puesto, lo que le lleva a señalar que tal reconocimiento va a producir efectos en la normativa de SS “en cuanto a la compatibilidad de una pensión contributiva con puestos pertenecientes al mismo grupo profesional” (FD tercero. 6).

Por último, el JS analiza la nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales a la luz de la normativa nacional, en concreto, del art. 26 Ley 15/2022 y la ponderación del derecho constitucional infringido y el principio de inversión de la carga de la prueba reconocido en el art. 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LJS). Lo que le lleva a admitir que, la extinción del contrato decidida por la empresa tiene la discapacidad como causa y, que la baja en la SS de la persona trabajadora incumple el art. 96 LJS y art. 4 Ley 15/2022, que obligan a la empresa a dar una justificación objetiva y razonable de la decisión.

**LA CORRESPONDENCIA PRIVADA ENTRE LETRADOS Y
SU VALIDEZ COMO PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL:
DEONTOLOGIA PROFESIONAL VERSUS “EL SAGRADO
DERECHO DE DEFENSA” A LA LUZ DEL PROYECTO DE LEY
ORGÁNICA DEL DERECHO DE DEFENSA**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo de 2023
ECLI:ES:TSJM:2023:6251*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: La actora presentó dos demandas consecutivas frente a la empresa, la primera de despido y la segunda en reclamación de cantidad. El despido se estimó parcialmente con declaración de improcedencia, optando la empresa por la readmisión. Pese a ello, las partes consensuaron un acuerdo, tras numerosos correos electrónicos, sustituyendo la readmisión por la indemnización, que, una vez recibida por la trabajadora, debía conllevar el desistimiento de la segunda demanda por reclamación de cantidad. El escrito de desistimiento no fue presentado, manteniendo la actora su demanda por reclamación de cantidad, en el juicio la empresa hizo valer el acuerdo apoyándose en los correos electrónicos cursados por los abogados.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Roj: STSJ M 6251:2023), obligado mediante recurso de suplicación (núm. 1238/2022) a valorar las causas de nulidad de la sentencia por infracción del principio de legalidad, así como por la indefensión ocasionada por la vulneración de las garantías procesales, tiene la oportunidad de revisar no solo los requisitos de la indefensión, también, para exponer un amplio compendio de los criterios jurisprudenciales que justifican la admisión de los correos entre letrados como medio lícito de prueba, obtenidas sin vulnerar derechos fundamentales, aun cuando exista vulneración de normas deontológicas. La Sala, se posiciona del lado de la sentencia de instancia, desestimando el recurso y reiterando la doctrina que en la propia sentencia se invoca.

* Doctor en Derecho y profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio.

ÍNDICE

1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN EL DEBATE SOSTENIDO
2. LA INDEFENSIÓN COMO PRECEDENTE NECESARIO DEL MOTIVO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 193 A) DE LA LRJS
3. LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LA CORRESPONDENCIA ENTRE LETRADOS COMO PRUEBA EN EL PROCESO
 - 3.1. El sagrado derecho de defensa: una mirada desde el proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa
 - 3.2. Deontológicamente hablando
4. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA: SI, PERO NO

1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN EL DEBATE SOSTENIDO

Al situar los antecedentes de la cuestión litigiosa, hemos podido constatar la existencia de los dos procedimientos que discurren de forma simultánea. Un despido sustanciado ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de Móstoles (autos 421/2021, sentencia n.º 251/2021, de fecha 19-7-21), con estimación parcial y declaración de la improcedencia del despido, que adquirió firmeza, optando la empresa por la readmisión. La segunda demanda había sido tramitada ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Móstoles, (autos 459/2021) por el importe de 9.324,11 euros brutos en concepto de horas extraordinarias y diferencias por funciones de superior categoría, y cuya primera vista quedó suspendida, haciendo constar en el acta que la empresa que había llegado a un acuerdo con la trabajadora en el procedimiento de despido seguido en el Juzgado de lo Social n.º 2 de Móstoles, que incluía desistir del procedimiento de reclamación de cantidad. Los abogados de las partes presentaron el acuerdo transaccional el 12 de agosto de 2021 ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de Móstoles conforme al artículo 235.4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, RJS, dictándose auto el 17 de agosto de 2021 por el que se homologaba el convenio alcanzado por las partes, extinguiéndose la relación laboral el 16 de marzo de 2021 con abono a la trabajadora de la cantidad de 13.726,76 euros netos en concepto de indemnización. Una vez recibida dicha indemnización por la trabajadora, esta se comprometía a desistir de la segunda demanda presentada por reclamación de cantidad. Las defensas de las partes cruzaron correos electrónicos, reclamando el escrito de desistimiento del procedimiento relativo a la reclamación de cantidad, que no llegó a producirse, manteniendo la actora su demanda por reclamación de cantidad. Lo ocurrido en cada uno de ellos presenta una interconexión que resulta imprescindible para poder analizar la cuestión litigiosa.

De la previa acción de despido, calificado como improcedente, resulta trascendente la opción por la reincorporación que efectúa la empresa, pese a lo cual las defensas de empresa y trabajador inician y alcanzan un acuerdo extrajudicial

en virtud del cual se fija el importe de la indemnización total que corresponde a la trabajadora, a cambio del desistimiento del procedimiento en curso. Como es práctica habitual, el correo electrónico se convierte en el mecanismo de comunicación entre los letrados, en el que dejan constancia de sus ofrecimientos, del acuerdo y su alcance, así como del procedimiento a seguir una vez alcanzado el acuerdo, que será homologado judicialmente sin que se hubieran apreciado indicios de lesividad para ninguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho.

El acuerdo alcanzado quedó ampliamente sustentado en la fase de negociación entre letrados, donde resultó determinante el uso de los correos electrónicos como medio eficaz y habitual de comunicación entre letrados, donde quedó plasmado no solo el acuerdo sino también la forma de llevarlo a cabo, entre cuyo contenido figuraba el desistimiento de la acción de reclamación de cantidad, por la trabajadora. Sin embargo, la falta de cumplimiento, por la actora, del comprometido desistimiento de la acción de reclamación de cantidad, provoca la necesidad de hacer valer el alcance real de los acuerdos alcanzados entre las defensas de las partes. El letrado de la empresa no dispone de otro medio de prueba que no sean los correos cruzados entre compañeros sobre los que sustentar la voluntad del acuerdo y el alcance de este. Así las cosas, opta por la aportación a los autos de los correos cruzados entre los letrados de las respectivas defensas con los que acreditar la voluntad real de las partes en el acuerdo homologado y en la necesidad de que se estime la alegada excepción de satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, evitando un injusto enriquecimiento sin causa en la trabajadora.

La demandante, en un claro cambio de estrategia y con evidente deslealtad a los sostenido durante la fase de negociación del acuerdo, no admite el pronunciamiento judicial del Juzgado de lo Social n.º 1 de Móstoles, en el que se aprecia la carencia sobrevenida de objeto por satisfacción extraprocesal tomando como base la utilidad de la prueba presentada por la empresa entre la que se encuentran los correos entre letrados. Si bien la defensa de la trabajadora no alega el preceptivo encaje en los motivos del artículo 193 LRJS, la Sala, los considera encauzados por su apartado a), interpretando la solicitud de la nulidad de la sentencia de instancia. Así se considera infringido el principio de legalidad del artículo 9 y 103 de la CE, por la admisión como prueba de los correos entre letrados considerando igualmente infringidos el art. 24.1 CE y 6.3.c) del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, junto al art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los artículos 22 y 23 del Real Decreto 135/2021 por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, con relación al deber de confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y el secreto profesional, y 5.3 del Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del Consejo General Abogacía Española de 27 de septiembre de 2002, y modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002.

El Juzgado de lo Social n.º 1 de Móstoles en su sentencia de 15 de julio de 2022, (autos n.º 459/2021), desestima la demanda por la que la trabajadora reclama cantidad en concepto de horas extraordinarias y diferencias por funciones de superior categoría, considerando que existe una satisfacción extraprocesal de las pretensiones de la demandante acreditada en autos mediante los correos cursados entre los letrados de las partes, apreciando la excepción de satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.

2. LA INDEFENSIÓN COMO PRECEDENTE NECESARIO DEL MOTIVO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 193 A) DE LA LRJS

La primera gran cuestión que valora la Sala nos sitúa ante los requisitos que ha de cumplir el recurso de suplicación cuando se pretende prospere por infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, tal y como ocurre en el caso que nos ocupa. Nos recuerda el tribunal, reiterando consolidada jurisprudencia que no es posible aspirar a la nulidad por infracción de normas o garantías del procedimiento sin acreditar un gravamen o perjuicio impeditivo al derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, lo que a efectos prácticos significa que para que esa indefensión de lugar a la nulidad de los actos procesales, retrotrayendo las actuaciones al momento infractor, es necesario la concurrencia de diversos presupuestos complementarios ampliamente consensuados por la doctrina constitucional y social. En primer lugar, se exige que el defecto o la falta de garantía sea alegada por la parte que no la provocó y que actuó con la diligencia exigida por la ley. Igualmente es necesario la formulación de protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta y dejando constancia de su falta de consentimiento, requisito que viene a actuar a modo de previo recurso ordinario, indispensable para actuar en un quebrantamiento de forma. Por último, la indefensión ha de ser material y no meramente formal, o lo que es lo mismo que tenga repercusión en el fallo de la sentencia.

En el caso que nos ocupa, la pretendida indefensión de la trabajadora tiene consecuencias directas sobre la inadmisión del recurso de suplicación a criterio de la Sala y ello sin entrar en la cuestión más compleja que afecta al valor probatorio de los correos entre letrados. La correspondencia privada entre los letrados fue admitida como medio de prueba a propuesta de la empresa, sin que la defensa de la trabajadora se opusiera a su admisión y formulara la correspondiente protesta. La falta de pronunciamiento sobre la prueba admitida en la instancia equivale a reconocer que los mismos no tenían carácter confidencial, lo que impide ahora, con motivo del recurso extraordinario de suplicación invocarlo ex novo. Dicho de otro modo, lo que no fue valorado como lesivo a los fines de su defensa en la instancia, no puede convertirse en alegato de indefensión en los motivos del recurso. Así, ni el mero incumplimiento formal de normas procesales, ni cualquier infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales basta para

que exista vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE. Solo si el incumplimiento, la infracción o la irregularidad se deriva un perjuicio material para el interesado, repercutiendo sobre sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, podremos hablar de una efectiva indefensión de la parte, que derive en la nulidad de la sentencia y que habrá de intervenir como último y excepcional solución.

3. LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LA CORRESPONDENCIA ENTRE LETRADOS COMO PRUEBA EN EL PROCESO

La cuestión que adquiere una mayor relevancia en el marco de la sentencia se corresponde con el “segundo óbice”, señalado por la Sala para desestimar el recurso una vez valorada la falta de indefensión real en la pretendida infracción de normas invocada por la recurrente. Nos referimos al uso como prueba válida de correos cruzados entre letrados, respaldados por el legítimo derecho de defensa y en clara colisión con las normas deontológicas del ejercicio de la abogacía, cuestión esta que ha sido la que ha dado mayor relevancia a la sentencia, si tenemos en cuenta la repercusión de la misma en los medios jurídicos, que se han hecho eco de ella ampliamente y que no hace sino testimoniar un debate que si bien ha quedado resuelto en la doctrina jurisprudencial, no es menos cierto que el tema presenta suficientes aristas como para no ser pacífica entre la profesión.

Frente al criterio que se consolida en la sentencia que comenta, se alzan voces discrepantes como las de Andino López¹ quien incansable en la permanente adaptación del secreto profesional en el ejercicio de la abogacía, a los cambios normativos y a la valoración de la jurisprudencia nacional y la derivada del TJUE le han permitido posicionarse en el valor innegociable del secreto profesional, sosteniendo que la prueba aportada vulnerando el secreto profesional del abogado o bien es ilícita (art. 287 LEC) o ilegal (art. 283.3 LEC) o en su defecto contraria a la buena fe procesal del art. 247 LEC.

Como exponemos, las posiciones están llamadas a revisarse si se consolida el criterio del proyecto de Ley Orgánica del Derecho a la Defensa, que actualmente se encuentra en fase avanzada de tramitación parlamentaria, lo que supondría un golpe de timón a la doctrina jurisprudencial y a la confirmación de las posiciones disidentes de la doctrina, especialmente de la que más fuertes vínculos mantiene con el ejercicio de la abogacía.

¹ Andino López, J. A. (2021). La nueva configuración del secreto profesional del abogado. España: J.M. Bosch Editor.

3.1. El sagrado derecho de defensa: una mirada desde el proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa

La sentencia que valoramos consagra para el ámbito del proceso laboral, lo que había sido consagrado por los tribunales del orden civil y penal hasta el momento y resuelto de forma definitiva por nuestro tribunal de garantías. El derecho de defensa se encuentra regulado en todos los textos modernos de derechos humanos. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyos artículos 10 y 11 se refieren al derecho a “asegurarse las garantías necesarias para la defensa”, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), y, cómo no, en nuestra propia Constitución (artículo 24.2). El derecho a defenderse en un juicio justo conlleva que los letrados no son cómplices de sus clientes y no comparten los hechos que han cometido sus defendidos. Los abogados, simplemente, hacen valer el derecho a defenderse de los mismos.

Por si el marco normativo no fuera suficientemente sólido, tal es la relevancia del tema, en la actualidad se tramita en nuestro país un novedoso proyecto de ley orgánica del Derecho de Defensa, que trata de consagrar en un texto legal el conjunto de garantías y facultades jurídicas que asisten a las partes en un proceso judicial, permitiéndoles defender sus intereses legítimos y asegurándoles la tutela judicial efectiva. Paralelamente a la terminación de este comentario hemos asistido a la aprobación el pasado día 19 de junio, por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, del dictamen del Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa, continuando así su tramitación parlamentaria que, dado su carácter orgánico, requerirá una votación final de conjunto por el Pleno de la Cámara en la que necesitará el apoyo de la mayoría absoluta del mismo. El Proyecto de Ley tiene por objeto regular el derecho de defensa, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española como derecho fundamental indisponible, que se extiende expresamente a los procedimientos extrajudiciales y a los mecanismos de solución adecuada de controversias reconocidos legalmente. La norma regula el derecho de defensa como derecho fundamental inalienable e indisponible, salvo en los casos que la ley lo permita expresamente, garantía de los derechos y libertades y del Estado de Derecho, tal regulación deberá entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes procesales, y particularmente previendo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y restantes leyes procesales desarrollan el contenido del derecho de defensa en sus respectivos ámbitos.

El objetivo principal del proyecto de ley orgánica no es otro que dar un nuevo impulso al derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, y proporcionar seguridad a los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio de su derecho, así como a los profesionales de la abogacía en el ejercicio de sus funciones, estableciendo un nuevo régimen de garantías y deberes, adecuando el contenido del derecho de defensa, a las necesidades del panorama actual. En cuanto

a la regulación de las garantías y deberes que comprenden el derecho de defensa, y más concretamente entre los deberes de la abogacía, se prevé que los profesionales de la abogacía guiarán su actuación de conformidad con la Constitución Española y las leyes, la buena fe procesal y, con obligación de cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, con especial atención a las normas y directrices establecidas por los Consejos y Colegios profesionales correspondientes, y que aquellos no asumirán la defensa ni asesorarán en aquellos asuntos en los que exista una situación de conflicto de intereses. Del mismo modo, se consagra que los profesionales de la abogacía deben regirse en sus actuaciones por unos deberes deontológicos que garanticen su confiabilidad y que independientemente del nuevo encuadre, ya están regulados en el Estatuto General de la Abogacía y el Código Deontológico de la Abogacía Española, así como en su regulación autonómica y europea.

La regulación del derecho de defensa como derecho fundamental consagra el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, en cuanto manifestación del derecho a reclamar la tutela judicial efectiva, cuestión que colisiona estrepitosamente con aquellos medios de prueba que se ofrecen en el procedimiento aun en contra de las normas deontológicas que obligan a los profesionales. Si bien es cierto que el debate moral y jurídico sólo ha podido resolverse desde la más estricta aplicación de la ciencia jurídica, tampoco es menos cierto que la polémica sigue sacudiendo a los profesionales que han de situarse entre el ejercicio del derecho de defensa en nombre de sus clientes, la vulneración de las normas deontológicas y su propia ética profesional como conjunto de normas, principios y razones establecidos como una línea directriz de su propia conducta.

Tal y como nos recuerda la sentencia que es objeto de comentario, será a partir de la STC 114/1984, Sala 2ª, de 29 de noviembre de 1984 (rec. amparo núm. 167/1984) cuando la cuestión queda fijada por el tribunal de garantías declarando la admisibilidad de pruebas de grabación, captación o utilización en juicio de aquellas conversaciones aportadas por los intervinientes de las mismas, por lo que el letrado participante en la propia correspondencia podrá aportarla al proceso sin vulnerar este derecho fundamental. Para el TC el derecho a la prueba, atendido a su rango constitucional, permitirá la admisión y valoración por el juez de aquella prueba obtenida vulnerando una norma de carácter infraconstitucional, o lo que es lo mismo, la solución al conflicto de intereses se resuelve por mera jerarquía normativa entre el derecho fundamental frente a la infracción de normas de rango inferior como son las pertenecientes a los códigos deontológicos. También en el proceso laboral, la prueba solo está sujeta a los criterios de necesidad, pertinencia y utilidad que consagran los supletorios preceptos de la LEC, concretamente en los artículos 281 y 283 de la LEC, con el único límite que dispone el artículo 287, respecto a la obtenida mediante vulneración de derechos fundamentales, cuestión que no es extensible a la vulneración a las normas deontológicas, jerárquicamente

en rango inferior al derecho a la defensa². En el proceso laboral, es La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), quien en su artículo 90, establece paralelas soluciones que las supletorias de la LEC. Expresamente proscribiremos la aportación de pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

Siendo este el criterio sostenido, no solo desde el TC, sino igualmente desde el TS, los TTSSJJ y la jurisprudencia menor, la pregunta acerca de la perdurabilidad de la misma, una vez quede aprobado el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa³ resulta inevitable, si tenemos en cuenta la redacción actual del art. 15 del proyecto de ley. El mismo se encuadra dentro del capítulo III en el que se desarrolla el régimen de garantías y de deberes de asistencia jurídica en el derecho de defensa, estructurándose a su vez en dos secciones y correspondiendo dicho artículo a la Sección 1.ª referida a las garantías de la abogacía en el marco del derecho de defensa, tales como la garantía de la prestación del servicio por los profesionales de la abogacía; las garantías del profesional de la abogacía; las garantías del encargo profesional; la garantía de confidencialidad de las comunicaciones y del secreto profesional; las garantías de la libertad de expresión del profesional de la abogacía y las garantías del profesional de la abogacía con discapacidad. Por otra parte, la Sección 2.ª se refiere a los deberes de la abogacía en el marco derecho de defensa, desarrollando los deberes de actuación de los y las profesionales de la abogacía y sus deberes deontológicos.

El artículo 15 desarrolla las garantías de confidencialidad de las comunicaciones y secreto profesional, que por su relevancia traemos en su integridad, estableciéndose en el mismo:

1. Todas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la abogacía y su cliente tienen carácter confidencial y sólo podrán ser intervenidas en los casos y con los requisitos expresamente recogidos en la ley.
2. Las comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, son confidenciales y no podrán hacerse valer en juicio, ni tendrán valor probatorio, excepto en los casos en los que se hayan obtenido de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal u otras leyes de aplicación o en que su aportación o revelación haya sido autorizada conforme a la regulación profesional vigente.

² Cuestión analizada por la Sala del TSJ de Madrid tomando como soporte también las SSTs n.º 839/2009, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de diciembre de 2009 (rec. n.º 1869/2005) y n.º 109/2011, Sala 1ª de lo Civil, de 2 marzo de 2011 (rec. n.º 1821/2007). Igualmente se apoya en las sentencias de la AP de Madrid, Sección 28.ª, n.º 198/2015, de 10 de julio (rec. n.º 349/2013); Sección 19.ª, n.º 332/2013, de 11 octubre de 2013 (rec. n.º 257/2013) y Sección 14.ª, n.º 23/2013, de 21 de diciembre de 2012 (rec. n.º 477/2012).

³ Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XV Legislatura. Serie A: PROYECTOS DE LEY de 2 de febrero de 2024. Núm. 6-1

3. No se admitirán los documentos, cualquiera que sea su soporte, que contravengan la anterior prohibición, salvo que expresamente sea aceptada su aportación por los profesionales de la abogacía concernidos o las referidas comunicaciones se hayan realizado con la advertencia expresa y explícita de poder ser utilizadas en juicio.
4. Excepto en los casos que expresamente recojan las leyes, la entrevista entre el profesional de la abogacía y su cliente defendido tendrá carácter confidencial.
5. El secreto profesional comprenderá las siguientes manifestaciones:
 - a) La inviolabilidad y el secreto de todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa.
 - b) La dispensa a prestar declaración ante cualquier autoridad, instancia o jurisdicción sobre hechos, documentos o informaciones de los que tuvieran conocimiento como consecuencia de su desempeño profesional, con las excepciones legales que puedan establecerse.
 - c) La protección del secreto profesional en la entrada y registro de los despachos profesionales respecto de clientes ajenos a la investigación judicial.

La letra del artículo 15.2 de la futura ley orgánica parece clara al establecer que las comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes, con ocasión de un procedimiento en cualquier momento o con cualquier finalidad, serán confidenciales sin que puedan hacerse valer en juicio, careciendo de valor probatorio, a excepción de que se hayan obtenido de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal u otras leyes de aplicación o en que su aportación o revelación, sea autorizada conforme a la regulación profesional vigente. El artículo 15.3 mantiene la validez de la prueba si es expresamente aceptada por los profesionales de la abogacía a los que les concierne o las referidas comunicaciones se hayan realizado con la advertencia expresa y explícita de poder ser utilizadas en juicio.

No parece haber lugar a la duda, si el proyecto de ley orgánica avanza sin interrupciones por los avatares de la legislatura, podríamos estar asistiendo al fin del criterio que confirma la sentencia que nos ocupa.

3.2. Deontológicamente hablando

Cuando Jeremy Bentham⁴, definió la deontología como el arte o la ciencia cuyo objeto consiste en hacer en cada ocasión lo que es recto y apropiado, probablemente no pudo imaginar que infringir lo recto y apropiado no derive en la invalidez del acto. El conjunto de principios y reglas éticas que regulan y guían

⁴ Deontología o Ciencia de la moral, publicada como obra póstuma en 1836.

una actividad profesional, a la que hace referencia la deontología, configuran los deberes mínimamente exigibles a los profesionales en el desempeño de su actividad.

Los propios colegios profesionales, como corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad para la consecución de sus fines, esencialmente la ordenación del ejercicio de las profesiones, serán los encargados de determinar dichas normas y, a su vez, se encargan de recogerlas por escrito en los códigos deontológicos. A día de hoy, prácticamente todas las profesiones han desarrollado los suyos propios.

La deontología profesional, o los criterios compartidos por el colectivo profesional, precisan de un texto normativo, convertido en código deontológico y como toda norma, la deontológica se inserta en el universo del Derecho, regido por el principio de jerarquía normativa y exige, además, claridad, adecuación y precisión, de suerte que cualquier modificación de hecho o de derecho en la situación regulada, obliga a adaptar la norma a la nueva realidad legal o social, tal y como nos recuerda el Preámbulo del vigente Código Deontológico de la Abogacía⁵. En este marco regulado perviven y se consagran como principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de Abogado la independencia, la dignidad, la integridad, el servicio, el secreto profesional y la libertad de defensa, todos altos valores y exigencias necesarias para el ejercicio de la profesión en las que todos nos profesionales nos sentimos sobradamente identificados como parte de nuestro compromiso con la profesión y que nos exige actuaciones concretas ubicadas a medio camino entre la moral y el derecho, todas ellas orientadas al deber y compromiso con nuestra profesión.

Bajo el secreto profesional, debidamente protegido por la deontológica a nivel europeo, estatal y autonómico, se proscribe la posibilidad de aportar a juicio la correspondencia cruzada entre compañeros en el ejercicio de sus funciones salvo que se hubiera solicitado y obtenido autorización de la Junta de Gobierno del correspondiente Colegio de Abogados o se posea el consentimiento previo de la contraparte, que difícilmente se dispondrá de él, por pura lógica deontológica. Cualquier aportación de correos cruzados sin consentimiento ni autorización vulnera el secreto profesional y, por tanto, la deontología, lo que tampoco impide apreciar la dimensión probatoria de su aportación como parte del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, en cuanto manifestación del derecho a reclamar la tutela judicial efectiva.

Tal controversia es la que se convierte en la piedra angular del debate jurídico en la sentencia que es objeto de valoración. La confrontación de los límites deontológicos en el ejercicio del derecho de defensa ha sido defendido

⁵ Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del Consejo General Abogacía Española de 27 de septiembre de 2002, y modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002

tradicionalmente por los órganos de representación de los colectivos profesionales, como es el caso de la Presidenta del Consejo General de la Abogacía, D^a Victoria Ortega⁶ quien afirma “la importancia del secreto profesional de la abogacía para construir una relación con el cliente adecuada, que permita el ejercicio profesional de la abogacía y la preservación del derecho de defensa”, destacando que, “en una sociedad democrática, el secreto profesional es la piedra angular del derecho de defensa y de toda justicia, y tiene su sustento en el interés social y en el orden público”.

4. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA: SÍ, PERO NO

Aun partiendo de una interpretación jurídicamente sólida, basada en la jerarquía normativa y en la ponderación de los intereses en juego, la admisión como prueba de las comunicaciones entre letrados sin contar con el consentimiento previo, ha venido siendo afirmada por la doctrina jurisprudencial tanto ordinaria como constitucional y la sentencia que traemos a colación es un buen ejemplo de ello. Sin embargo este proceder, aun sostenido por la necesidad del derecho de defensa, genera un conflicto en el profesional que tiene que elegir entre el derecho del letrado a emplear todos los medios de prueba pertinentes y la potencial vulneración del secreto profesional. Para los que somos operadores jurídicos habituales, resultaba desconcertante que aquello que queda fuera de nuestro código deontológico o lo lesiona gravemente, pueda quedar amparado en el marco del proceso, medio natural de nuestra actuación, a fin garantizar el derecho a la legítima defensa y a la proposición de aquellos medios de prueba que puedan resultar útiles y pertinentes.

El desconcierto, y la confrontación entre el derecho de defensa y la vulneración del código deontológico ha venido siendo resuelto por la doctrina jurisprudencial no sin contar con las voces en contra de la mayor parte del colectivo profesional, junto a la doctrina que ha venido manteniendo una posición firme al respecto. Sin embargo, la publicación del proyecto de ley orgánica del Derecho de Defensa, le ha dado a esta sentencia una dimensión diferente y un valor adicional en dos niveles.

En primer lugar la Sala no encuentra razón que determine la nulidad de la sentencia recurrida, pues aun cuando prevea una infracción de norma deontológica, (con acciones colegiales) no puede negar valor a la prueba propuesta y admitida, en tanto que la misma confirma la existencia de un acuerdo entre las partes al que sólo le faltó cursar el escrito de desistimiento apreciándose en consecuencia satisfacción extraprocésal de las pretensiones. Sin duda la sentencia confirma y se asienta en el propio contenido de la doctrina que invoca y que viene respaldada tanto por la

6 <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/victoria-ortega-el-secreto-profesional-es-la-piedra-angular-del-derecho-de-defensa/>

justicia ordinaria como por el tribunal constitucional, trasladando al orden social lo que había venido siendo práctica habitual en el orden civil. Cómo recapitula el propio tribunal, ante un conflicto entre el derecho del letrado a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa de su cliente y la vulneración del secreto profesional, ponderando los intereses en juego en este caso, y sin perjuicios de las reclamaciones que pudieran plantearse desde un punto de vista deontológico ante el Colegio de Abogados, y aun no obteniéndose una autorización previa de éste, la Sala entiende que la prueba aportada por la empresa era útil, necesaria y pertinente dado que la prohibida por la ley es únicamente aquella que se obtenga vulnerando un derecho fundamental.

En segundo lugar y de forma paralela a este pronunciamiento se tramita un proyecto de Ley Ordinaria del Derecho de Defensa, del que claramente se desprende que, *las comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, son confidenciales y no podrán hacerse valer en juicio, ni tendrán valor probatorio*. En tales términos, la aprobación y entrada en vigor de la norma nos deparará la imposibilidad de sostener la doctrina consolidada, dado que quedaría expresamente limitada la incorporación de comunicaciones entre los defensores de las partes, como medio de prueba, quedando expresamente negado su valor probatorio.

No puedo ocultar que la consagración con carácter orgánico que hasta ahora había sido mera norma de código deontológico, satisface profundamente a quienes siempre entendimos que las comunicaciones entre letrados están sujetas a la confidencialidad de las comunicaciones y por tanto son parte del secreto profesional. Ciertamente es que estamos ante una sentencia que confirma la doctrina precedente pero no es menos cierto que también podemos estar ante una de las últimas resoluciones, antes de lo que se anuncia como cambio de criterio que en este caso derivará del mandato expreso de la norma, si bien de momento la presentación de comunicaciones entre letrados defensores como prueba en el proceso, seguirá siendo irregular desde el punto de vista del ejercicio de la profesión pero en absoluto ineficaz desde el punto de vista probatorio.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO-MARZO DE 2024

- Orden de 1 de febrero de 2024, por la que se regula el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la imposición de medidas correctoras por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias y consorcios adscritos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 26 de 06/02/2024 Sección: Otras disposiciones)
- Orden de 19 de febrero de 2024, por la que se delega el ejercicio de la Presidencia del Consejo Andaluz del Trabajo Autónomo en la persona titular de la Secretaría General de Empresa y Trabajo Autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 40 de 26/02/2024 Sección: Otras disposiciones)

ESTUDIOS

El control de convencionalidad en el ordenamiento español, con especial referencia a la normativa laboral
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

El desarrollo convencional y el impacto de las modalidades indefinidas tras la reforma laboral en el sector de la construcción
Fco. Javier Calvo Gallego

El abuso de la temporalidad en las Administraciones públicas. El complejo de Penélope del Derecho español
Antonio Costa Reyes

El final de la vida operativa de los controladores de tránsito aéreo: las complejas relaciones entre la ley y el convenio colectivo
Carlos Roberto Campo García

El factor edad en la reforma de 2021 sobre la contratación laboral del sector privado: temporalidad, fijos discontinuos y rotación
Jaime Piqueras García

INFORMES Y DOCUMENTOS

Innovaciones en la divulgación y tratamiento del Derecho del Trabajo por medio de linkedin
Francisco Trujillo Pons

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Derecho al cómputo de la excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo en los procesos selectivos de acceso al empleo público
Francisca Fuentes Fernández

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Universidad Pablo de Olavide

Ajustes razonables como límite a la decisión extintiva del contrato de las personas trabajadoras en situación de incapacidad permanente total
Rosa María Pérez Anaya

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

La correspondencia privada entre letrados y su validez como prueba en el proceso laboral: deontología profesional versus “el sagrado derecho de defensa” a la luz del proyecto de Ley Orgánica del derecho de defensa
José María Moreno Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía