

INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

Las necesidades organizativas y productivas de las empresas y las respuestas del ordenamiento jurídico

Reflexión de futuro
y propuesta de líneas de cambio

Federico Durán López (director) | **Yolanda Valdeolivas García** (coordinadora)

Salvador del Rey Guanter | **Jesús Lahera Forteza**

Jesús R. Mercader Uguina | **Iñigo Sagardoy de Simón**

2025



INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

Las necesidades organizativas y productivas de las empresas y las respuestas del ordenamiento jurídico

Reflexión de futuro
y propuesta de líneas de cambio



INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

© 2025 Federico Durán López, Yolanda Valdeolivas García, Salvador del Rey Guanter,
Jesús Lahera Forteza, Jesús R. Mercader Uguina e Iñigo Sagardoy de Simón

© 2025 INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS
C/ Príncipe de Vergara, 74. 6.ª Planta - 28006 Madrid
Tel.: 917 820 580
iee@ieemadrid.com
www.ieemadrid.es

El Instituto de Estudios Económicos y CEOE no se identifican ni se solidarizan necesariamente con el contenido, las opiniones y las valoraciones expresadas por los autores en los textos que se recogen en este libro, que son exclusivamente suyas. Dichas opiniones y valoraciones tampoco vinculan a los despachos profesionales a los que están, o han estado, vinculados los autores.

Maquetación: D. G. Gallego y Asociados, S. L.
gallego@dg-gallego.com

Depósito legal: M. 27.355-2024

Impreso por FRAGMA
info@fragma.es

Printed in Spain • Impreso en España

Se autoriza la cita por terceros de esta publicación, de forma total o parcial, siempre y cuando quede reflejado inequívocamente que la edición de la misma corresponde al Instituto de Estudios Económicos y su contenido a los distintos autores. Rogamos que envíen una copia de la referencia al IEE y a los autores.

El presente Informe ha sido elaborado, por encargo de CEOE, por un grupo de trabajo dirigido por Federico Durán López e integrado por Yolanda Valdeolivas García, que ha coordinado, junto con el director, la preparación y edición del Informe, Salvador del Rey Guanter, Jesús Lahera Forteza, Jesús R. Mercader Uguina e Iñigo Sagardoy de Simón, todos ellos destacados representantes del mundo académico y con vinculación a algunos de los despachos más relevantes de abogacía laboral española (Garrigues, Pérez Llorca, Cuatrecasas, Abdón Pedrajas Littler, Uría y Menéndez y Sagardoy).

El Informe refleja, exclusivamente, las opiniones y propuestas de los integrantes del grupo de trabajo.

Relación de autores

FEDERICO DURÁN LÓPEZ (DIRECTOR)

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Abogado en Garrigues

YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA (COORDINADORA)

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
en la Universidad Autónoma de Madrid
Of Counsel en Pérez-Llorca

SALVADOR DEL REY GUANTER

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en ESADE Law School
Presidente de Honor del Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal
en Recursos Humanos

JESÚS LAHERA FORTEZA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
en la Universidad Complutense de Madrid
Consultor jurídico en Abdón Pedrajas Littler

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
en la Universidad Carlos III de Madrid
Counsel en Uría y Menéndez

IÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Francisco de Vitoria
Presidente de Sagardoy Abogados

Índice

Consideraciones generales	13
1. Las raíces corporativas de la normativa laboral española	13
2. La transición a la democracia.....	15
3. Las sucesivas reformas de la normativa laboral. Reformas, pero no reforma	17
4. Los factores que impulsan la necesidad de modernizar el marco regulatorio laboral mediante su reforma global.....	21
5. La necesidad de una verdadera modernización del marco laboral, más allá de las reformas de aspectos concretos del mismo.....	25
6. La normativa europea y su influencia en el ordenamiento laboral español.....	30
 CAPÍTULO 1. La autonomía colectiva: su papel en la regulación de las nuevas relaciones laborales y en la solución autónoma de conflictos	 35
1. El papel de la autonomía colectiva en la regulación de las nuevas relaciones laborales.....	35
2. La solución autónoma de conflictos laborales.....	44
 CAPÍTULO 2. Necesidades empresariales en materia de contratación laboral.....	 49
1. Contratación temporal e indefinida.....	49
2. El papel de la negociación colectiva en la ordenación de la contratación temporal y en las reglas de extinción de determinada contratación indefinida.....	53
3. Nuevas causas de temporalidad: el lanzamiento de nuevas actividades y el desarrollo de nuevas líneas de negocio	55
4. Encadenamiento de contratos.....	56
5. Contrato fijo discontinuo	57

6. Contratos formativos y prácticas no laborales.....	58
7. Periodo de prueba.....	60

CAPÍTULO 3. Necesidades empresariales en la gestión del trabajo 63

1. La flexibilidad laboral y la gestión del trabajo.....	63
2. La regulación flexible del tiempo de trabajo y la propuesta de reducción de la jornada máxima legal.....	66
3. El trabajo a distancia.....	72
4. La modificación de condiciones contractuales individuales y colectivas.....	73
5. La cuantía y estructura salarial.....	76
6. La conciliación familiar y laboral en la organización del trabajo.....	78

CAPÍTULO 4. La organización de las actividades productivas 83

1. Introducción.....	83
2. El régimen de la subcontratación de obras y servicios y responsabilidades empresariales.....	84
3. El régimen y los efectos legales de los grupos de empresas en el ámbito laboral.....	87
4. El ámbito de actuación de las Empresas de Trabajo Temporal (Agencias Privadas de Empleo) en la puesta a disposición de personal a las empresas usuarias y el alcance de sus responsabilidades.....	89
5. El impacto de las nuevas tecnologías en la organización del trabajo y en el desarrollo de la producción, en especial sobre la trascendencia de los sistemas de inteligencia artificial en las relaciones laborales.....	93

CAPÍTULO 5. Medidas para la adaptación a la coyuntura:

ERTES, despido colectivo y despido objetivo 105

1. Medidas de ajuste temporal <i>versus</i> medidas de ajuste definitivo: los ERTE.....	105
2. El despido por causas ETOP.....	109
3. La declaración de nulidad y sus consecuencias.....	123

4. Aportaciones económicas de las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años...	124
5. ¿Cambios en el modelo de indemnizaciones tasadas por despido?.....	126

CAPÍTULO 6. La dimensión de la empresa y la diversificación normativa..... 129

1. Antecedentes y reformas de adaptación laboral a la dimensión de la empresa.....	129
2. Establecimiento de umbrales de trabajadores en medidas laborales	130
3. Las comisiones <i>ad hoc</i> en ausencia de representantes de los trabajadores.....	132
4. Contratación y reglas de despido específicas.....	134

CAPÍTULO 7. La empresa como centro de imputación de responsabilidades..... 139

1. Introducción	139
2. Sistemas de <i>cumplimiento normativo</i> sociolaboral y Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.....	141
3. Responsabilidades en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.....	142
4. Sanción penal de incumplimientos laborales.....	145
5. Modelos de representación adaptados al cambio digital y a las nuevas realidades empresariales.....	148
6. Medidas promocionales decididas por el legislador no vinculadas con la producción ni con responsabilidades empresariales.....	151

Anexo de propuestas..... 155

Consideraciones generales

1. Las raíces corporativas de la normativa laboral española
2. La transición a la democracia
3. Las sucesivas reformas de la normativa laboral. Reformas, pero no reforma
4. Los factores que impulsan la necesidad de modernizar el marco regulatorio laboral mediante su reforma global
5. La necesidad de una verdadera modernización del marco laboral, más allá de las reformas de aspectos concretos del mismo
6. La normativa europea y su influencia en el ordenamiento laboral español

1. LAS RAÍCES CORPORATIVAS DE LA NORMATIVA LABORAL ESPAÑOLA

Los orígenes, o la inspiración corporativa del moderno Derecho del Trabajo español, resultan evidentes a poco que se considere su evolución histórica.

El hito fundacional de ese moderno Derecho del Trabajo puede descubrirse en el Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926, que aprobó el Código del Trabajo, y en el Real Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926, que creó, bajo la Dictadura de Primo de Rivera, la Organización Corporativa Nacional. Sus principios reguladores de la relación individual de trabajo y su estructura de gobierno de las relaciones laborales, a través de los Comités Paritarios (claramente inspirados en el corporativismo italiano), se trasvasaron a la Ley de 21 de noviembre de 1931, que aprobó la Ley de Contrato de Trabajo de la Segunda República. La organización de los Comités Paritarios se convirtió, en la etapa republicana, en la de los Jurados Mixtos Profesionales (Ley de 27 de noviembre de 1931).

Las relaciones colectivas de trabajo, en la normativa de la Dictadura, y en la republicana aun en el respeto de la libertad sindical (sobre todo de la libertad asociativa), tenían, así, una evidente impronta corporativa. Y la regulación de las relaciones individuales de trabajo reflejaba, igualmente, los planteamientos corporativos.

La Ley de Contrato de Trabajo aprobada por Decreto de 26 de enero de 1944 mantuvo, en lo fundamental, el esquema regulador precedente, si bien con la

diferencia, esencial, de la supresión de la libertad sindical (y de los derechos de huelga y de negociación colectiva) y la creación de un sindicalismo de integración conjunta de empresarios y trabajadores y de afiliación automática (más que obligatoria). En el ámbito del contrato y de las relaciones individuales de trabajo, la normativa del periodo franquista reprodujo, en lo sustancial, la republicana.

Este decurso histórico, tan sumariamente expuesto, explica las características que marcaron el origen, y que han perdurado, de nuestro sistema de relaciones laborales. Así:

- Un intenso intervencionismo estatal, no solo a través de una profusa normativa legal y reglamentaria, sino también mediante la actuación del aparato administrativo estatal.
- Una limitación creciente de la autonomía colectiva y, sobre todo, de la autonomía individual, que llega incluso a eliminarse prácticamente del gobierno de las relaciones laborales.
- Una subordinación de la negociación colectiva (considerada, a imagen del corporativismo italiano «fuente del derecho») y del convenio colectivo (considerado, por ello, norma jurídica, más que contrato, o con palabras de Canelutti, uno de los teóricos más relevantes del corporativismo italiano, un «híbrido con cuerpo de contrato y alma de ley», expresión que aún perdura entre nosotros), a la normativa legal y reglamentaria.

Estas características se intensifican en la etapa franquista, en la que, como «compensación» a la supresión de las libertades sindicales (asociativas y de acción sindical), el Estado exacerba su papel protector de los trabajadores, con una visión marcadamente paternalista que se concreta en la detallada regulación legal de los más diversos aspectos de las relaciones individuales de trabajo.

Todo ello, como puede imaginarse, bajo la insignia de la «rigidez». La filosofía de la rigidez ha inspirado y, aunque de forma más matizada en las últimas décadas, sigue inspirando en buena medida la normativa laboral española. Dicha filosofía se asentaba en la idea de que cuanto más definidos y precisos se configuraran los derechos laborales, cuanto más previstas por el legislador (y por el poder reglamentario) las distintas vicisitudes que puedan aparecer en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo y cuanto mayor desarrollo de las respuestas jurídicas predispuestas para dichas vicisitudes, más se perfeccionaba el ordenamiento laboral y más se garantizaban sus finalidades protectoras del trabajo. Ello llevaba, al tiempo, a una intensa presencia administrativa en el gobierno de las relaciones laborales, con significativos poderes de control y de resolución. No por casualidad se discutió largamente en la doctrina científica acerca de la inclusión del

Derecho del Trabajo en el ámbito del Derecho Público y no del Derecho Privado y se habló, en todo caso, durante mucho tiempo, de la inevitable «impregnación administrativa» del Derecho del Trabajo.

Ello condujo a una limitación creciente de las facultades discrecionales de las empresas, en lo que se refiere, fundamentalmente, a la organización del trabajo y de la producción, y ha determinado que el hilo conductor de todas las regulaciones laborales haya sido el de afrontar la ampliación y la garantía de los derechos de los trabajadores. Esto es, toda intervención normativa venía inspirada por la ampliación, la mejora y la garantía de los derechos laborales y de la situación profesional de los trabajadores, frente a lo que, eventualmente, podía alzarse una necesaria consideración de sus límites desde el punto de vista del mantenimiento de la eficiencia y competitividad de las empresas y, por tanto, de sus necesidades organizativas y productivas. Con todo, en este panorama de elevada rigidez, la tímida aceptación, a partir de finales de la década de los 50, y posteriormente mediante la Ley de Convenios Colectivos de 1973 (Ley 38/1973, de 10 de diciembre), de algún tipo de negociación colectiva (para mejorar salarios y productividad) frente al rígido intervencionismo estatal de las primeras etapas del franquismo, introdujo algunas fisuras en el modelo, abriendo cierto espacio de acción sindical genuina (aun encubierta o abiertamente clandestina), aunque no alcanzó a alterar realmente las bases normativas de las relaciones de trabajo.

2. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

El tránsito a la democracia, que fue claro y ciertamente exitoso en el terreno político, no resultó tan nítido, sin embargo, en el terreno laboral. Algunas normas de la transición, preconstitucionales, intervinieron curiosamente no en un sentido liberalizador sino, al contrario, intensificador de algunas de las notas características de la regulación de las relaciones laborales de la etapa franquista.

Así, la Ley de Relaciones Laborales (LRL) de 1976 supuso elevar el grado de rigidez de la normativa laboral española. En ella se produjo, por vez primera, la regulación restrictiva de la contratación temporal y se endureció sensiblemente el régimen jurídico del despido. Fue una norma crepuscular del régimen, que pretendió dejar sentada su «conciencia social» en un postrer intento de legitimación ante los cambios inevitables que se avecinaban.

En la misma línea, pero con un planteamiento más realista, el Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 corrigió los excesos reguladores de la LRL de 1976, sentó las bases de la actual ordenación del despido, con la distinción entre despido

objetivo y despido disciplinario, y procedió ya a la adaptación, al menos inicial, de los derechos colectivos (derecho de huelga, negociación colectiva, solución de conflictos colectivos) a la nueva Constitución democrática que se dibujaba en el horizonte. La Ley reguladora del Derecho de Asociación Sindical (Ley 19/1977, de 1 de abril), abrió la transición a la plena libertad asociativa y a la normativa de desmantelamiento de la vieja Organización Sindical.

La aprobación de la Constitución de 1978, con la consagración expresa del derecho de libertad sindical, del derecho de huelga y, si bien con otro nivel de protección, del derecho a la negociación colectiva y al planteamiento de conflictos colectivos, supuso la ruptura definitiva con el modelo sindical precedente. Ello se manifestó, sin embargo, más nítidamente en la vertiente asociativa y de acción sindical en la empresa (lo que culminaría en la posterior aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) en 1985) que en la regulación del conflicto y en particular de la huelga, y en la disciplina de la negociación colectiva. La falta de cumplimiento del mandato constitucional de regular el ejercicio del derecho de huelga (artículo 28.2 CE) ha provocado, subrayando la continuidad histórica de la normativa laboral ya referida, la supervivencia de una norma de la transición como el Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo (DLRT) de 1977, aun con las abundantes correcciones y reinterpretaciones a las que ha procedido la jurisprudencia constitucional, ya desde la pionera sentencia de 8 de abril de 1981 y, siguiendo su estela, la ordinaria. En cuanto a la negociación colectiva, la nueva regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (ET), pese a la supresión de algunos controles administrativos y del «corsé» de las viejas estructuras sindicales, fue en gran parte tributaria de la normativa anterior.

La concreción legislativa del cambio constitucional se llevó a cabo, sobre todo, por el citado Estatuto de los Trabajadores de 1980. Pese a ser la norma que culminaba, en el ámbito laboral, el cambio democrático, el ET fue claramente tributario, en lo relativo a la estructura y contenido de la regulación de las relaciones individuales de trabajo, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y, en cuanto a la negociación colectiva, mantuvo, si bien en un contexto de libertad sindical y de libre asociación empresarial, el esquema regulador precedente. Así, el convenio colectivo siguió siendo considerado (más en la interpretación judicial y doctrinal que en la letra de la ley, que viene interpretada con los esquemas del pasado), más que un contrato, una norma, reconociéndose a la negociación colectiva como «fuente del derecho», con una clara reminiscencia corporativa, y quedando sometido el convenio, en una estricta relación jerárquica, a las detalladas regulaciones de la ley y de la norma reglamentaria.

El intervencionismo administrativo se mantuvo (exigencia de autorización administrativa para los despidos colectivos y para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo) y los excesos reguladores, mortificadores de la autonomía colectiva y, sobre todo, de la individual, siguieron manifestándose. La regulación de la contratación temporal pervivió en la estela de la normativa anterior y, en cuanto al despido, la novedad más importante fue la sustitución definitiva del arbitrio del Magistrado de Trabajo a la hora de fijar la indemnización substitutiva de la readmisión en el despido improcedente o nulo por el establecimiento de un baremo objetivo y automático para la determinación de la indemnización en casos de despido improcedente, manteniéndose, y reforzándose, la obligación de readmisión en los supuestos de despido nulo¹.

3. LAS SUCESIVAS REFORMAS DE LA NORMATIVA LABORAL. REFORMAS, PERO NO REFORMA

La evolución normativa sumariamente descrita nos situaba, todavía, ante un modelo de elevada rigidez, con espacio reducido para la negociación colectiva y, sobre todo, para la autonomía individual y las facultades discrecionales del empresario. Modelo que bien pronto, dadas las consecuencias económicas provocadas por el *shock* petrolífero de la segunda mitad de la década de los 70, puso de manifiesto sus inconvenientes y, en cierta medida, su inviabilidad en el nuevo contexto económico que se empezó a delinear en las últimas décadas del siglo pasado, marcado por la globalización, la progresiva apertura de las economías, las nuevas condiciones de la competencia internacional, así como por el desarrollo de los transportes y de las tecnologías de la comunicación y la información.

Las respuestas iniciales a esta evidente inadecuación de la normativa laboral fueron preferentemente coyunturales. La idea matriz era la de que estábamos ante cambios pasajeros, por lo que no se precisaban adaptaciones definitivas del marco laboral, sino meros remedios transitorios para afrontar tal coyuntura. Ello estuvo en el origen del inusitado desarrollo de la contratación temporal que ha marcado, y sigue todavía marcando, nuestras relaciones laborales, aun con un cambio que puede ser significativo tras la última reforma de 2021. La contratación temporal, junto a sus funciones específicas de atender a necesidades temporales de

1. Fijación de un baremo objetivo que ha sido puesta recientemente en cuestión, alegando su incompatibilidad con el artículo 24 de la Carta Social Europea, como veremos más adelante.

las empresas, presentes en todo sistema de relaciones laborales, ha representado entre nosotros, desde la década de los 80 del siglo pasado, y a través de diversas normas, la vía ofrecida por el legislador para la adaptación de las empresas a una coyuntura que requería regulaciones menos rígidas, susceptibles de asegurar respuestas empresariales ágiles ante los cambios del entorno económico y competitivo. La contratación temporal, por tanto, fue la vía elegida para introducir ciertas dosis de flexibilidad en nuestro sistema de relaciones laborales sin cambiar sus bases.

La crisis, sin embargo, lejos de disiparse se intensificó y convirtió en estructurales muchos cambios que, equivocadamente, se pretendían ver como meramente coyunturales. Se consolidaba, de manera progresiva, un nuevo escenario económico en el que la demanda de flexibilidad en las empresas era creciente y requería respuestas estructurales que comenzasen a diseñar un nuevo modelo de relaciones laborales, bajo la enseña de la *flexiseguridad*. Por ello, ya en la década de los 90 del siglo pasado, se inicia un nuevo ciclo de reformas, primero en 1994 y posteriormente en 1997 y en los años sucesivos, en el que se acepta ya, aun con reticencias e innumerables cautelas, la necesidad de introducir, a través de modificaciones normativas en muchos casos ciertamente relevantes, mayor flexibilidad en la regulación de las relaciones de trabajo, dejando de confiar en exclusiva en la contratación temporal para obtener espacios de flexibilidad en su gestión.

Ello llevó a un cierto repliegue del intervencionismo administrativo (sustitución definitiva de las viejas reglamentaciones de trabajo u ordenanzas laborales, supresión de la autorización administrativa en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo) y a la corrección de algunos excesos reguladores que penalizaban la contratación y, sobre todo, la indefinida. Así, se introdujo la indemnización reducida, por despido improcedente, de 33 días por año de servicio, con el tope de 24 mensualidades, si bien solo para determinados supuestos. Sin embargo, ningún cambio realmente apreciable tuvo lugar en la negociación colectiva ni en su marco regulador. El carácter normativo de los convenios colectivos, su eficacia general «automática» y su ultraactividad indefinida siguieron configurando una negociación colectiva que se acercaba más a un modelo corporativo que a un modelo democrático de relaciones laborales.

En el ciclo de reformas que hemos mencionado, se van introduciendo, en particular a partir de 1994, algunas correcciones más o menos significativas, pero orientadas, en todo caso, a la consecución de una mayor flexibilidad y a una mayor adaptación a las necesidades organizativas y productivas de las empresas (reformas de 1994: Ley 11/1994; 1997: Leyes 63 y 64/1997; 2001: Ley 7/2001; 2002: Ley 45/2002; 2006: Ley 43/2006; 2010: Ley 35/2010; 2011: Decreto-ley 7/2011),

si bien solo la reforma de 2012 (Ley 3/2012, seguida por la Ley 11/2013) trató de ir más allá en los planteamientos de revisión del marco normativo de las relaciones laborales. Tras los cambios normativos en materia de clasificación profesional y movilidad funcional, de tiempo de trabajo y de trabajo a tiempo parcial, de movilidad geográfica, de modificación de condiciones contractuales, individuales y colectivas, de suspensiones y reducciones de jornadas por causas empresariales y de ajustes en la negociación colectiva y en el despido, en aquella reforma se generalizó la indemnización por despido de 33 días por año de servicio, se replanteó la indemnización por salarios de tramitación, se suprimió la autorización administrativa de los despidos colectivos (si bien con control judicial *a posteriori* sobre el fondo de la decisión empresarial, que ha generado abundante litigiosidad y numerosos problemas interpretativos, constituyendo fuente de inseguridad jurídica), y se trató de introducir mayor flexibilidad en algunos aspectos (descuelgue de los convenios colectivos, prevalencia de los convenios de empresa, en determinadas materias, sobre los sectoriales con los que entrasen en concurrencia); no obstante, se endureció la regulación, haciéndola de nuevo más rígida, en otros (contratación temporal o distribución irregular de la jornada de trabajo). Y el cambio más significativo en el terreno de la negociación colectiva, cuyo marco general no se alteró, fue, de una parte, el de la limitación de la ultraactividad, que se hizo, sin embargo, en términos tales que sus consecuencias prácticas devinieron muy limitadas y, de otro, la prioridad aplicativa del convenio de empresa, en materias ciertamente sensibles. En definitiva, apenas se modificó el paradigma de la negociación colectiva, ni se sentaron las bases para asegurar una autonomía colectiva realmente más plural, flexible y anticipatoria de las necesidades de las empresas y del empleo, como demostró la frecuente pobreza de contenidos flexibilizadores en favor de la empresa o de los trabajadores que exhibieron los convenios colectivos posteriores. Solo en el ámbito empresarial, y en sectores productivos concretos, con unas relaciones laborales maduras (como es el caso del sector del automóvil), se avanzó por esa senda de adaptación y de flexibilización. Lo que tampoco obsta señalar, desde otro punto de vista, que la negociación colectiva de empresa, a través de la prioridad aplicativa reconocida al convenio resultante de ella, a menudo actuó como un instrumento, más que de adaptación, de rebaja incondicionada de condiciones laborales, lo que realmente no es una finalidad intrínseca a la figura.

La última de las reformas laborales, la de 2021 (Decreto Ley 32/2021), mantiene en lo sustancial la de 2012 y procede, sobre todo, a una nueva ordenación de la contratación temporal, dando lugar a un marco regulador que, si bien más rígido y

exigente que el de los países de nuestro entorno, permite una razonable gestión empresarial de la contratación de mano de obra, en la que puede jugar un papel importante la renovada figura del contrato fijo discontinuo. Esta es una reforma sustentada en el diálogo social y positiva en su conjunto, aunque convive con una serie de intervenciones normativas que inciden en los vicios hiperreguladores del pasado (de lo que es buen ejemplo la Ley 10/2021, reguladora del trabajo a distancia) y que están contenidas, a veces, en normas dictadas en materias no laborales, que distorsionan el proceso de diálogo social y quiebran el prisma unitario y de conjunto en el que deben considerarse las modificaciones de la normativa laboral. Hemos conocido, así, junto a la reforma central, pactada, fruto del diálogo social, una serie de modificaciones normativas que han dado lugar a una regulación compleja, dispersa y confusa, fuente de creciente inseguridad jurídica, que devalúa el esfuerzo reformador de los agentes sociales apenas culminado el acuerdo y quiebra los principios básicos del diálogo social, hasta poder llegar a considerarse incluso defraudado este último, por regularse con posterioridad, de manera unilateral, y sin apertura de nuevo proceso de concertación, contenidos que se acordó dejar fuera del diálogo y pacto originales y que, de haberse tratado en esa sede, es presumible que no se hubiera alcanzado acuerdo o que el mismo se hubiera producido en términos bien diferentes.

En este sentido, podría interpretarse, a su vez, que esta metodología quiebra, a poco de su firma, el equilibrio del pacto original, porque la reforma laboral de 2021, aun tácitamente, se dirigió a resolver problemas estructurales y urgentes del mercado de trabajo español que, no excluyendo de forma definitiva otros, sí estaban llamados a abrir un proceso de cierta autolimitación de poderes reguladores unilaterales, en aras de mantener esa línea de concertación social hasta el precipitado final del nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI, que sigue pendiente y cada vez en mayor riesgo de no ser acordado por los interlocutores sociales. Como consecuencia de romperse esas finas líneas de contrapesos iniciales, al margen del diálogo social, y por motivos exclusivamente de conveniencia política, también se han introducido cambios, complejos y discutibles, en el ámbito de la estructura de la negociación colectiva y de la «jerarquía» entre convenios (Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo), volviendo a tocar elementos sensibles del modelo global que en nada contribuyen a satisfacer aspiraciones de los agentes sociales o propuestas de reforma propugnadas por ellos, y realizados sin su verdadera participación, como se ha denunciado desde ambos lados, patronal y sindical.

Todas estas reformas sucesivas ponen de manifiesto la inexistencia de una verdadera «Reforma», de una genuina modernización del marco normativo en el que se desenvuelven nuestras relaciones de trabajo. Ha habido reformas, pero no

Reforma. Y esta Reforma, verdadera modernización, estructurada como cambio global del modelo y no centrada en la modificación de meros detalles normativos, por relevantes que sean, viene acuciantemente requerida no solo por la evolución económica y los cambios crecientes de las condiciones en que se desarrolla la competencia empresarial (internacional), sino también por las transformaciones inducidas en la producción, en la sociedad y en las propias expectativas y aspiraciones de los trabajadores, consecuencia de la continua aparición y desarrollo de nuevas tecnologías y de la transición a modelos socioeconómicos condicionados, entre otros factores, por la necesidad de sostenibilidad medioambiental.

4. LOS FACTORES QUE IMPULSAN LA NECESIDAD DE MODERNIZAR EL MARCO REGULATORIO LABORAL MEDIANTE SU REFORMA GLOBAL

Las reformas recién referidas han representado una modernización limitada de nuestro marco regulatorio laboral, carácter limitado que contrasta con la existencia de una serie de factores que requieren, y sobre todo requerirán, de cambios más profundos. Son factores en los que se enmarcan las propuestas de innovación legal que enunciamos en lo que sigue y que muestran, como elemento común, tanto la aceleración histórica que están experimentando en la actualidad —en muchos casos, consecuencia del impacto que tuvo la pandemia en la organización del trabajo y en las relaciones laborales—, como su carácter estructural de afectación, a medio y largo plazo, tanto de la gestión de las personas como de su ordenación legal.

Estos factores pueden identificarse en cinco bloques: digitalización, sostenibilidad, cambio demográfico, globalización e intervencionismo público o hiperregulación, respecto de los que bastarán unas breves líneas para identificar *grosso modo* su trascendencia para los cambios que necesita nuestro actual marco regulatorio.

- Digitalización: Como consecuencia especialmente de la pandemia, pero reforzando la tendencia preexistente, asistimos tanto a una evolución exponencial de la implantación en la empresa y en la organización del trabajo de las denominadas tecnologías disruptivas —con los sistemas de inteligencia artificial liderando aquella evolución respecto a la robótica o el internet de las cosas (IoT)— como a su impacto creciente en la gestión empresarial de las personas. Entre otras cosas, los cambios derivados de la digitalización pueden justificar, desde el punto de vista empresarial, tanto modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como extinciones de contratos por causas

objetivas. Y, sin embargo, lo cierto es que normas como el Estatuto de los Trabajadores permanecen, en gran medida, ajenas a estos desarrollos tecnológicos y digitales —apenas cabe identificar cuatro referencias específicas, provocando una disfuncionalidad regulatoria cada vez más evidente—. Más aún, el denominado «ámbito digital» emerge en normas muy recientes que, sin ser laborales, tienen una evidente incidencia en las relaciones de trabajo, al regular contenidos específicos de ellas, con los graves peligros que señalaremos de descoordinación y dispersión normativa. Como se verá con más detalle más adelante, el impacto de este factor en la relación de trabajo, además de desenvolverse en condiciones y aspectos contractuales y organizativos concretos, identifica, sobre todo, un elemento transversal y holístico, que obliga a reformular, en clave tecnológica, el modelo de relaciones laborales en su conjunto y de manera ineludiblemente integrada.

- Sostenibilidad (*green transition*): Es indudable que en los últimos años la sostenibilidad —con referencia patológica en el cambio climático— se ha convertido en una prioridad social, económica y empresarial. Y, sin embargo, la norma laboral aparece totalmente ajena a esta problemática, cuando debería mostrar hacia ella una especial sensibilidad e incentivar a su través la redefinición de instituciones laborales básicas². Así, por poner un ejemplo, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo deberían poder encontrar en una causa medioambiental una justificación expresa y suficiente para promover condiciones de trabajo más adecuadas a las exigencias de sostenibilidad, de igual forma que conductas graves de los trabajadores atentatorias a dicha sostenibilidad deben figurar expresamente como causa de sanción o despido disciplinario por la vulneración del deber de desenvolverse en el trabajo de manera acorde con aquellas necesidades, por no hablar de las obligaciones de las empresas de ajustar su producción a los cánones que la transición verde impone y que, probablemente, deban situarse extramuros de la normativa genuinamente laboral³. La creciente

2. En este sentido avanza ya la reciente Directiva (UE) 2024/1760, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida en las empresas en materia de sostenibilidad.

3. Dando lugar, por ello, a situaciones de elevada complejidad, en las que si bien, como sucede con los planteamientos de movilidad sostenible, el compromiso empresarial debe estar presente, no tiene sentido hacer de la empresa la responsable principal para la consecución de los objetivos sociales perseguidos, que superan, a veces, con mucho, las posibilidades y capacidades de las empresas, en particular, de las PYME.

imposición de normas nacionales e internacionales al respecto debe merecer un planteamiento parcialmente distinto al usualmente considerado de los deberes y responsabilidades empresariales, porque estos objetivos responden, fundamentalmente, a intereses públicos que pueden ser ajenos a la estrategia empresarial, de modo que su defensa y la colaboración por parte de las empresas en su consecución debiera contar con incentivos o compensaciones sociales o públicas acordes con la importancia de las obligaciones impuestas. Argumento extensible, como también se verá, a otros ámbitos de deberes como los relativos a diversidad e inclusión, por no aludir a otros más consolidados, pero igualmente analizables en estos términos, como los que afectan a igualdad o conciliación de vida familiar y laboral.

- Cambio demográfico (diversidad): El mercado laboral está experimentando cambios muy significativos que se reflejan en la composición de las plantillas, con importantes impactos en la gestión de las personas. La plena integración de la mujer en el mercado de trabajo incluyendo su progresiva presencia en cargos directivos; la convivencia en la empresa de colectivos muy diversos según edad —hasta cinco generaciones, se indica—, o procedencia; la presencia de grupos diferenciados, fruto de sucesivas olas migratorias, a su vez, de orígenes geográficos muy distintos, la diferenciación no ya cultural, sino social o religiosa que estas procedencias implican, las distintas expresiones desde la perspectiva familiar o de orientación sexual... todo ello, en fin, abona la necesidad de una flexibilidad regulatoria creciente que facilite la requerida diversificación. Precisamente lo contrario de lo que se establece mediante normas con contenidos prevalentemente de derecho necesario que prevén un tratamiento uniforme y que persiguen, o tienen como consecuencia, una inconveniente homogeneización. Es imprescindible que, ante alteraciones tan significativas, se permita la gestión de personas tan diversas con la suficiente adaptabilidad regulatoria en ámbitos tales como, por ejemplo, el tiempo de trabajo. Las regulaciones uniformes y homogéneas chocan cada vez más, también, con esta diversidad de situaciones personales y profesionales provocada por los cambios demográficos. Cambios que igualmente afectan a las percepciones de los trabajadores y a sus aspiraciones, modificando, por ejemplo, una presunta visión única de lo que se considera un «empleo de calidad». Y que resitúan el trabajo autónomo, que no debe ser tratado, como habitualmente se hace, a modo de mera vía de escape de la normativa laboral; la tendencia a la laboralización de todas las prestaciones de servicios choca con las nuevas realidades sociales y, en ocasiones, con las propias aspiraciones

de quienes las prestan, por lo que el tratamiento del trabajo autónomo y del subordinado no debe seguir los esquemas simplistas del pasado, so riesgo de que el efecto huida de esos esquemas laborales acabe por provocar una autoexclusión masiva y *de facto* difícil de corregir luego por la normativa.

- Globalización: Aunque el fenómeno lleva largo tiempo instalado entre nosotros, uno de los debates más intensos en la actualidad al respecto de su influencia en la legislación laboral se refiere al impacto que la pandemia ha tenido en la globalización antes reconocible, no faltando quienes consideran que asistimos a una etapa de repliegue de dicho fenómeno en favor de una nueva «localización», esto es, producir lo más cerca posible del consumidor. No obstante, lo cierto es que parecen más atendibles aquellas opiniones que mantienen que, lejos del fin de la globalización, a lo que asistimos es a una globalización diferente, con nuevos elementos de racionalización e innovación en sus manifestaciones. Ello es aplicable a temas tales como la exigencia de cadenas internacionales y nacionales de suministros más cortas y en las que la empresa principal adopta un mayor control respecto a sus condiciones de trabajo, o a una movilidad internacional de la plantilla más estricta en la que el trabajo a distancia tenga un mayor peso, e incluso en externalizaciones transnacionales en las que ese trabajo en remoto cobre protagonismo. La norma internacional, pero sobre todo la estatal —e incluso la negociación colectiva—, se caracterizan por ignorar aún estos cambios que, evidentemente, han de provocar una innovación regulatoria favorecedora de su desenvolvimiento (la Ley 28/2022, en relación con las empresas emergentes, da un primer paso en la previsión de determinados aspectos del teletrabajo internacional, y en esa línea se sitúa también la Directiva 2024/1760, a la que nos hemos referido), al tiempo que acorde con las mínimas garantías derivadas de la responsabilidad social empresarial, sin olvidar tampoco la necesaria flexibilidad marcada por circunstancias muy distintas según empresas.
- Hiperregulación y «neointervencionismo» público: Una de las consecuencias más evidentes de la crisis pandémica —favorecida, a su vez, por eventos posteriores como la crisis energética, la inflación o las perspectivas de recesión provocadas por la invasión de Ucrania— ha sido el desencadenamiento de una regulación intensiva en una generalidad de ámbitos, pero con especial acento en el laboral. Y hay que subrayar no solo las consecuencias negativas que para el espacio vital de la negociación colectiva, y para los poderes empresariales de ordenación de la actividad productiva, está implicando esta sobrerregulación (además, en gran medida, de derecho necesario

y no dispositivo), sino que esas consecuencias se ven agravadas porque van unidas a una presencia pública mucho mayor, con un intervencionismo acrecentado de las Administraciones públicas en funciones no tanto de incentivación, promoción o acompañamiento, sino de control y sanción. Es posible que algunas de estas expresiones de regulación intensa, o de flagrante intervencionismo, fueran requeridas por las circunstancias extraordinarias derivadas de una pandemia tan generalizada y duradera como la que vivimos, pero ello no justifica su «normalización» posterior, en perjuicio de la autonomía colectiva o de la libertad contractual en las relaciones laborales. Y no debe distraernos el hecho de que en esa intervención reguladora se contemplen remisiones a la negociación colectiva: la hiperregulación es compatible con la presencia de remisiones o llamadas legales, más o menos recurrentes, a la negociación colectiva.

Al analizar lo relativo a la autonomía colectiva, pondremos el acento en las nuevas relaciones que deben establecerse entre ella y la ley. En todo caso, cabe anticipar que la normativa legal debería de partir del principio de máxima libertad contractual: todo lo no expresamente prohibido debe considerarse permitido al convenio colectivo, en vez de interpretar, como tantas veces ha hecho la normativa laboral, que solo lo expresamente permitido puede abordarse en convenio, quedando prohibido todo lo demás.

Por otra parte, la regulación legal y la intervención administrativa deberían priorizar las labores de promoción y de apoyo y asesoramiento, frente a las facetas de control y de sanción que, siendo imprescindibles, no deben ser el único ni el principal aspecto de la intervención pública en las relaciones laborales. En especial, cuando la complejidad técnica de muchas nuevas regulaciones y la aluvional producción normativa genera significativos espacios de inseguridad jurídica, o de dificultad aplicativa, demostrativos, más que de contumaz incumplimiento empresarial, de razonables dudas interpretativas no exclusivas de las empresas sino compartidas por los propios iuslaboralistas u otros operadores que denuncian, a menudo, la deficiente técnica legislativa.

5. LA NECESIDAD DE UNA VERDADERA MODERNIZACIÓN DEL MARCO LABORAL, MÁS ALLÁ DE LAS REFORMAS DE ASPECTOS CONCRETOS DEL MISMO

Precisamente por la trascendencia para el marco regulatorio laboral que implican tales factores de cambio, este Informe se sitúa en esa perspectiva de la

necesidad de afrontar una verdadera reforma de dicho marco laboral, que vaya más allá de las reformas de aspectos concretos del mismo en favor de una aproximación más sistemática e integral. No se trata ahora de entrar a analizar la más reciente reforma normativa de 2021, ni las precedentes. El propósito es mirar hacia el futuro y tratar de adivinar qué respuestas habrán de articularse a los problemas que surjan en las relaciones de trabajo en un contexto marcado por esos grandes cambios estructurales de carácter socioeconómico, demográfico y geopolítico, por la prioridad dada a los criterios de sostenibilidad, por las grandes transformaciones de los mercados internacionales y de la competencia dentro de ellos, así como por el desarrollo exponencial de las nuevas tecnologías, que cada vez se aplican con más rapidez e intensidad en los procesos productivos y son determinantes de cambios sociales y organizacionales igualmente relevantes.

Sobre esa base se van a desarrollar las consideraciones que apoyan la formulación de las propuestas contenidas en este Informe. Partimos para ello de algunas convicciones:

- Una regulación uniforme y homogénea de las relaciones laborales chocará cada vez más con un mundo laboral crecientemente complejo y diversificado, tanto del lado de las empresas como de los trabajadores. Y esta premisa afecta tanto a la ley como a la negociación colectiva.
- En este contexto, hemos de avanzar hacia unas relaciones laborales menos intervenidas y reguladas. En definitiva, más libres y más autónomamente gobernadas por los sujetos colectivos, pero también por los sujetos individuales en la consecución de sus legítimas expectativas personales, siempre que no entren en contradicción con las necesidades de protección de las situaciones de desigualdad contractual y, en consecuencia, debilidad negociadora.
- Hay que articular un mayor papel regulador de la negociación colectiva, con el consiguiente retroceso de la normativa legal y reglamentaria allí donde no sea garantía consustancial del reequilibrio de la posición desigual de las partes en la relación de trabajo. Y debe plasmarse en una nueva relación entre negociación colectiva y ley, recuperando para la primera su carácter netamente contractual, en absoluto incompatible con la eficacia general y fuerza vinculante que se reconoce a los convenios, toda vez que la atribución al convenio de ambas cualidades, a preservar en todo caso en tanto elemento central de nuestro sistema de relaciones laborales, no va indisolublemente vinculada a su naturaleza normativa. Dicha relación debe ser capaz de abrir, para los sujetos negociadores, espacios de decisión libres de condicionamientos normativos, legales y reglamentarios, para, precisamente,

potenciar la fuerza vinculante de los convenios colectivos garantizada por la Constitución, que recomienda su máxima protección y autonomía frente al cuestionamiento o condicionamiento de sus regulaciones.

- El papel de la autonomía individual también deberá normalizarse, para permitir dar respuesta a las situaciones crecientemente complejas y diversificadas en lo que afecta a la posición profesional y a los intereses de los trabajadores individualmente considerados.

Todo lo anterior debería afrontarse bajo la enseña de la flexibilidad y no de la rigidez. Si hasta ahora prácticamente toda la normativa laboral se concebía para dar respuesta a la tutela de los derechos e intereses de los trabajadores, topando con el respeto de los límites derivados de la organización de las actividades productivas y de la necesaria eficiencia de las empresas (para cuya garantía han de tener espacio decisiones amparadas en la libertad de empresa, constitucionalmente consagrada), es necesaria una nueva y más elevada visión en la que se promuevan respuestas normativas adecuadas igualmente a las necesidades organizativas y productivas de las empresas. Respuestas en cuya articulación, claro es, deberán salvaguardarse los derechos de los trabajadores. Pero la metodología no puede ser la continua y sistemática ampliación y consolidación de tales derechos, obviando o subordinando a ellos de forma mecánica y apriorística las exigencias productivas de las empresas, sino la atención directa a las respuestas normativas que tales exigencias requieren y que son presupuesto de que los derechos laborales se desenvuelvan y dispongan de un espacio estable para ejercerse. La premisa es considerar las exigencias empresariales para generar competitividad económica y empleo, y plantearlas de forma directa y sin ambages, sin perjuicio de la necesidad de atender al acervo de derechos laborales ya reconocidos, con una amplitud e intensidad inimaginables hace solo unas décadas y cuya vigencia y desarrollo no se pone en cuestión.

Por lo demás, en relación con dicho acervo, debe observarse, por una parte, que su proceso de expansión ha venido haciendo de las empresas centros de imputación universal de responsabilidades y obligaciones ajenas a lo laboral, muchas de ellas relacionadas con la vida familiar y privada de los trabajadores o con planteamientos y valores sociales que exceden de la esfera de decisión y control empresarial. Como se anticipó, las empresas pueden colaborar y resultar agentes muy eficaces en la protección de bienes de interés general concernidos en el entorno laboral, pero no parece adecuado desviar hacia ellas deberes que corresponden a los poderes públicos, en tanto garantes de bienes jurídicos de carácter general, no estrictamente laboral. Debe articularse, en este sentido, un espacio

hábil para la responsabilidad social y la sostenibilidad ambiental y de gobernanza (ESG), donde las compañías puedan diferenciarse en el terreno reputacional o encontrar valor añadido en esos otros contenidos no legalmente impuestos, sino fruto de su responsabilidad corporativa y resultado de su compromiso con la sostenibilidad social.

Y, por otra, esa expansión del acervo de derechos laborales viene haciéndose últimamente, y cada vez con mayor frecuencia, en normas «extravagantes» (en el sentido de situadas fuera del corpus normativo laboral), aprobadas al margen del diálogo social y referidas, en su contenido fundamental, a otras materias, pero con incorporación de regulaciones laborales de indudable relevancia. Se hace preciso respetar la unidad e integridad del ordenamiento laboral, así como garantizar, en la aprobación de normas laborales, el papel del diálogo social y de los órganos consultivos, permitiendo una visión de conjunto y un tratamiento sistemático, y no fragmentario, de las cuestiones abordadas. Esa práctica aumenta la inseguridad jurídica y la dificultad aplicativa de las regulaciones laborales, sin que existan razones de urgencia u oportunidad política que justifiquen esta técnica que termina produciendo un efecto centrífugo que desvirtúa la coherencia de la ordenación jurídico-laboral, afectando a sus intrínsecos equilibrios y principios ordenadores. Una serie de normas ya aprobadas, y otras proyectadas, contienen, en efecto, aun teniendo como objeto principal materias no laborales, regulaciones directa o indirectamente relevantes en el ámbito laboral. Ello sucede con la normativa de protección de personas que informen sobre infracciones normativas, libertad sexual, igualdad integral y no discriminación, igualdad real y efectiva de las personas transexuales, salud sexual, familias, movilidad sostenible, derechos humanos y operaciones transnacionales, con un largo etcétera⁴. Ello determina claros riesgos de descoordinación con la normativa propiamente laboral, o de descoordinación pura y simple, como demuestra de manera

4. En el sentido indicado, podemos referenciar las siguientes normas ya aprobadas, que contribuyen a la creación de un marco jurídico confuso y disperso, incidiendo en los defectos referidos en el texto:

- Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.
- Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el real Decreto 557/2011, de 20 de abril.
- Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
- Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes.

paradigmática la disposición adicional 15.^a de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que modifica el texto refundido de la Ley de Empleo aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre que, sin embargo, había

- Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas.
- Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2023.
- Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.
- Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.
- Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de hombres y mujeres (de transposición, en parte de su articulado, de la Directiva (UE) 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022).

A todo ello hay que añadir la normativa laboral recientemente aprobada (Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, que modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración; la Ley 15/2022, en relación con la Directiva 2000/78/UE, del Consejo, de 27 de diciembre de 2000, sobre la enfermedad o condición de salud como causa de discriminación; el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación temporal y mejora de la protección social de las personas artistas; el Real Decreto 99/2023, del SMIG; la Ley 3/2023, de Empleo; el RDL 5/2023, de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores, que introduce el permiso parental y el justificado por accidente o enfermedad; el RDL 2/2024 ya mencionado en materia de negociación colectiva que también incorpora alguna cuestión, controvertida en su cabal interpretación, sobre derechos conciliatorios) y la normativa en proyecto, tanto laboral (Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la Unión Europea; el proyecto de Ley de modificación del artículo 49.1, e) del ET, relativo a la extinción del contrato en los supuestos de incapacidad permanente; el llamado Estatuto del Becario; la Ley de Formación para el trabajo; la reforma de las pensiones), como ajena al estricto ámbito laboral pero con notable incidencia en él (Proyecto de Ley de movilidad sostenible; Anteproyecto de Ley de Familias, con transposición de la Directiva de conciliación y cuidados).

sido derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Descoordinación evidente también, por ejemplo, en materia sancionadora, donde la aplicación de la LISOS en el orden social, que es salvada, expresamente, por el artículo 76 de la Ley 4/2023 citada, no encuentra igual tratamiento en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, lo que termina identificando un doble orden sancionador potencialmente aplicable, todo ello fuente innegable de inseguridad jurídica. O, en fin, como ejemplifica la aprobación de la Ley de Paridad (LO 2/2024) que, desde su efectiva entrada en vigor, altera la especial garantía de nulidad del despido por causa de adaptación de jornada por motivos de conciliación que había introducido el anterior RDL 5/2023, explicado por sus responsables como un lamentable error fruto de haberse trabajado sobre una versión previa del art. 34.8 ET ya modificada por esa norma del 23. Resultados en los que abunda, como indicábamos, la elusión del diálogo social, en temas con tan acentuada incidencia en las relaciones de trabajo, lo que permite identificar, pues, una técnica legislativa manifiestamente mejorable que provoca una indeseable dispersión del ordenamiento laboral que afecta a las instituciones en que se basa.

Habrà de darse vida, así, a un nuevo modelo de relaciones laborales que salve la unidad del ordenamiento laboral y que se mantenga plenamente alineado con los principios democráticos y el modelo social que reconoce nuestra Constitución, pero también con el marco de la libertad de empresa, y que sea acorde con las actuales circunstancias económicas, tecnológicas y sociales.

6. LA NORMATIVA EUROPEA Y SU INFLUENCIA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

Como es sabido, la normativa europea de contenido social tuvo, inicialmente, un carácter meramente instrumental para el funcionamiento del mercado común. Las Directivas pioneras (despidos colectivos, transmisión de empresas, garantías laborales ante situaciones de insolvencia empresarial) se adoptaron, precisamente, por la consideración de que se trataba de materias que podían tener particular incidencia en el funcionamiento del mercado común. No podía entonces hablarse, propiamente, de un derecho social europeo, realmente solo reconocible con posterioridad, al hilo de nuevas previsiones introducidas en los Tratados y, sobre todo, en el derecho derivado y en la jurisprudencia desarrollada por el TJUE. Aun cuando las competencias en materia de legislación laboral siguen siendo de los Estados

miembros, las competencias comunitarias (por ejemplo, en materia de seguridad y salud en el trabajo) han sido interpretadas ampliatoriamente y el diálogo social en el ámbito europeo ha avanzado también en el intento de fijación de principios y estándares comunes. Ello ha permitido que el derecho derivado y la jurisprudencia del TJUE hayan ido conformando, primero, un embrión, y luego, un cuerpo consolidado de derecho social europeo que ejerce indudable influencia sobre los ordenamientos nacionales y que no puede ignorarse a la hora de plantear la reforma del mercado de trabajo español.

En efecto, el avance en la construcción de un modelo social europeo en los años ochenta y noventa del pasado siglo dotó a la Unión Europea de significativas competencias compartidas en materia laboral y social (artículo 153 TUE) y obtuvo resultados relevantes en la regulación común europea de las relaciones de trabajo, así como en la coordinación de los sistemas de seguridad social. El reforzamiento de la garantía de la libre circulación de trabajadores (con un papel muy relevante del TJUE), la protección, a veces con el impulso del diálogo social europeo, de determinados derechos de los trabajadores, como la salud laboral, la jornada máxima y el derecho a los descansos o a la conciliación familiar, la consolidación de la regla general del contrato de trabajo indefinido, la prohibición de cualquier discriminación laboral por razones personales, en especial por sexo, o por tipo de contrato, la implementación de fórmulas de participación de los representantes de los trabajadores en las empresas, a nivel nacional o supranacional, y la preexistente regulación común de los mecanismos de reestructuración empresarial, como las transmisiones de empresa y los despidos colectivos, determinó un auténtico Derecho Social Europeo con un elenco amplio de Directivas de relevante influencia en nuestra regulación laboral⁵. Hasta el punto de que no cabe entender ya nuestro Derecho del Trabajo sin ese acervo europeo y su interpretación por la jurisprudencia del TJUE, de enorme relevancia en algunas instituciones jurídicas laborales. Influencia también desplegada por el planteamiento europeo de *flexiseguridad* laboral, que combina flexibilidad en el trabajo con seguridad de los trabajadores, superando la protección del puesto de trabajo en la empresa

5. Entre otras, pueden citarse las Directivas 89/391 (salud laboral), 1999/70 (contratos temporales), 1997/81 (contratos a tiempo parcial), 2003/88 (tiempo de trabajo), 98/59 (despidos colectivos), 2001/23 (transmisión de empresas), 2006/54 (no discriminación por sexo), 2000/78 (no discriminación por razones personales), 2002/14 (participación de los trabajadores en la empresa), 94/45 y 2009/38 (comités europeos), 2001/86 (sociedad europea).

por la del empleo y la del propio trabajador, y que ha sido un factor modernizador decisivo que ha inspirado algunas de nuestras reformas de las dos últimas décadas.

En este mismo contexto, hay que subrayar, a su vez, la importancia del Pilar Social Europeo (2017), que pivota sobre tres vectores: la igualdad de oportunidades, las condiciones de trabajo dignas y justas y la protección social adecuada, que conectan con las líneas de acción normativa del Derecho Social Europeo inspiradoras de la vigente Agenda Social Europea 2019-2024 y el plan de acción de la Comisión, con la mirada puesta en 2030. Este nuevo impulso social europeo tiene ya algunos resultados en forma de iniciativas tan significativas como la Directiva 2019/1152, de información de condiciones esenciales de trabajo a los trabajadores, la Directiva 2019/1158, de permisos y trabajo flexible en conciliación familiar y la Directiva 2022/2041, de salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, y la Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de las medidas de transparencia retributiva. A ellas se suman, recientemente, la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la aún no publicada relativa a la regulación de las plataformas digitales. Junto a otras que están en tramitación, todas ellas conforman una ordenación que está llamada a producir cambios regulatorios en nuestro sistema laboral. De ahí que las propuestas de este Informe hayan de tener en cuenta necesariamente la normativa europea sucintamente referida.

Normativa, por cierto, que no hay que olvidar que abre, en muchas ocasiones, la posibilidad de que su recepción en el derecho interno se produzca a través de la negociación colectiva. Esta podría ser una vía muy interesante para la recepción del derecho comunitario por el derecho interno, evitando la intervención legislativa y garantizando la implicación de los agentes sociales en la asunción, en la práctica de las relaciones laborales, de los principios del derecho europeo. Y conecta, además, con los planteamientos que inspiran este Informe, enfatizando la «contención» legislativa y el reconocimiento de un papel ordenador fundamental de las relaciones de trabajo a la negociación colectiva. Ello debería, además, facilitar la revisión de la tradición del legislador español de aumentar sistemáticamente las garantías o los niveles de exigencia de la normativa europea, lo que es fuente de inseguridad jurídica y de dificultades añadidas para la competitividad de nuestras empresas, cuando no de flagrantes incoherencias y aun errores internos; de ellas da buena muestra el reciente RDL 2/2024, cuya Disposición Final duodécima y la regulación estatutaria concordante que modifica da por cerrada

la transposición de la Directiva de la que trae causa sin advertir que, con ello, incurre en contradicciones de no fácil resolución que arrancan de interpretaciones parciales y no integradas de la norma europea. Se hace referencia, como se adivinará, al carácter retribuido o no del permiso parental que incorpora a nuestro Estatuto de los Trabajadores el citado RDL 5/2023 de transposición de la directiva en materia conciliatoria y que, empleando la denominación europea, regula, sin embargo, un derecho no coincidente con el homónimo europeo, provocando problemas aplicativos. Ello es producto de transponer preceptos sin atender a la total regulación europea e interna, ya superadora en este aspecto la segunda de la normativa europea.

En todo caso, esta indudable influencia del derecho social europeo, unido a la creciente doctrina interpretativa del TJUE, constituyen ahora elementos intrínsecos a las reformas laborales y a la evolución del Derecho del Trabajo en nuestro país, así como a la acción aplicativa propia de nuestros tribunales internos. Se ha normalizado en las resoluciones de la jurisdicción social la referencia abundante a las normas europeas y a las propias sentencias del TJUE como fuente interpretativa ineludible de la legislación española, en claro contraste con etapas anteriores. Pero esa normalización va acompañada, en más ocasiones de las deseables, de interpretaciones «creativas» en ocasiones dudosamente conformes tanto con la normativa española como con la supranacional, resultado, a imagen de lo recién señalado en el caso del legislador, de una visión sectorializada de las reglas laborales que distorsiona su sentido integrado y sistémico.

Se viene asistiendo a un excesivo uso del control de convencionalidad que, en virtud de la supremacía del derecho internacional y europeo sobre el español, desplaza, de forma inmediata, la aplicación de normas laborales internas interpretadas como opuestas. No se duda del valor de esta técnica para garantizar el cumplimiento de las normas internacionales y, en particular europeas, autoaplicables, pero tampoco puede objetarse que la misma ha servido, en nuestro contexto, para que los particulares invoquen normas europeas o internacionales que los tribunales estiman para eludir la aplicación de las internas presuntamente más desfavorables. Ello no solo introduce serios riesgos de inseguridad jurídica, sino que quiebra la capacidad del poder legislativo para modificar elementos normativos precedentes, alterando nuestro sistema de fuentes y división de poderes. Y es que, en un entorno de reformas laborales constantes, los jueces del orden social se han acogido a este instrumento para eludir presuntos recortes o modificaciones legislativas y revertir esas nuevas reglas, lo que supone un uso desdibujado y extensivo del control de convencionalidad, con el solo fin de desplazar la

aplicación de normas internas y sustituirla por soluciones que ni siquiera la norma internacional aplicada contiene. De nuevo, claro ejemplo de ello es el reciente debate sobre la indemnización por despido improcedente previsto en nuestro sistema, que algunos tribunales han interpretado como inadecuada a la Carta Social Europea, proponiendo indemnizaciones adicionales para acomodarse a la presunta exigencia de una disposición europea cuyo carácter genérico y abierto no admite ese desenlace.

Más oportuno parecería, cuando se duda de la adecuación de nuestra normativa interna a la normativa europea, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Pero, sobre todo, el control de convencionalidad debe atenerse a un criterio interpretativo sistemático e integral, no meramente individualizado o casuístico. El desplazamiento de un elemento singular de la normativa interna, además del análisis del ordenamiento laboral en su conjunto y en su completo juego de pesos y contrapesos, extrae de la norma internacional consecuencias no claramente dispuestas en la misma, porque, con frecuencia, la norma internacional no es autoejecutable. La naturaleza más propia de las Directivas, por aludir al ejemplo que nos es más frecuente, es su necesidad de adecuación al derecho interno de los Estados miembros, de ahí que deban ser transpuestas a los mismos mediante normas específicas y que no suelen contener mandatos fácilmente autoaplicables sin esa transposición. Otra conclusión seguramente traduce una lectura unilateral, parcial y sesgada, cuando no interesada, de un solo precepto que rompe la integridad y coherencia interna de un ordenamiento y aplica soluciones que no corresponden al órgano judicial.

CAPÍTULO 1.

La autonomía colectiva: su papel en la regulación de las nuevas relaciones laborales y en la solución autónoma de conflictos

1. El papel de la autonomía colectiva en la regulación de las nuevas relaciones laborales
2. La solución autónoma de conflictos laborales

1. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS RELACIONES LABORALES

Como ya hemos indicado, la reforma de las relaciones laborales, más allá de los cambios normativos concretos que puedan plantearse en su contenido regulador, exige, sobre todo, identificar el nuevo papel de la negociación colectiva. La clave de la modernización de nuestro sistema de relaciones laborales radica, muy probablemente, en el cambio sustancial del modelo de negociación colectiva que hemos venido conociendo, claramente tributario de concepciones muy arraigadas en la etapa preconstitucional de las que el Estatuto de los Trabajadores no supo o no pudo distanciarse. En términos generales, como se señaló, la reforma de la negociación colectiva para adaptarla al nuevo entorno económico y productivo que marcará, cada vez con más intensidad, el futuro de las relaciones laborales exige incrementar el papel regulador del convenio colectivo, con el consiguiente retroceso, en los términos anticipados, de la normativa legal y reglamentaria. Y exige también una nueva relación entre convenio colectivo y ley, generando espacios de decisión para los sujetos negociadores libres de injustificados condicionamientos

normativos heterónomos. La rebaja de exigencias legales, que permitirá el desarrollo de esos nuevos espacios de negociación, habrá de ser resultado, en ocasiones, de la ausencia de regulación («abstención legislativa») y, en otras, del carácter meramente dispositivo de sus disposiciones, que es el que, en general, debería prevalecer.

El cambio del modelo de negociación colectiva habrá de pasar por la revisión a fondo del título III del Estatuto de los Trabajadores, que requiere una reelaboración sustancial, porque no son suficientes ni adecuadas reformas de aspectos concretos de su regulación, que no modifican el paradigma preexistente y que, como se ha demostrado, desaprovechan las potencialidades de la autonomía colectiva. Es necesario un replanteamiento global de la negociación colectiva hasta convertirla en la pieza central de unas relaciones laborales equilibradas y eficientes. Por eso no vamos a entrar en propuestas de reformas concretas de la normativa reguladora de la negociación colectiva. En el nuevo modelo que al respecto se propone habrá que abordar, lógicamente, todas las cuestiones que completen y detallen el régimen jurídico de la negociación y de los convenios colectivos. Pero lo importante ahora es sentar las bases para la reformulación global de la negociación colectiva y de su papel en la ordenación de las relaciones laborales que se propone. Lo cual no impide que en el desarrollo de este Informe se aborden aspectos concretos de la negociación colectiva, al hilo de los temas que se vayan analizando, así como que se insista en su trascendental papel en las propuestas de reforma que irán planteándose en cada caso. De ahí que muchas consideraciones sobre las diversas instituciones jurídico-laborales que luego se abordan contengan recomendaciones concretas relativas a la autonomía colectiva.

A la hora de proceder a ese replanteamiento, cuya concreción en un nuevo texto normativo requerirá de un amplio proceso de debate tanto entre los estudiosos y demás operadores de las relaciones laborales como en el ámbito del diálogo social, hemos de tener en cuenta las claves fundamentales que han de identificar el nuevo modelo de negociación colectiva, que pueden resumirse en las siguientes:

1. Ante todo, ha de reconocerse una negociación colectiva más libre, menos condicionada por la regulación legal y por la intervención administrativa que, pese a lo comúnmente considerado, no implican *per se* una mayor seguridad de la relación laboral ni unas condiciones más garantistas, pudiendo, en cambio, llegar a comprometer la viabilidad del empleo. La ordenación legal y, sobre todo, reglamentaria, han de reducirse significativamente y la que permanezca ha de ser, por regla general, de carácter dispositivo. Salvo en algunos pocos supuestos, y garantizado el equilibrio

de la posición de las partes en la relación de trabajo, la negociación colectiva ha de estar facultada para establecer una regulación de las relaciones laborales no condicionada por el dato legal, bien por su ausencia o bien por su carácter dispositivo. Las normativas, legal y reglamentaria, deben, por ello, estar concebidas para su sola aplicación en los supuestos de vacíos de negociación, ya sea porque la negociación colectiva no se pronuncia sobre las correspondientes cuestiones, ya porque no sea capaz de llegar a determinados ámbitos del tejido productivo (particularmente, pequeñas y medianas empresas). Lo que tampoco impide afirmar que la norma estatal haya de seguir fijando mínimos en aquellos aspectos de la relación de trabajo que no pueden quedar al albur de la negociación colectiva por comprometer elementos esenciales de la relación de trabajo susceptibles de alterar de modo sustancial el equilibrio contractual.

2. Debe mantenerse la actual libertad de los sujetos colectivos de identificación de unidades de negociación (artículo 83.1 ET), sin pretender, como a veces se plantea, una rígida predeterminación legal de tales unidades. Al contrario, debe reforzarse el margen de los negociadores para su libre delimitación, abriendo la vía a la aparición de nuevos ámbitos de negociación cuya conveniencia sea apreciada por tales sujetos y dé satisfacción de sus intereses a ambas partes. El principio al respecto debe ser el de la libertad negociadora en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación de cada convenio, sin más límite que la exigencia de que los sujetos negociadores ostenten representación en dicho ámbito, a lo que seguidamente nos referimos.
3. En la normativa vigente no existe jerarquía entre convenios colectivos no concurrentes (artículo 84.1 ET), si bien con los matices que puedan derivar de una ordenación de la estructura de la negociación colectiva acordada al amparo de lo previsto en el artículo 83.2 ET (al que se remite el 84.1 de la misma norma). Rige, pues, el principio tradicional de respeto a la prioridad temporal, que determina la aplicación del convenio previo en el tiempo. Para los convenios concurrentes, se excepciona la imposibilidad de afectación de un convenio por otro, en los términos del artículo 84.2 ET, lo que permite a los de empresa afectar, durante su vigencia, a los convenios sectoriales en las materias expresamente indicadas. Esta situación normativa debe mantenerse, si bien dadas las características de nuestro tejido productivo con abrumadora presencia de pequeñas empresas, los convenios sectoriales han de desempeñar un papel muy relevante. En particular, tales convenios deben tener confiada la determinación del marco regulador general

del sector y la ordenación en él de las reglas de competencia. En ese marco, que debe contener las reglas generales de ordenación de las relaciones laborales a respetar en el sector (contratación laboral, ordenación del tiempo de trabajo, retribución, régimen disciplinario, extinción del contrato) y garantizando su respeto, los convenios de empresa deben tener también reconocido un ámbito de desarrollo específico, sobre todo en cuestiones relativas a la libertad de empresa y a las facultades de ella derivadas, que son más propias de la unidad empresarial, en lo que se refiere tanto a las opciones productivas como a la organización del trabajo. El convenio de ámbito empresarial está más cercano a la especificidad de la empresa, a sus necesidades y a la atención de las condiciones más peculiares o propias de ella. Al respecto, merece particular crítica la regulación contenida en el RDL 2/2024, de 21 de mayo, que modifica el artículo 84, en sus apartados 3 y 4. del ET. Aparte de la negación del diálogo social que se ha producido en su fase de elaboración, subordinando la regulación de relevantes materias laborales a exigencias políticas coyunturales, así como la injustificada instrumentación de la reforma a través de la fórmula de decreto ley, lo cierto es que tal regulación ha generado una elevada incertidumbre interpretativa. En todo caso, sin entrar en la exégesis de la nueva normativa, hay que tener en cuenta que la reforma no afecta al principio de prioridad temporal de los convenios (artículo 84.1 ET) ni a las previsiones del artículo 84.2 ET (posibilidad de que convenios de empresa concurrentes con uno sectorial modifiquen algunas de sus regulaciones). Tampoco los convenios de empresa están afectados por la reforma que, sin embargo, resta valor a los convenios sectoriales nacionales y prima los convenios provinciales que gocen de «cobertura autonómica». Con todo, no puede dejar de advertirse que esta reforma legal, ajena a los agentes sociales, ausentes incluso de consultas al respecto, viene a producir un efecto colateral dudoso: la eventual modificación del mapa negocial español, que prácticamente carece de tradición negociadora a nivel de comunidad autónoma. Sí de nivel provincial, aunque, en tal caso, tampoco puede obviarse que esta última unidad ha sido frecuentemente cuestionada por su petrificación y por la nada desdeñable complejidad que representa, para las empresas carentes de convenio propio y ubicadas en diferentes provincias, la aplicación de disciplinas convencionales diversas.

4. Los convenios concluidos por sujetos con suficiente representatividad deben tener garantizada su eficacia general en el ámbito en el que se hayan negociado y deben tener reconocida la fuerza vinculante que proclama el

artículo 37 de la Constitución. Fuerza vinculante que se concreta, como se ha afirmado tradicionalmente, en la aplicación de las previsiones convencionales a todos los contratos individuales de trabajo celebrados en su ámbito de aplicación, sin necesidad de adhesión ni de recepción expresa de ningún tipo. Y que «protege» el contenido colectivamente negociado frente a intentos de «reversión» a través de la fijación de regulaciones contrarias en el conjunto de los contratos individuales (sin perjuicio del mayor papel que cabe reconocer a la autonomía individual, en los términos que más adelante se proponen). Pero también fuerza vinculante en el sentido de que lo negociado debe vincular a los sujetos que lo han pactado y a posibles terceros discrepantes con el resultado de la negociación, lo que exige revisar lo relativo a la impugnación del convenio colectivo, como también luego se indica.

5. Debe fijarse con claridad la naturaleza contractual de los convenios colectivos. La esencia del convenio colectivo es contractual, sin perjuicio de que su carácter colectivo y el reconocimiento constitucional determinen una serie de especialidades en su régimen jurídico, particularmente su fuerza vinculante a la que, seguidamente, nos referiremos, y, si esa es la opción legislativa, su eficacia general o *erga omnes*. La atribución de eficacia normativa ni está consagrada en el ordenamiento vigente, ni viene exigida por las opciones constitucionales ni legales. Es una construcción doctrinal y jurisprudencial producto de la inercia interpretativa que da continuidad, a pesar de la ruptura constitucional, a planteamientos propios de regímenes corporativos en los que las organizaciones sindicales y empresariales formaban parte de la estructura del Estado, teniendo su producto negocial una naturaleza jurídico-pública. Tras la Constitución, los convenios son, y solo pueden ser, contratos, suscritos por asociaciones privadas, si bien su régimen jurídico, al ser contratos colectivos, conoce particularidades respecto del régimen general de los contratos, conforme se deriva de la ordenación contenida en el Título III ET. La Constitución proclama la fuerza vinculante de los convenios, y esa fuerza vinculante puede, y debe, ser garantizada por la regulación legal sin necesidad de atribuir naturaleza normativa a los convenios. Y el ET, en su artículo 3, confunde y mezcla fuentes del derecho y fuentes de las obligaciones incluyendo, entre estas, tanto a los convenios colectivos como a los contratos individuales de trabajo. La referencia a los convenios colectivos en el citado artículo 3, por tanto, no significa más que identificar que son fuentes de los «derechos y obligaciones concernientes

a la relación laboral», como expresa el precepto, y no que tengan naturaleza normativa, como no la tienen los contratos individuales de trabajo, también mencionados a continuación en la misma norma.

La fuerza vinculante de los convenios y su eficacia general, que han de salvaguardarse, no exigen, pues, la atribución de carácter normativo. Los convenios han de ser fuente de obligaciones, no fuente del derecho. Son únicamente contratos, de carácter colectivo (y por eso tienen atribuida eficacia general y gozan de fuerza vinculante), pero no normas jurídicas, sin que ello suponga merma alguna de su capacidad reguladora y eficacia real ni, en fin, reste un ápice a su poder de imponerse a los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación. Como todos los contratos, son «ley entre las partes», y las facultades negociadoras, y ordenadoras de las relaciones de trabajo, de estas partes no se verán disminuidas, sino, al contrario, potenciadas, por su naturaleza contractual. Naturaleza que comporta consecuencias muy relevantes para su régimen jurídico, que habrá de desarrollarse sobre la base de su cualidad de contrato (si bien colectivo, con su oportuno reflejo y consiguientes particularidades, como hemos indicado, de su régimen jurídico contractual). Ello se plasma en las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, deben desaparecer las rígidas relaciones jerárquicas entre convenio colectivo y ley. El convenio es un contrato, no una norma jurídica integrada en la jerarquía normativa; y su sometimiento a la ley no deberá impedir la fijación de regulaciones distintas a las contenidas en ella, sin perjuicio de la garantía de normas imperativas o mínimos legales fijados en atención al desequilibrio estructural de la relación laboral y de la normativa que asegura un entorno de leal competencia empresarial. No se deberá ya interpretar el convenio como una norma rígidamente sujeta a las disposiciones de la ley y de los reglamentos, sin margen para establecer una regulación diferenciada de la contenida en ellos. Al contrario, deben tener reconocido un amplio espacio de regulación, facilitado tanto por el repliegue de la regulación legal y reglamentaria como por el carácter, por regla general dispositivo, que deben tener las regulaciones heterónomas.
- En segundo lugar, el convenio habrá de ser interpretado y aplicado como contrato, no como ley. Para la interpretación de su contenido, no de las normas legales que fijan su régimen jurídico, los jueces deberán recurrir, pues, a las reglas de interpretación de los contratos del código civil, artículos 1281 y siguientes, con particular atención a la intención

de los contratantes. En coherencia, esto debe potenciar el recurso a los medios autónomos de solución de conflictos, a los que nos referiremos. Y es que, en muchas ocasiones, el conflicto de interpretación de lo pactado encubre en realidad un conflicto de intereses más que un verdadero conflicto jurídico, lo que incide en ese mayor protagonismo que debe darse a los instrumentos de solución autónoma, a través de los cuales resulta más fácil salvaguardar el equilibrio del resultado del proceso de negociación, que siempre debe procurar mantenerse.

- Además, al dejar de ser norma jurídica, equiparable a la ley, el juego del principio de igualdad de trato habrá de ser matizado, permitiendo un mayor espacio para tratamientos diferenciados, sin los condicionamientos de la rígida doctrina judicial en relación con las dobles escalas salariales, por ejemplo.
- La vigencia del convenio, como la de todo contrato, será la que las partes expresamente establezcan y la eventual aplicación de las previsiones del convenio, una vez finalizada su vigencia, se habrá de sujetar a lo que en el propio convenio o en el ámbito de su administración se pacte. La ley no deberá establecer «vigencia o aplicación ultra activa» de ningún tipo, cuya previsión solo debe corresponder al propio convenio. La aplicación del convenio con posterioridad a su pérdida de vigencia, de manera temporal o indefinida, que ha sido tradicional en nuestro ordenamiento, debe dejarse, pues, a los propios negociadores, con el alcance y en los términos que ellos establezcan. La pérdida de vigencia del convenio colectivo sin que exista pacto alguno para su aplicación posterior determinará la aplicabilidad de cualquier otro convenio en el que la unidad del vencido quede integrada. Y la terminación de la vigencia, y aplicabilidad, de un convenio colectivo sin que exista ningún otro que pueda «cubrir» la unidad correspondiente determinará la aplicación de la normativa legal general y de las condiciones de trabajo pactadas individualmente o incorporadas al contrato individual de trabajo.
- La fuerza vinculante del convenio, que consagra el artículo 37 CE, ya referida, debe predicarse no solo en relación con los contratos individuales de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación, sino también en relación con los propios sujetos negociadores, que deben quedar vinculados por lo que han pactado. Por ello, deberá excluirse cualquier posibilidad de impugnación del convenio por parte de quienes lo han negociado y suscrito, ya se produzca o pretenda dicha impugnación de

manera directa o indirecta (mediante la adhesión, en este caso, a la impugnación de un tercero). El deber de buena fe que ha de inspirar la negociación colectiva debe impedir este tipo de maniobras que provocan, en muchas ocasiones, que quienes han suscrito un convenio pretendan luego, por una u otra vía, alterar o ignorar lo pactado. Y, por otra parte, la impugnación de un convenio colectivo por terceros no firmantes del mismo debe también limitarse drásticamente: garantizada la representatividad de los firmantes, la impugnación debería acotarse a la causa de lesividad, sin cuestionar en ningún caso a través de ella la legalidad del convenio. En consonancia, la impugnación de oficio del convenio por parte de la autoridad laboral también debería suprimirse o quedar limitada a supuestos excepcionales.

- La regulación de las condiciones de trabajo en las empresas no incluidas en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo sectorial y sin convenio propio debe confiarse a la normativa legal en su función de cobertura de vacíos de negociación o a una posible extensión del convenio colectivo, que no tendría por qué ser de su totalidad. La adhesión a un convenio colectivo, actualmente regulada en el artículo 92.1 ET, debe facilitarse, sin exigir que tenga que ser a la totalidad del convenio sin posibilidad de excepcionar algunos de sus contenidos, sobre la base del acuerdo de las partes legitimadas para negociar un convenio propio que presupone la figura. Igualmente, la fórmula de la extensión deberá potenciarse, permitiendo que pueda extenderse la regulación fundamental de un convenio colectivo (retribución, contratación, tiempo de trabajo) sin que, necesariamente, la totalidad de sus previsiones hayan de ser aplicadas a la unidad a la que se extiende, que puede tener particularidades que hagan inconveniente la incondicionada aplicación de algunas de dichas previsiones. Como se observa, el propósito es que aquellas unidades sin convenio aplicable puedan disponer, vía adhesión o extensión, de idéntico grado de libertad negociadora al que tendrían de negociar su propio convenio. Obviamente, la figura de la extensión y el procedimiento para su aplicación deberán revisarse para que guarden coherencia con el nuevo modelo de negociación colectiva.
- Por último, el juego de la autonomía individual no puede ser tan limitado en las nuevas relaciones de trabajo como ha venido siendo usual, toda vez que tales relaciones están cada vez más marcadas por la diversidad de situaciones profesionales y personales de los trabajadores, que

merecen ser atendidas y gozar de un espacio de reconocimiento. Desde luego, lo anterior no es óbice para seguir negando que, a través de múltiples contratos individuales, pueda vaciarse de contenido la fuerza vinculante del convenio, pero esa inevitable garantía no debe impedir la acomodación individual de las concretas condiciones de trabajo en un campo de desarrollo mucho mayor. Además, las cláusulas convencionales deben tener más presente el juego de la autonomía individual y las remisiones a ella deben formularse de manera más clara.

6. Finalmente, en esta reordenación de la negociación colectiva debe prestarse una atención específica a los acuerdos colectivos de empresa. Hay que tener en cuenta la gran relevancia que en nuestras relaciones laborales han venido adquiriendo estos acuerdos, en su distinta tipología: subsidiarios en defecto de convenio colectivo (previstos legalmente o informales), modificativos de condiciones contractuales, de reorganización productiva y en supuestos de despidos colectivos, transmisión de empresa e inaplicación convencional. Debe clarificarse el juego y el régimen jurídico de los acuerdos colectivos de empresa, sentando la regla general de que todo aquello no regulado por el convenio colectivo puede serlo por un acuerdo de empresa, acuerdo que podrá también proceder a otras regulaciones siempre que no sean contrarias a las establecidas por el convenio colectivo de referencia.

Junto a todo ello, debe potenciarse el papel de la negociación colectiva, como ya hemos indicado, como fórmula de transposición de la normativa europea. Siempre que ello sea posible, la transposición a través de la negociación colectiva aportará, sin duda, racionalidad y legitimidad social al proceso y aumentará la seguridad jurídica.

PROPUESTA

Rehacer, sustancialmente, el título III del Estatuto de los Trabajadores, inaugurando una regulación legal de la negociación colectiva mucho más reducida y limitada en su alcance sobre la base de los principios enunciados en este capítulo, a fin de propiciar un mayor protagonismo de la autonomía colectiva en la ordenación de las relaciones de trabajo. Ello es coherente con la capacidad reguladora que la Constitución y la normativa internacional reconocen a la negociación colectiva y con el papel que, unánimemente, se reclama para ella como técnica más eficaz para la adaptación de las relaciones laborales a los cambios socioeconómicos y empresariales.

2. LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS LABORALES

El nuevo papel de la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales, en los términos referidos, exige, como se anticipaba, potenciar el juego de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales. Ello habrá de predicarse, en general, para la nueva ordenación de las relaciones laborales que se propone y en coherencia con el papel reservado en ella a la negociación colectiva. Pero también puede, y debe, tener reflejo ya en el análisis de los diversos aspectos de las relaciones laborales abordados en este Informe. Por eso, a lo largo del mismo, se harán consideraciones y se formularán propuestas relativas a los sistemas de solución autónoma de conflictos en relación con las concretas cuestiones abordadas.

Aparte de las consideraciones ya realizadas, la efectividad y adecuación de la jurisdicción social para la resolución de los conflictos colectivos e individuales es indiscutible, pero lo cierto es que existen claros signos de que el retraso con el que en los últimos años se resuelven definitivamente tales conflictos contrasta cada vez más con las necesidades de las partes, tanto empresarial como laboral, de obtención de una solución ágil. La espera de años en la resolución definitiva de la validez de una modificación sustancial o de un despido colectivo, por citar ejemplos claros, choca frontalmente con la aceleración de los cambios que se experimenta en la actual dinámica del mercado de trabajo y, desde luego, crea una acentuada disfuncionalidad cuando, además, la decisión judicial implica la nulidad de aquella modificación o despido.

Por su parte, especialmente en los conflictos colectivos de trabajo, el tema conecta igualmente, como ya hemos indicado, con la generalizada crítica sobre la frecuente incapacidad del órgano judicial, en fase de impugnación o resolución de conflictos de interpretación del convenio, para mantener el equilibrio del resultado de la negociación. El proceso judicial, una vez iniciado, permite poco espacio a la intervención de las partes en litigio. Sin obviar, al tiempo, que la intervención judicial se produce, cada vez con mayor intensidad, en conflictos que son, en realidad, económicos o de intereses, más que conflictos jurídicos, para los que dicha intervención resulta inadecuada e ineficiente.

Estas disfuncionalidades y su repercusión sobre las necesidades organizativas y productivas de las empresas, especialmente destacable en los casos de empresas digitalizadas, se manifiestan de manera progresivamente acentuada y deberían llevar a un nuevo impulso de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, en particular del arbitraje laboral, que ha tenido, hasta el momento, un

desarrollo muy limitado a pesar de contar, aun en ausencia de una normativa legal al respecto, con una regulación sumamente adecuada en los sucesivos acuerdos colectivos sobre solución de conflictos y, desde luego, en el último Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC).

Las medidas que se deben emprender al respecto son, principalmente, de dos tipos. Por un lado, el legislador ha de otorgar mayor seguridad jurídica al procedimiento arbitral y al valor y eficacia del laudo que lo resuelve, tanto en los conflictos colectivos como en las controversias individuales, en particular si derivadas de la aplicación de las previsiones convencionales o de determinadas disposiciones legales. Ha de tenerse en cuenta, al respecto, la hiperregulación en determinadas materias, así como la diversificación normativa –laboral y «paralaboral»– de los últimos años, que están dando lugar a una variedad y proliferación de conflictos con una naturaleza preferentemente de intereses más que netamente jurídica que recomienda una solución sin dilaciones y más adaptada que la judicial a las características del caso concreto y del conflicto subyacente. Respecto del valor del laudo arbitral en la solución de los conflictos laborales, solo por causas muy justificadas debiera poder impugnarse judicialmente el laudo, en concreto, por resolución *ultra vires*, por violaciones graves del procedimiento o por vulneración de derechos fundamentales o normas imperativas de orden público. Probablemente sea necesaria al efecto una Ley que regule, de conformidad con los principios inspiradores de la Ley de Arbitraje, el arbitraje laboral.

Por otro lado, la negociación colectiva, en el seno del ASAC, ha de favorecer la resolución final rápida y eficiente de los conflictos mediante una consideración más decidida del arbitraje, especialmente en los convenios colectivos de empresa, integrándolos en procedimientos internos en los que el tercero es coadyuvante en la solución definitiva de la conflictividad laboral específica y particular de cada organización. Tales procedimientos internos, en todo caso, deben ser potenciados, confiando a la gestión conjunta de la empresa y las representaciones laborales la resolución de conflictos que, con frecuencia, se insiste, son de intereses y no jurídicos, como se demuestra ya claramente en materia de conciliación familiar y laboral en los relativo a las solicitudes de adaptación de la jornada, y presumiblemente bien pronto también en materia de movilidad sostenible.

En todo caso, hay que seguir apostando por los sistemas autónomos de solución de conflictos laborales, que han ganado en credibilidad y confianza entre las partes, tanto a nivel regional como estatal, al hilo del incremento de su ámbito objetivo y subjetivo y la mejora de sus técnicas y procedimientos, fruto de la experiencia adquirida y permanente adaptación a las transformaciones laborales. Lo

cierto es que, por aludir al marco estatal, el modelo se ha constituido en un verdadero marco regulador integral, estable y autosuficiente, al tiempo que abierto y flexible. Y es que no constituye un universo cerrado e impermeable, sino fuertemente anclado en el más amplio modelo de negociación colectiva, del que es expresión ineludible.

En efecto, aquel sistema se configura como una expresión más, aunque realmente protagonista, del amplio papel reconocido a la negociación colectiva para la provisión de sistemas de solución autónoma de los conflictos en sus respectivos ámbitos, de modo que parte de un principio de respeto a la autonomía de cada unidad, reafirmando el compromiso por soluciones nacidas de las propias partes del conflicto. Pero, más importante, es una herramienta de impulso a la propia negociación colectiva fuera del estricto espacio del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA). El modelo conforma un sistema integrado que entiende la solución autónoma como un componente más de la autonomía colectiva, conectando sus dos facetas intrínsecas, la autocomposición y la autorregulación, sirviendo la primera también para fomentar la segunda.

En definitiva, los procedimientos autocompositivos consolidados se relacionan respetando la autonomía colectiva de las unidades de negociación, previendo sistemas alternativos al propio instrumento para la autocomposición de los conflictos que permiten hasta su eventual desplazamiento. Porque lo esencial es que los agentes sociales han comprendido que estos procedimientos, a todos los niveles, revitalizan algunos de los elementos más propios de la autonomía colectiva: su esencial papel de flexibilidad, adaptación y negociación dinámica y permanente, que estimula el desarrollo de los contenidos convencionales. Por ello, como hace el último ASAC, hay que seguir apostando por el incremento de materias sometidas preceptivamente a fórmulas de negociación y composición autónoma no solo de los conflictos ya actualizados, sino de forma preventiva a petición de ambas partes, anticipando la solución a un conflicto aún no expresado, en una suerte de pactos en frío capaz de alcanzar soluciones más equilibradas y eficaces y menos contaminadas por posiciones ya distantes cuando el conflicto ya se ha manifestado. Asimismo, en un escenario de órganos judiciales saturados, con grandes cargas de trabajo y respuestas judiciales inevitablemente lentas, parece más garantista de la tutela judicial efectiva un modelo de solución autónoma también de los conflictos individuales, como demuestra claramente las ya aludidas controversias en materia de derechos conciliatorios. La ventaja del uso de este sistema autónomo de abordar los conflictos ofrece adaptabilidad a las especiales circunstancias de cada caso, un análisis más amplio de las verdaderas necesidades, al tiempo que

la confidencialidad, informalidad y entorno en que se produce asegura un desarrollo más honesto y sincero de las posturas de las partes. En esa línea de coordinación y de configuración de un modelo integrado de solución autónoma y de promoción de este modelo, habría que avanzar, pues, por la consideración de los conflictos individuales en su radio de acción.

PROPUESTA

Proporcionar mayor seguridad jurídica en una Ley de arbitraje laboral al procedimiento arbitral en los conflictos laborales, contemplando, expresamente, su carácter preferente (o exclusivo en conflictos de intereses) en determinado tipo de controversias tanto colectivas como individuales, consagrando el valor del laudo arbitral y su carácter resolutorio final de tales controversias, con posibilidades muy limitadas de recurso ante la jurisdicción social.

Potenciar los procedimientos autónomos de resolución de controversias individuales, en los que cabría abordar, con la participación de la representación de los trabajadores, muchos conflictos actualmente judicializados que encubren, en realidad, conflictos de intereses y no jurídicos (como sucede, en muchas ocasiones, en las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral).

CAPÍTULO 2.

Necesidades empresariales en materia de contratación laboral

1. Contratación temporal e indefinida
2. El papel de la negociación colectiva en la ordenación de la contratación temporal y en las reglas de extinción de determinada contratación indefinida
3. Nuevas causas de temporalidad: el lanzamiento de nuevas actividades y el desarrollo de nuevas líneas de negocio
4. Encadenamiento de contratos
5. Contrato fijo discontinuo
6. Contratos formativos y prácticas no laborales
7. Periodo de prueba

1. CONTRATACIÓN TEMPORAL E INDEFINIDA

Resulta poco objetable que el equilibrio entre la necesaria flexibilidad de las empresas en materia laboral y la adecuada seguridad de los trabajadores pasa por el modelo de contratación laboral, garantizando un marco jurídico seguro y sencillo, no excesivamente reglamentado o de normativa enojosa y compleja, capaz de congeniar la adecuada atención a los requerimientos de empleo de las empresas con la máxima estabilidad en el trabajo. Históricamente, nuestro sistema ha recurrido en este ámbito a una regulación imprecisa en muchos puntos, pese a su exagerado carácter prolijo en bastantes ocasiones. Ello es fuente de inseguridad jurídica y de vacíos de cobertura de necesidades empresariales contrastadas, incapaz de vencer el frecuente recurso a la contratación temporal como un mecanismo de flexibilidad empresarial compensador de la ausencia de otros recursos modificativos y adaptativos a las circunstancias empresariales durante el desenvolvimiento de la relación laboral. Este efecto fue fomentado por la reforma

laboral de 1984, que concibió, expresamente, la contratación temporal como vía para la obtención de flexibilidad en las empresas y propició un uso regular de los contratos temporales alejado de las causas legalmente previstas, sin que los mecanismos penalizadores de la contratación temporal y los mayores costes de gestión que esta última representa hayan bastado para revertir esa tendencia. En especial en las PYME, el contrato temporal ofrece mayor certidumbre hasta convertirse en un casi inevitable recurso flexibilizador. Pero, en todo caso, el sistema es perverso y provoca una dualidad del mercado de trabajo que contamina el resto de las condiciones laborales.

La legislación debe ser capaz de atender a las necesidades de trabajo coyunturales o episódicas de las empresas con fórmulas contractuales que, sin perjuicio de su causalidad, respondan a las verdaderas exigencias y circunstancias que comúnmente afectan a aquellas. El propósito es crear empleo estable en términos cuantitativos (y cualitativos), y no tanto que la modalidad en que se desarrolle responda a una fórmula indefinida o temporal desvinculada de la verdadera necesidad que justifica la contratación. La última reforma laboral de 2021 ha reordenado, en términos razonables y asumibles por las empresas, el tema de las modalidades de contratación, tratando de potenciar la figura del contrato indefinido y reafirmando la causalidad de la contratación temporal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que más contrato indefinido no equivale, automáticamente, a mayor estabilidad o duración del contrato de trabajo ni a mayor duración del tiempo de trabajo contratado o prestado. Las empresas contratan cuando tienen necesidades, por medio de una u otra modalidad de contratación, y despiden, aun con mayores costes, cuando esas necesidades desaparecen.

Desde luego, la reforma de 2021 habrá de ser objeto de valoración cuando se cuente con la perspectiva temporal suficiente (aunque ya se requerirían algunos ajustes o aclaraciones en relación, por ejemplo, con la utilización, por centro de trabajo, de la «ventana» de 90 días para contratos temporales ocasionales, aunque previsibles y de duración reducida, ex artículo 15.2.4.º ET). Considerando que la exigencia de causalidad de los contratos temporales ofrece ahora un marco razonable para que las empresas atiendan sus necesidades de contratación, el seguimiento de los efectos de la reforma podría, en su caso, recomendar un cambio de modelo, sustituyendo la causalidad de la contratación temporal por el establecimiento de un límite porcentual máximo de contratos temporales en las empresas. Ello, además de disminuir la litigiosidad, racionalizaría la intervención administrativa en esta materia y dotaría de mayor seguridad jurídica a las prácticas empresariales de contratación. La experiencia demuestra que, donde se ha recurrido

a la fijación de esos límites porcentuales máximos (20% en Italia), la contratación temporal no alcanza el límite establecido, manteniéndose significativamente por debajo. Esta opción supondría un cambio de modelo, a implantar si la nueva regulación de la contratación temporal no produjera el resultado perseguido y, desde luego, tras su consideración en el diálogo social, mediante la sustitución de la exigencia de causa por la fijación de un límite porcentual de contratación temporal (legal y ampliable por convenio colectivo). Y es que las experiencias de derecho comparado desmienten que la supresión de la exigencia de causa y la fijación de un porcentaje máximo de temporalidad provoque su aumento.

El objetivo es que todas las necesidades empresariales de mano de obra puedan cubrirse de manera ágil, ordenada y con seguridad jurídica, para evitar posteriores costes de extinción no previstos inicialmente, pero inevitables porque la necesidad no subsiste. Este efecto termina desincentivando la contratación o, en el peor de los casos, conduciendo a recurrir a fórmulas irregulares o fraudulentas y a la economía sumergida, que están en la base de las crecientes dosis de precariedad y desigualdad de nuestro mercado de trabajo, afectando, muy particularmente, a los jóvenes.

Hay que generar un marco normativo que evite abusos derivados de la utilización de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, pero allí donde puedan reconocerse verdaderas necesidades temporales habría que articular elementos de excepción; ello no contraría la estabilidad en el empleo en actividades que, aun siendo normales en las empresas, no resultan permanentes sino estructuralmente temporales, esto es, de duración incierta pero indiscutiblemente limitadas en el tiempo. De ahí lo adecuado de una ordenación que reconociera un amplio margen de actuación a la autonomía colectiva, capaz de vertebrar sectorialmente la amplia heterogeneidad de las actividades empresariales y de atender más específicamente a sus necesidades de empleo, como se dirá enseguida.

Para incentivar la estabilidad en el empleo es indispensable favorecer la flexibilidad, no entendida como absoluta discrecionalidad sino como atención fundada a circunstancias empresariales, y basada en la confianza en una utilización razonable de la misma por parte de los empresarios (y de los representantes de los trabajadores, en su función de vigilancia y control). Los fraudes, excesos o irregularidades producidos en un sistema flexible no tienen por qué ser más abundantes que en uno rígido, como se ha demostrado, y siempre cabe contar con soluciones inspectoras y judiciales cuando haya indicios de lo contrario; en cambio, en un sistema excesivamente restrictivo de la temporalidad por considerarla, apriorísticamente, carente de causa y fuente de precariedad puede producirse un verdadero freno al crecimiento del empleo.

En ocasiones, la temporalidad o la duración incierta pero limitada es inseparable del propio objeto contractual y, en este sentido, ni puede merecer reproche jurídico, ni debe ser forzada a su conversión en una modalidad ordinaria de contrato indefinido, desvinculando su duración limitada de su causa misma, ni debe, en fin, ser considerada como un elemento patológico al que se apareja una menor calidad del empleo; al contrario, este elemento puede resultar ajustado a la intrínseca naturaleza de la actividad y ser plenamente coherente con ella. Por ello, desconectar el carácter indefinido del contrato de trabajo de la necesidad real de la prestación laboral también contradice la deseable causalidad de la contratación temporal, máxime cuando los efectos de esa hipotética desvinculación de la causa no tutelarían realmente la posición del trabajador.

Hay que superar el prejuicio de que contrato indefinido es igual a trabajo estable y de calidad en tanto el temporal equivale a trabajo inestable y precario. Pueden darse modalidades contractuales temporales que doten de mayor estabilidad en el empleo en ciertas actividades económicas singulares y sensibles a factores externos difícilmente controlables, lo que aleja esos ámbitos económicos de la temporalidad común hasta poder atribuírsele un marco de ordenación asimilable al de la contratación indefinida, sobre todo si se aseguran a los trabajadores carreras profesionales prolongadas y favorecedoras, pese a su duración determinada, de su mejor empleabilidad. Esto es, a veces, el contrato temporal puede asimilarse al indefinido, que también es de duración incierta por definición, con la única salvedad de que no se determina su término. Sobre esas premisas, la mayor estabilidad en el empleo no siempre es equiparable a fijeza o indefinición del contrato, porque la misma es indisociable del carácter permanente de su objeto o contenido prestacional que puede ser no permanente, sino provisional aun de duración incierta. En este sentido, es puramente voluntarista pretender que el contrato se prolongue más allá de la duración de su objeto. En definitiva, la mayor estabilidad no equivale a lo que comúnmente se denomina contrato indefinido, sino que parece más fácilmente asociable al posible mantenimiento del empleo en tanto subsiste el objeto del contrato.

PROPUESTA

Analizar, con la suficiente perspectiva temporal, los resultados de la aplicación de la nueva normativa de 2021 y plantear, en su caso, en función de dichos resultados, el tránsito a un sistema que permita la contratación temporal sin causa, si bien sujeta a una limitación porcentual de la plantilla con contrato temporal en cada empresa o centro de trabajo (y/o con limitación, también, de la duración máxima de los contratos), confiando a la negociación colectiva la concreción de estos aspectos.

Clarificar que la «ventana» de 90 días para la contratación temporal del artículo 15.2.4.º ET debe aplicarse por centro de trabajo.

2. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ORDENACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EN LAS REGLAS DE EXTINCIÓN DE DETERMINADA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

En un modelo de relaciones laborales que se proclama perseguidor de la flexibilidad y adaptación de las empresas y del empleo a los cambios, el convenio colectivo debe asumir mayor protagonismo en su gobernanza, favoreciendo la competitividad y la inserción laboral desde las particularidades de las diversas actividades económicas. Una regulación legal homogénea y uniforme es incapaz de atender a la diversidad de las necesidades productivas y, sobre todo, puede actuar como obstáculo a la creación de empleo con una pretendida protección indiferenciada del contrato de trabajo indefinido que se vuelva, si mal planteada, a modo de burocracia contra el propósito perseguido.

A imagen de lo regulado para el sector de la Construcción, que ha tenido la ventaja de los precedentes históricos y comparados al respecto, debiera reconocerse al convenio sectorial mayor capacidad de adaptación de la duración y causalidad de la contratación temporal, o de las reglas de extinción de la contratación indefinida, porque muchas actividades, comúnmente consideradas como indefinidas, dependen, en su propia existencia y volumen, de condicionantes y factores no previsible y ajenos al empresario, dependientes de la ejecución y renovación, o no,

de encomiendas de terceros, por ejemplo. Esto es predicable de todas aquellas actividades que dependen de encargos de clientes.

Habría que posibilitar que el convenio amparara una cierta flexibilización de la contratación de trabajadores en sectores singulares, suprimiendo la necesidad de formalizar diferentes contratos para cada uno de los distintos encargos de clientes, o mediante la formulación de un nuevo tipo de contrato, el contrato que podríamos denominar «fijo de producto» o «de encargo», aun cuando pudiera configurarse, en este caso, como de duración indefinida, estableciéndose, al igual que en el caso de la Construcción (contratos indefinidos adscritos a obra), una duración máxima y/o unas reglas específicas de extinción. Para ello, a fin de superar las eventuales objeciones a este modelo, sería adecuado que la negociación colectiva anudara a ese contrato fijo de producto, como sucede de nuevo en la Construcción, algunas ventajas relevantes respecto de los contratos temporales (formación, mejoras indemnizatorias por fin de contrato, etc.), para ser considerado como una fórmula que no pretende precarizar el empleo de los trabajadores de ese sector. En tal caso, la regulación convencional sectorial respondería, equilibradamente, a los intereses de ambas partes y sería capaz de prever cautelas adecuadas para evitar los abusos, obteniendo una homogeneización de las condiciones de trabajo en el sector de que se trate, eludiendo, igualmente, la competencia desleal y las prácticas fraudulentas, en una eficaz vertebración sectorial. Así, otras medidas convencionales de cautela y mejora de las condiciones de este tipo de contratación proporcionarían calidad en el empleo con mejores condiciones de trabajo que las que sería capaz de atribuir la regulación legal por extinción del contrato. Todo lo anterior presupone que no se estaría amparando por el convenio una práctica abusiva o precarizadora de las condiciones de trabajo, práctica que, precisamente, es la que procura eludir el legislador mediante las cautelas aplicables a la contratación temporal, sino un régimen acomodado al sector y beneficioso para quienes se emplean en él a través de la modalidad del contrato fijo de producto.

En todo caso, parece adecuado prever, como dijimos, un período temporal máximo, aplicando, en caso de superarse, el efecto legal de indefinición del contrato, sin adscripción ya a producto o encargo, porque una excesiva prolongación de los períodos de duración del contrato fijo de producto desnaturalizaría la causa de la contratación. Lo anterior no solo no cuestiona la adecuación de previsiones convencionales de este tipo, sino que afianza su virtualidad para actuar hacia el mismo objetivo que persigue la norma legal, combatir la temporalidad abusiva y descausalizada.

PROPUESTA

Ampliar la capacidad de adaptación de las modalidades de contratación legalmente previstas por parte de la negociación colectiva, sobre todo sectorial, y excepcionalmente, dentro del marco convencional sectorial (o por delegación del convenio sectorial o en su defecto) de empresa.

Permitir a la negociación colectiva sectorial (excepcionalmente, de empresa) incorporar y regular nuevas figuras, como la del contrato «fijo de producto» o «de encargo», para responder a las singularidades del sector, con un régimen jurídico similar al establecido en el contrato fijo adscrito a obra para el sector de la Construcción.

3. NUEVAS CAUSAS DE TEMPORALIDAD: EL LANZAMIENTO DE NUEVAS ACTIVIDADES Y EL DESARROLLO DE NUEVAS LÍNEAS DE NEGOCIO

Sería conveniente, también, recuperar, en la regulación legal, la figura del contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad o por la apertura de nuevas líneas de negocio. Esta figura contractual, de existencia efímera en nuestro sistema, podría jugar un papel dinamizador importante para el comienzo o la ampliación de actividades empresariales, como ya sucede en otros ordenamientos (Portugal, Alemania). Su régimen jurídico debería precisar los supuestos que justifican esta contratación, así como su duración máxima (entre dos y cuatro años), abriendo también a la negociación colectiva sectorial un margen amplio para su acomodación a las exigencias particulares de cada sector productivo. En particular, la figura puede tener un juego importante en el caso de las empresas emergentes y de los emprendedores que inicien sus actividades, susceptibles de necesitar una adaptación del régimen de contratación laboral en los primeros años de su andadura (como ya la tienen en otras materias, como la fiscal y la de seguridad social).

En este sentido, se aboga por la recuperación de esta modalidad contractual, que se alinea con la garantía de causalidad de la contratación temporal y la respuesta a necesidades empresariales comunes y razonables; si en su momento esta figura fracasó, no fue por su fundamento mismo, sino por su coincidencia temporal con el contrato de fomento del empleo con el que, claramente, competía en situación de desventaja, en tanto modalidad de idéntica duración privada, además, de la exigencia de causa. Desaparecido el contrato de fomento, parece oportuno regular esta otra figura de la que no cabe sospechar que esconda una causa falsa o excepcional, sino habitual en la producción de las empresas y coherente

técnicamente con nuestro modelo de contratación laboral. En efecto, este contrato responde a exigencias normales de la empresa para la ampliación de actividades y líneas de negocio que exigen contrastar su viabilidad y estabilidad y que, en consecuencia, no tienen por qué comprometerse con un empleo cuya duración excede parcial o totalmente de dicha necesidad.

PROPUESTA

Introducir en la regulación legal la figura del contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad o de nuevas líneas de negocio, en especial en los supuestos de empresas emergentes o de emprendedores que inicien actividades.

4. ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS

La formulación legal actual de la prohibición de encadenamiento de contratos suscita múltiples dudas. Entendiendo su finalidad legal, que no es otra que la de evitar abusos en la contratación temporal, habría que huir de su automatismo aplicativo porque detrás de ese encadenamiento pueden esconderse verdaderas necesidades empresariales justificativas de la temporalidad. Y, de no existir ya estas últimas, el efecto de indefinición del contrato solo sirve para sancionar a la empresa por un elemento formal que no permite demostrar en contrario la eventual existencia de causa.

En todo caso, no parece que la prohibición de encadenamiento, incluso en su actual versión, deba aplicarse a grupos de empresa, ni en supuestos de subrogación empresarial. Como tampoco parece razonable el supuesto legal que incluye el «encadenamiento de puestos de trabajo» diferentes. La regulación actual para hacer «fijo» el puesto de trabajo carece de sentido, máxime cuando el concepto de puesto de trabajo se ha difuminado, si no desaparecido, en muchos sectores.

Lo cierto es que la actual normativa deja entrever una desconfianza en las empresas, cuando no un principio de sospecha de fraude, que no parece justificada y que opera de forma automática sin permitir prueba en contrario.

PROPUESTA

Suprimir la regulación de la prohibición de encadenamiento de «puestos de trabajo» distintos y regular el encadenamiento de contratos, evitando el automatismo de sus consecuencias y permitiendo la prueba en contrario de la presunción de duración indefinida de la relación.

5. CONTRATO FIJO DISCONTINUO

El contrato de trabajo fijo discontinuo, en su nueva configuración legal tras la reforma de 2021, es una figura contractual que puede jugar un papel esencial para conciliar la firmeza del vínculo laboral con las necesidades productivas de las empresas en aquellos supuestos en que tales exigencias no son continuadas, bien por su intermitencia o carácter cíclico, bien por su dependencia de contrataciones externas que se hace preciso renovar periódicamente y entre las que puede existir alguna solución de continuidad. Las acusaciones formuladas en relación con la figura, en el sentido de que «disimula» la precariedad o encubre situaciones de desempleo, carecen de fundamento. Si las necesidades productivas de las empresas no son continuadas, la pretensión de que en las fases de inactividad se mantenga artificialmente el empleo, con cargo a las empresas, no deja de ser ilusoria. Y nada cabe objetar a que, en los periodos de inactividad, funcionen los mecanismos de seguridad estatales y pueda causarse derecho a las prestaciones por desempleo, de cumplirse los requisitos previstos.

En todo caso, la regulación legal del contrato fijo discontinuo, en su actual redacción, aunque concede un amplio margen de actuación a la negociación colectiva, contiene algunas rigideces que podrían suprimirse para ampliar el papel regulador de la negociación colectiva, tanto sectorial para acomodar la figura contractual a las particularidades del sector, como de empresa, para precisar el régimen jurídico de la aplicación en la práctica de esta modalidad de contratación. La regulación legal no puede abarcar la diversidad de necesidades organizativas y productivas de las empresas, y si no se atiende esa diversidad se dificulta la creación de empleo. Y es que la insatisfacción de las exigencias empresariales, o su encoframiento, terminaría desincentivando este tipo de contratación que aporta estabilidad en el empleo en tanto subsiste, cíclica o intermitentemente, la necesidad de trabajo, asegurando, además, al trabajador en periodos de inactividad el acceso a la protección social.

Por otra parte, la contratación fija discontinua en supuestos de contrata y subcontrata debe dotarse de mayor seguridad jurídica, cerrando el paso a interpretaciones administrativas (e inspectoras) que consideran que en todo contrato fijo discontinuo ha de existir una interrupción de la actividad cada año, lo que entra en colisión, lógicamente, con la general superior duración de las contrata.

PROPUESTA

Suprimir rigideces legales en el régimen jurídico de los contratos fijos discontinuos y potenciar el papel de la negociación colectiva en su regulación.

6. CONTRATOS FORMATIVOS Y PRÁCTICAS NO LABORALES

Es comúnmente aceptado que la formación profesional representa uno de los principales déficits de nuestro mercado de trabajo, existiendo casi absoluta unanimidad sobre la inadecuación de las titulaciones profesionales al desempeño de muchos puestos, la falta de adaptación de los trabajadores al proceso de digitalización de las empresas y la ausencia de profesionales cualificados en determinadas actividades o sectores económicos. Aunque es esta una responsabilidad que incumbe, principalmente, a los poderes públicos no es desdeñable la eficaz colaboración que pueden cumplir las empresas en este contexto. Ello exige, en el aseguramiento de ese interés general de adecuación profesional de los trabajadores, de un lado, un régimen de contratación atractivo que permita a aquellas, al tiempo que satisfacer sus necesidades, cooperar en la cualificación profesional de los empleados en general, sobre todo dentro de ese modelo de formación dual que pretende articular la nueva ordenación de la FP, pero también respecto de los titulados superiores para favorecer su primera inserción laboral; de otro, el reconocimiento de incentivos económicos y sociales a la altura de una función de los poderes públicos (inserción y formación profesional) que delegan parcialmente en las empresas, por su especial acercamiento a las necesidades productivas.

Sobre ese presupuesto, los contratos formativos, y las prácticas no laborales, resultan ser un instrumento adecuado de acceso al primer empleo de personal no cualificado, que va a adquirir formación al tiempo que trabaja, y de personal formado, pero sin experiencia laboral, añadiendo valor a su futura empleabilidad.

En este sentido, hay que destacar que la normativa aplicable no coadyuva a la celebración de estos contratos, con esa doble funcionalidad de favorecer al tiempo

la inserción y formación profesional en el empleo y la cualificación y reciclaje en general de nuestra población laboral, en particular de los jóvenes en el acceso a su primer empleo. Con el fin de salvaguardar los derechos profesionales del trabajador y evitar el abuso de las empresas, lo cierto es que se plantea una regulación excesivamente prolija y poco flexible que limita las potencialidades de este tipo de contratación. De nuevo, pretender encorsetar en un único molde regulador las importantes diferencias entre sectores económicos con exigencias formativas muy distintas puede desaprovechar las potencialidades de esta modalidad de la que obtienen ventaja empresas (condiciones económicas favorables) y trabajadores (mejora de su empleabilidad mediante la acreditación de una formación aplicada al desarrollo profesional), además del sistema formativo en general. Elementos como el rígido y uniforme reparto entre trabajo y formación, la formación habilitante, la imposibilidad de realizar horas extraordinarias y nocturnas o reglas similares desconocen las verdaderas necesidades del empleo formativo y deben reconocerse como aspectos propios de la negociación colectiva sectorial, capaz de responder con más eficacia a la verdadera cualidad de la formación, que no debe defraudarse, pero servir también a las propias formas de producir de la empresa. Lo que cobra particular relevancia en las PYME, que deben ver en estas modalidades una fórmula flexible y adaptable a sus concretas circunstancias.

Al tiempo, y sobre la formación en alternancia, los convenios debieran poder habilitar itinerarios formativos nuevos o alternativos en aquellas ocupaciones laborales que carecen de una formación reglada o certificado de profesionalidad vinculados. En este sentido, nada debiera impedir la posibilidad, si prevista en convenio, de extender más allá de un año la duración del contrato. Incluso sería adecuado prever colectivamente una duración coincidente con la propia duración de los estudios, ligando la terminación del contrato a la efectiva culminación de los estudios de que se trate, manteniendo su completa compatibilidad (así se prevé en Alemania, país pionero y buena referencia de modelos de formación dual).

En todo caso, debe procurarse una regulación coherente con las prácticas no laborales. La excesiva regulación de dichas prácticas, por el legítimo objetivo de limitar el fraude, puede cegar una vía de inserción laboral y de cualificación profesional muy interesante, debiendo evitarse, en particular, su laboralización o excesivo mimetismo con el régimen laboral, que dificultaría su desarrollo y limitaría las opciones del contrato formativo.

PROPUESTA

Confiar los elementos centrales del régimen jurídico de los contratos formativos a la negociación colectiva sectorial. En relación con la formación en alternancia, los convenios debieran poder habilitar itinerarios formativos nuevos o alternativos en las ocupaciones laborales carentes de formación reglada o certificado de profesionalidad, con mayor margen de concreción de la duración máxima de los contratos para la adquisición de formación práctica.

Evitar una excesiva regulación legal de las prácticas no laborales y, en particular, su laboralización.

7. PERIODO DE PRUEBA

El período de prueba ha resultado ser una buena alternativa para las empresas ante las progresivas restricciones de la contratación temporal, que ha podido animar a la formalización de contratos indefinidos con la garantía de contar con un periodo inicial previo a su consolidación. Ahora bien, lo cierto es que, en muchas ocasiones, ese período de prueba ni cumple las expectativas legales de comprobación de las aptitudes del trabajador que están en el espíritu de la figura (con plazos que pueden resultar cortos, en especial en determinadas actividades) ni debería desvirtuarse hasta transformarse en una suerte de contrato temporal descausalizado, aun de corta duración. Parece razonable que el período de prueba recupere su fundamento primigenio. No obstante, cabe considerar la posibilidad de reconocer en la figura una suerte de plazo no solo vinculado a cuestiones de cualificación profesional y desenvolvimiento adecuado de la actividad profesional por parte del trabajador, sino también de contraste en la PYME de la verdadera duración temporal, o indefinida, de la actividad contratada, lo que requeriría un análisis conjunto y una opción coherente en estas unidades empresariales de menor tamaño con las propuestas sobre la modalidad contractual que se proponía más arriba relativa al lanzamiento de nuevas actividades, en particular, como indicamos, en el caso de las empresas emergentes y de los emprendedores que inicien su actividad.

En este sentido, cabría diseñar en estos supuestos, y por la mayor incertidumbre y riesgos que para la supervivencia de la actividad empresarial se presentan, tanto una nueva contratación ligada a la aparición de una necesidad sobrevenida o el emprendimiento de nuevas actividades o líneas de negocio, como una

fórmula que actuara como periodo provisional de demostración de la viabilidad o continuidad de dicha necesidad empresarial de contratación (con límites temporales más amplios). Con esta mayor red de seguridad en la comprobación, sobre todo por las PYME y las empresas emergentes, de la verdadera necesidad que promueve la nueva contratación se estaría eliminando, de forma indirecta, una fuente de eventual desincentivo al crecimiento de las empresas, que debe constituir también un deseable objetivo legal.

En definitiva, convivirían así dos causas distintas para pactar un período de prueba: demostración de la capacidad profesional del trabajador y, en el caso de las PYME, empresas emergentes y emprendedores, prueba de la necesidad empresarial y de su alcance temporal, que eliminaría incertidumbres a las empresas de pequeña dimensión o emergentes, en una adecuada adaptación de la figura laboral al tamaño empresarial y al surgimiento de actividades empresariales.

PROPUESTA

Revisar la regulación del periodo de prueba, tanto en lo relativo a su duración como a su causa, para incluir la doble finalidad de permitir el conocimiento de la capacidad profesional y adaptación del trabajador al puesto y, en caso de PYME, empresas emergentes y emprendedores, de la necesidad empresarial de contratación y su duración.

CAPÍTULO 3.

Necesidades empresariales en la gestión del trabajo

1. La flexibilidad laboral y la gestión del trabajo
2. La regulación flexible del tiempo de trabajo y la propuesta de reducción de la jornada máxima legal
3. El trabajo a distancia
4. La modificación de condiciones contractuales individuales y colectivas
5. La cuantía y estructura salarial
6. La conciliación familiar y laboral en la organización del trabajo

1. LA FLEXIBILIDAD LABORAL Y LA GESTIÓN DEL TRABAJO

La aprobación en 1980 del ET se realizó en el difícil contexto ya referido de transición de un sistema corporativo de relaciones laborales a otro democrático con reconocimiento pleno de la autonomía colectiva, de la libertad de empresa y de las libertades individuales y colectivas de los trabajadores, y con reducción del excesivo intervencionismo estatal. La nueva regulación se movía en un contexto en el que aún era hegemónico el sector industrial, en vísperas de su futura reconversión y de una profunda transformación de nuestra economía, que entraría pronto en un proceso de intensa terciarización, siendo ya entonces previsible nuestra incorporación a la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. Por todo ello, el ET no contenía apenas reglas que atendieran a las necesidades productivas y organizativas de las empresas y recurría a regulaciones excesivamente intervencionistas, en las que la flexibilidad laboral brillaba por su ausencia. La reforma de 1984, como dijimos, apostó por la flexibilidad a través de la contratación temporal, que permitía atender, con contratos de duración determinada, sin y con causa temporal, a las necesidades flexibles de producción de las empresas

en un contexto de cambio económico, compensando así, mediante el contrato temporal, la falta de flexibilidad laboral del ET.

Fue a partir de la reforma estatutaria de 1994 cuando se comenzó a cuestionar la relación entre rigidez y contratación temporal. Desde entonces, sucesivas reformas laborales han ido prestando atención creciente a las necesidades empresariales productivas y organizativas, con la introducción de distintas herramientas de flexibilidad laboral y con una racionalización de los costes extintivos en la contratación indefinida. Los cambios han estado dirigidos a intensificar la flexibilidad laboral interna y facilitar una gestión de los recursos humanos adecuada a las necesidades productivas y organizativas flexibles, en línea con el modelo europeo consolidado de *flexiseguridad* laboral.

Las reformas han transformado, así, la regulación del tiempo de trabajo, dotando a la negociación colectiva, en especial de empresa, de capacidades de adaptación del factor productivo a las horas laborables, mediante sistemas de jornadas máximas a tiempo completo en cómputo anual, posibilidad de una distribución irregular de la jornada con cómputos diarios superiores a nueve horas, sistemas de horas extraordinarias voluntarias compensadas con descanso retribuido, bolsas de horas flexibles adaptadas a las necesidades empresariales, acumulación de descanso semanal y otras fórmulas, hoy acompañadas, además, del obligatorio registro horario diario. Asimismo, las reformas también han abierto procedimientos flexibles de movilidad funcional sustentada en amplios grupos profesionales, de movilidad geográfica, temporal y definitiva, y de modificación sustancial de condiciones contractuales de trabajo, no solo individuales, sino también colectivas, justificadas en causa empresarial, con posible decisión unilateral de las empresas previa consulta con los representantes legales de los trabajadores. Posteriormente, el ciclo de reformas 2010-2013 apostó claramente, en línea con modelos europeos de referencia, por las reducciones de jornada y suspensiones contractuales por causa empresarial, combinando salarios y desempleo parcial, a través de los denominados ERTE, así como por la distribución irregular de las jornadas laborales en función de la producción.

El relevante papel de los acuerdos colectivos entre empresa y representantes legales de los trabajadores que canalizan, en buena parte, la flexibilidad laboral interna y las reestructuraciones productivas muestra que nuestro sistema tiene ya incorporado, como recurso natural, la flexibilidad empresarial, cada vez más presente también en los convenios colectivos estatutarios, gracias a las adecuadas recomendaciones en esta dirección de los grandes acuerdos sociales de negociación colectiva de los últimos años. La introducción de procedimientos

de inaplicación convencional causal, con ajustes salariales, se sumó a esta participación de la negociación colectiva de empresa en la consecución de cotas mayores de flexibilidad laboral interna.

Las últimas reformas del ET de 2018 y 2019, previas al Decreto-Ley 32/2021 (operadas por Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y derechos digitales, y Decretos-Leyes 28/2018, 6/2019 y 8/2019), prestaron, sin embargo, menor atención a las necesidades productivas de las empresas y mayor a la garantía de derechos de los trabajadores, tanto digitales frente al control empresarial, como de conciliación laboral y familiar, atendiendo a la otra vertiente de la flexibilidad, la de los propios trabajadores en relación con sus necesidades personales, con una modernización también de los planes de igualdad entre hombres y mujeres en las empresas. La misma tendencia está presente en los posteriores Decretos-Leyes 5/2023 y 2/2024, centrados en la conciliación laboral y familiar. Pero estas últimas reformas no cuestionaron, en ningún momento, las herramientas de flexibilidad interna, sino que persiguieron integrar mejor estos derechos laborales en la gestión empresarial de los recursos humanos sin obstaculizar la productividad, pretendiendo reducir el absentismo y elevar la satisfacción de las plantillas. No obstante, han surgido problemas a la hora de compatibilizar el ejercicio de estos derechos con las exigencias organizativas de las empresas y con la defensa de la productividad. Problemas que, como veremos, pueden agudizarse en el futuro, con otras propuestas de modificación legislativa anunciadas.

La reforma laboral de 2021, cuyo objetivo principal era reducir el uso de la temporalidad laboral con fines flexibilizadores, exigía mantener o incrementar otros espacios de flexibilidad laboral, básicamente interna, en especial en lo relativo al tiempo de trabajo, movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación contractual individual y colectiva, ERTe e inaplicación convencional, técnicas todas esenciales para adecuar las necesidades productivas y organizativas en el empleo indefinido. Sin embargo, en orden a la flexibilidad empresarial interna, el alcance de la reforma se limita a los ERTe, lo que cabe interpretar tanto en el sentido de que se considera adecuado el marco jurídico de otras fórmulas de flexibilidad que no requieren cambios, como en el sentido de haberse querido extraer de esa fase del diálogo social el debate sobre otras cuestiones aplazadas hasta mejor momento.

Sea como fuere, es razonable en lo sucesivo prestar mayor atención a las necesidades productivas y organizativas de las empresas en la ordenación laboral, potenciando e intensificando la flexibilidad empresarial, sin menoscabo de los derechos de los trabajadores ni de la necesaria participación de sus instancias representativas en las empresas. La conversión de la contratación laboral indefinida

en la regla general, con delimitación precisa de la necesaria contratación temporal, limitativa, por tanto, de una habitual fuente de flexibilidad empresarial, exige ahora profundizar en la flexibilidad laboral empresarial en todas sus posibles fases y manifestaciones, pues el empleo fijo necesita una mayor adecuación a las cambiantes necesidades productivas y organizativas de las empresas. Es, pues, necesario optimizar la flexibilidad laboral empresarial, buscando soluciones equilibradas y razonables para su convivencia con los derechos de los trabajadores, en especial de conciliación familiar, garantizados en las normas laborales vigentes. Avanzar en los derechos conciliatorios no exige que se haga a costa de la flexibilidad, debiendo facilitarse mecanismos de adaptación empresarial a través, por ejemplo, de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

2. LA REGULACIÓN FLEXIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LA PROPUESTA DE REDUCCIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA LEGAL

La potenciación de la contratación indefinida aumenta la necesidad de adecuar los tiempos de trabajo a la producción flexible; no en vano el tiempo de trabajo es una condición particularmente apta para dar respuesta a las cambiantes exigencias empresariales. Por ello, en la regulación legal del tiempo de trabajo es preciso dotar de mayor flexibilidad a las empresas para la adecuación entre horas laborales y producción, así como para responder a las exigencias organizativas del ejercicio de los derechos de conciliación familiar de la plantilla u otros derechos de los trabajadores. Y, desde luego, la negociación colectiva debe participar en mayor medida de esta flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, que recomienda reglas legales dispositivas que otorguen mayor margen a la regulación pactada. También es imprescindible adaptar algunas de estas reglas a la jurisprudencia europea dictada en materia de tiempo de trabajo.

Es en este contexto de transformación del tiempo de trabajo, y en clave de flexibilidad laboral y de atribución a la autonomía colectiva de la oportuna capacidad ordenadora, donde se debe situar el actual debate de jornadas semanales de cuatro días impulsadas por programas piloto aquí en España y en distintos países, así como la propuesta de reducción de la jornada laboral máxima legal. Son debates diferentes que deben ser bien contextualizados en las transformaciones económicas que, a través de incrementos de productividad, permiten reducir tiempo de trabajo.

De un lado, los argumentos socioeconómicos de defensa de semanas de cuatro días laborables, donde se reduce (o se concentra) jornada y se mantiene salario, resultan *a priori* atractivos y pueden, incluso, hacer más eficiente la gestión de los factores productivos, con ganancias de productividad y sin merma salarial, con un incremento del tiempo libre favorable a la conciliación familiar y a nuestras economías del ocio. Las transformaciones digitales facilitan, además, este tipo de planteamientos, sustentados en un incremento de la productividad, porque se puede producir igual o más en menos tiempo. No es de extrañar, por tanto, el interés del debate mismo, y su propio impacto mediático. Pero la jornada laboral semanal de cuatro días, con la correspondiente reducción de jornada (que puede también mantenerse, concentrándose en menos días de trabajo) y mantenimiento de salarios, no debe ser fruto de una imposición legal, sino resultado de la negociación colectiva, o aun individual, en aquellas empresas con suficientes márgenes de productividad y cuyo ciclo productivo permita esta distribución. Precisamente a fines como el descrito sirven las herramientas de flexibilidad empresarial en la gestión del tiempo de trabajo, que se deben potenciar para servir a intereses tanto empresariales como de los propios trabajadores.

De otro lado, la propuesta política de reducción de la jornada máxima legal a 37,5 horas semanales de media en cómputo anual –1.712 horas– frente a las 40 horas vigentes 1.826 horas sin reducción salarial puede ser transmitida con argumentos atractivos similares, pero parte de tres premisas muy cuestionables. La primera, la verdadera necesidad de una Ley para reducir la jornada laboral cuando España tiene una jornada legal máxima dentro de las medias europeas y, sobre todo, cuando la negociación colectiva tiene plena capacidad para reducirla y distribuirla con gran flexibilidad; de hecho, gran parte de los convenios tienen ya reducciones de la jornada legal más o menos intensas. La segunda, que reducir la jornada laboral por Ley incrementa la productividad, cuando los análisis empíricos muestran que sucede lo contrario, siendo los incrementos de productividad los que permiten reducir las jornadas laborales, y subir salarios, no siendo la imposición legal una herramienta para este objetivo; además, hay sectores donde la productividad es el tiempo de trabajo y los trastornos organizativos y alteraciones de costes laborales que puede ocasionar esta medida son susceptibles de conducir, precisamente, a una bajada de los niveles productivos. La tercera, que la reducción legal de la jornada laboral máxima no disminuye salarios, lo que puede ser cierto en un primer impacto, aun cuando la afirmación obvia que los convenios colectivos se renegocian y que esta imposición legal puede conllevar una

posterior distribución de costes y riesgos, en determinados sectores, con moderación salarial en el medio y largo plazo, hasta compensar la reducción legal inmediata.

Por lo demás, no puede dejar de señalarse que esta propuesta es una interferencia pública, nada fundamentada, en la negociación colectiva, que es el terreno idóneo para canalizar la tendencia ya existente de reducción de las jornadas laborales por sectores y empresas. Las consecuencias colaterales de esta medida también tienen que ser valoradas porque pueden originar efectos no deseados, como el aumento de horas extraordinarias, la compensación de la reducción con más días de vacaciones sin un cambio real de las jornadas laborales, la expulsión del tiempo de trabajo efectivo de pausas o permisos, el aumento de contratos a tiempo parcial de escasas horas de prestación o, en fin, la puesta en riesgo de la desconexión digital si se mantienen exigencias de rendimiento.

Y es que se está generalizando un debate excesivamente simplista sobre la cuestión, toda vez que la reducción de jornada no puede aislarse del resto de componentes ordenadores del tiempo de trabajo, debiendo abordarse toda modificación de manera integral para no afectar a otros elementos sensibles de esta institución ni alterar el delicado equilibrio entre los factores cuantitativos y cualitativos que subyacen al tiempo de trabajo. Dicho de otro modo, en el tiempo de trabajo importa no solo la cantidad de horas trabajadas, sino su distribución o su acumulación por períodos temporales más o menos amplios, en definitiva, su flexibilidad al servicio de los intereses de los trabajadores, así como su potencialidad para adaptarse a las circunstancias empresariales. En este contexto, los fundamentos de la medida resultan débiles y sus consecuencias excesivamente arriesgadas. En el escenario actual, la reducción de la jornada debe ser canalizada a través de la negociación colectiva, con flexibilidad, y no desde la Ley, quedando, además, íntimamente relacionada con los avances que puedan producirse en la ordenación y distribución flexibles del tiempo de trabajo⁶.

En definitiva, al margen de aspectos más o menos concretos, en esta esencial y muy sensible materia relativa a la ordenación del tiempo de trabajo es preciso avanzar en una triple dirección: más flexibilidad de la normativa estatal para permitir mayor capacidad adaptativa en sectores y empresas, más negociación

6. Por ello, tampoco parece que tenga mucho sentido la última propuesta ministerial: «compensar», mediante bonificaciones o subvenciones, el impacto que la reducción de jornada pueda tener en las PYME. Este planteamiento presupone aceptar que la reducción de jornada tiene un efecto negativo para las empresas, afectando a la productividad del trabajo y a los resultados empresariales, que es lo que, precisamente, debe tratar de evitarse.

colectiva para congeniar intereses empresariales y laborales y, desde luego, más seguridad jurídica conforme a la jurisprudencia europea.

2.1. Redefinir el tiempo de trabajo efectivo

El artículo 2 de la Directiva europea 2003/88 define el «tiempo de trabajo» como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o funciones, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales», y considera «período de descanso» como «todo período que no sea tiempo de trabajo». Sin embargo, el ET, al definir tiempo de trabajo efectivo, sigue anclado en un modelo industrial y presencial que pivota sobre el puesto en un centro de trabajo, en un esquema poco acomodado ya a la nueva realidad productiva que recomienda una redefinición o modernización del concepto de tiempo de trabajo efectivo. Elementos tales como la diferencia entre presencialidad y disponibilidad, régimen de guardias o cuestiones similares, así como sus correspondientes efectos retributivos, carecen hoy de respuesta segura.

En este sentido, el silencio legal (y aun convencional) es más elocuente a la vista de los retos de la época digital capaces de poner en riesgo equilibrios entre variables complementarias en la producción de bienes y servicios. La demanda a tiempo real, la disponibilidad del trabajador, la flexibilidad en la ejecución del trabajo, la compatibilidad con trabajos similares, el respeto a la salud laboral, el ocio, el descanso necesario y la desconexión digital, entre otras, son realidades acuciantes que deben afrontarse con pragmatismo y, de ser necesario, con una mayor diversificación de las jornadas laborales. Es en este punto donde cobra un papel esencial la negociación colectiva, instrumento ideal de adecuación a las particularidades sectoriales y, sobre todo en este contexto, empresariales. Sin duda, esta vertiente de la flexibilidad laboral requiere de un análisis y regulación a la luz de las nuevas fórmulas distributivas del tiempo de trabajo y no trabajo capaces de conciliar los intereses de ambas partes; del lado de la empresa, la atención a las necesidades productivas con la inmediatez que requiere el actual modelo económico, que reclama diversificación horaria; del lado laboral, la garantía de una razonable previsibilidad de la obligación de prestar actividad laboral y el respeto a las jornadas máximas y descansos mínimos. El trabajo digital, con conexión aparentemente permanente, el teletrabajo o el trabajo a demanda, con notable disponibilidad del trabajador de sus tiempos de actividad e inactividad, son buenos ejemplos de la insuficiencia de las reglas previstas en nuestro sistema para regular de manera eficaz y con seguridad jurídica jornadas laborales singulares alejadas del molde tradicional.

PROPUESTA

Incorporar la definición europea, ya utilizada en la interpretación judicial interna, en la identificación de tiempo de trabajo efectivo, regulando los tiempos de presencia y de disponibilidad y confiando a la negociación colectiva la regulación de su régimen retributivo.

Atribuir a la negociación colectiva la previsión de nuevas jornadas singulares, incluido el trabajo a demanda.

2.2. Intensificar la distribución irregular de la jornada ordinaria y las bolsas flexibles de horas de trabajo suplementarias

El cómputo anual de la jornada máxima de cuarenta horas semanales, ahora cuestionado como se ha expuesto, y la posibilidad de distribución irregular de la jornada por parte de la empresa, en defecto de convenio o acuerdo colectivo, de hasta un 10 por 100 de la jornada ordinaria, han flexibilizado la ordenación del tiempo de trabajo, si bien de forma limitada y con exigencias legales injustificadas (los cinco días de preaviso para el uso de la jornada irregular). La negociación colectiva ha ido por delante de esta regulación legal, con fórmulas más flexibles (jornadas complementarias, prolongaciones de jornada, bolsas de horas, horas extraordinarias obligatorias compensadas con descanso) que han provocado reiterados conflictos jurídicos. Por ello, parece oportuno, sin perjuicio de confiar el protagonismo fundamental a la negociación colectiva, incorporar legalmente estas posibilidades de flexibilidad horaria, previendo expresamente la figura de la jornada complementaria o de las bolsas de horas de trabajo, fórmula esta última capaz de dar respuesta a muchas de las actuales demandas productivas de las empresas. Se vuelve a alertar acerca de que la propuesta de reducción de la jornada máxima legal desvirtúa estas fórmulas, al absorber en jornadas ordinarias la diferencia convencional con el máximo legal, e introducir una mayor rigidez, en sentido contrario al aquí defendido. Igualmente, parece oportuno regular con menor rigidez tanto lo relativo al preaviso para la utilización de horas como la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada en un determinado porcentaje por decisión unilateral de la empresa para atender a necesidades productivas, en los términos que a continuación de proponen.

PROPUESTA

Prever la capacidad convencional de regular horas de trabajo suplementarias (no extraordinarias) a la jornada a tiempo completo pactada para atender necesidades empresariales, con respeto de la jornada máxima legal y los descansos mínimos.

Potenciar la capacidad convencional para establecer horas extraordinarias obligatorias compensadas con descanso y bolsas de horas, en las que se incluyan las no trabajadas por cualquier circunstancia (paradas de producción, inclemencias climatológicas, incidencias organizativas o productivas, etcétera) y cuya prestación pueda ser exigida en otro momento.

Reducir la exigencia de preaviso de cinco días al trabajador en los casos de distribución irregular de la jornada, convirtiéndola en norma subsidiaria en defecto de convenio o acuerdo colectivo.

Analizar, en defecto de convenio o acuerdo colectivo, el posible incremento del porcentaje de distribución irregular de la jornada por decisión unilateral del empresario del 10 al 15 por 100 de la jornada anual (ampliable hasta el 25 por 100 en la PYME, empresas emergentes y emprendedores).

2.3. Solución autónoma y extrajudicial de conflictos en materia de tiempo de trabajo

Los conflictos relacionados con el tiempo de trabajo, siendo en muchas ocasiones de intereses, están en exceso judicializados entre nosotros, de modo que, en coherencia con lo señalado en general en el anterior capítulo sobre los medios de solución autónoma de conflictos de trabajo, se aboga por que estas controversias utilicen una preferente vía extrajudicial para su resolución. Esta última es capaz de atender mejor a las circunstancias de empresa y de trabajadores, de obtener una respuesta más ágil y de asegurar el equilibrio de las posiciones contractuales, al tiempo que liberaría a los tribunales de una significativa carga de trabajo en cuestiones de alcance muy menor en ocasiones.

Solución la propuesta que debiera aplicarse no solo a los conflictos colectivos, sino también a los individuales, muy frecuentes en este ámbito y de creciente litigiosidad, motivada por la ambigüedad legal o la necesidad de atender a circunstancias concretas y casuísticas. Piénsese, por ejemplo, en los conflictos generados por la negativa de la empresa a conceder pretendidos derechos laborales por chocar con necesidades empresariales o por ofrecer alternativas insatisfactorias para el solicitante. Cuestión aún más evidente cuando se trata de derechos conciliatorios, en los términos que se verán después. En estos casos, la respuesta judicial

llega, frecuentemente, con retraso para ambas partes y dispone de menor margen para una solución ecuaníme susceptible de compaginar sus respectivos intereses.

PROPUESTA

Previsión convencional de sometimiento a un sistema de solución extrajudicial de conflictos (en especial, individuales) en materia de jornada, permisos, vacaciones, horarios, excedencias, reducciones de jornada y similares.

3. EL TRABAJO A DISTANCIA

Las medidas frente a la pandemia expandieron el trabajo a distancia como herramienta laboral de salud pública que evitaba contagios y permitía mantener la producción y el empleo. Ello derivó en una regulación del trabajo a distancia de alcance más general, hoy contenida en la Ley 10/2021, que lo diferencia en atención al umbral del 30 por 100 de la jornada prestada en esa modalidad, en referencia trimestral, cuya superación implica la aplicación de una amplia regulación bajo un exigente acuerdo individual con numerosos requisitos, mientras que el trabajo a distancia por debajo del umbral se mantiene ajeno a dicha regulación. Una normativa tan minuciosa y prolija parece explicable solo en un contexto de excepcionalidad, pese a la paradójica exclusión de la aplicación de la nueva normativa al trabajo a distancia vinculado a la pandemia.

En las nuevas circunstancias, debería afrontarse una regulación distinta, alejada de la excepcionalidad y más adaptada a los procesos de transformación digital de las empresas. La norma no debe incentivar ni desincentivar esta forma de trabajar, sino tan solo regular adecuadamente su posibilidad, con principios y reglas sencillas que permitan una apropiada flexibilidad, en interés de ambas partes del contrato de trabajo, reconociendo una mayor capacidad de los acuerdos individuales de trabajo a distancia a la hora de determinar el régimen jurídico de su prestación. En este sentido, la única distinción normativa que puede tener sentido es entre un trabajo a distancia mixto, combinado con presencial, y un trabajo a distancia a tiempo completo, donde el trabajador nunca presta servicios en un centro de trabajo. En esta modalidad de trabajo en remoto a jornada completa cabría prever un acuerdo individual más exigente, con requisitos adicionales que, en cambio, carece de utilidad y no está justificado en modalidades mixtas.

PROPUESTA

Simplificar la regulación del trabajo a distancia, confiando la concreción de su régimen jurídico, basado en el principio de voluntariedad, a la negociación colectiva, y ampliando el papel de los pactos individuales para fijar los términos de su prestación.

4. LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES CONTRACTUALES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

En un contexto de volatilidad económica y de transformaciones que afectan a los modos de producción y de trabajo, parece obvio destacar el especial valor de las medidas de flexibilidad interna, esto es, modificativas de las condiciones de trabajo originalmente pactadas por razones empresariales, para garantizar la adaptabilidad a las circunstancias cambiantes y, así, la viabilidad de empresas y empleo. Al respecto, dado el conflicto de intereses subyacente a las partes de la relación de trabajo en este ámbito el de la empresa de modificar con agilidad y con los menos límites posibles, el del trabajador de no estar obligado a aceptar una modificación no consentida de sus condiciones laborales, resulta oportuno el modelo legal que impone una causa suficiente, que establece un procedimiento formal y que permite al trabajador (que alegue un perjuicio) resolver su relación laboral mediante una indemnización compensatoria de su no aceptación de la medida y extinción de su relación, sometido todo ello, claro está, al control judicial de legalidad de la existencia de causa justificativa y de cumplimiento de las reglas procedimentales. Con todo, tampoco puede negarse la dificultad que en ocasiones deriva de la acreditación y prueba de la causa que es premisa de este poder modificativo, definida de forma aparentemente amplia en la redacción legal, pero que está permitiendo una intervención judicial susceptible de incrementar la inseguridad jurídica, colocando a los órganos judiciales ante un complejo análisis de elementos de gestión empresarial atinentes a la libertad de empresa que debiera abordarse con mucha cautela.

Desde esa premisa, se abordan, a continuación, algunas de las disfuncionalidades del régimen jurídico de esta figura que pueden estar en la base del menor recurso a estos instrumentos frente a otros de efectos más graves. Antes de ello, y con carácter general, se apuesta por una sensible reducción de la ordenación legal, para dejar mayor espacio de regulación a la negociación colectiva; desde esta perspectiva, parece adecuado el modelo de norma legal subsidiaria que muestra

el artículo 41.4 ET, y que cabría extender a otras figuras flexibilizadoras. Además, se señala también otro aspecto disonante, relativo a la falta de homogeneidad en las indemnizaciones previstas para los procedimientos de movilidad funcional extraordinaria, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, que debieran unificarse, porque cabe interpretar que el perjuicio compensable, la pérdida del empleo por la negativa del trabajador a aceptar la decisión, es de similar valor en todos los casos.

Entre las medidas de flexibilidad interna, la regulación más relevante es, sin duda, la relativa al procedimiento de modificación sustancial de condiciones contractuales individuales o colectivas. Se trata, en su configuración actual, de un útil instrumento de flexibilidad laboral empresarial que permite, con los procedimientos establecidos, incluidas garantías para los trabajadores y límites de ejercicio, modificar unilateralmente condiciones contractuales individuales o colectivas (no convencionales) de trabajo. Y ello con apoyo en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya concurrencia y suficiencia queda sujeta al control judicial, al que también corresponde fiscalizar el respeto de las formalidades establecidas. Es importante resaltar en este procedimiento el papel de las comisiones *ad hoc* para evacuar consultas en ausencia de representantes legales de los trabajadores, así como la inclusión expresa entre las materias modificables de las cuantías salariales.

No parece prioritario plantear una reforma de estos procedimientos, esenciales en las actuales relaciones laborales. Pero sí cabe, por una parte, hacer algún ajuste normativo sustentado en una idea: resulta más fácil, hoy por hoy, reducir salario trabajando lo mismo que reducir tiempo de trabajo reduciendo salario en la misma proporción. Ello es irrazonable para empresas y trabajadores. Por otra, debería introducirse, entre las causas de modificación de las condiciones de trabajo, la que cabe denominar «causa legal», esto es, la justificada por una modificación normativa que obliga a una alteración sustancial de las condiciones de trabajo preexistentes (como ha sucedido, por ejemplo, con la introducción del estricto registro de jornada diaria o con la aprobación de la ley del trabajo a distancia). La nueva normativa suele ser de aplicación inmediata, pero apenas permite aplicar el principio *rebus sic stantibus* y, en consecuencia, revisar condiciones pactadas o previamente aplicadas y fuertemente afectadas por una nueva regulación legal. Igualmente, deben contemplarse otras causas derivadas de las nuevas realidades productivas, afectadas por la continua introducción de innovaciones tecnológicas y por el impacto de los procesos de digitalización, así como condicionadas por factores externos como los relacionados con la protección del medioambiente

y objetivos vinculados a la sostenibilidad. A su vez, hay que considerar también, ante el creciente impacto en la organización empresarial de las medidas de conciliación familiar, la previsión de que, en determinados supuestos, tales medidas puedan justificar la modificación de condiciones de trabajo (calendarios, organización de turnos, etcétera).

Además, debería preverse la posibilidad de introducir modificaciones temporales de las condiciones contractuales, sin posibilidad de basar en ellas la extinción del contrato por voluntad del trabajador, y sin las exigencias procedimentales actualmente establecidas. Y es que, en tales casos, bajo la premisa de la causa, no parece que la garantía del interés del trabajador deba, en general, prevalecer sobre la decisión empresarial, salvo temporalidad muy prolongada que cabría equiparar a modificación definitiva. Modificaciones planteadas, por ejemplo, durante el tiempo estrictamente imprescindible, conocidas o consultadas con la representación laboral, no parece que deban abrir el recurso a una extinción indemnizada del contrato, que puede resultar desproporcionada en relación con la verdadera onerosidad sufrida por el trabajador.

Por último, el recurso a procedimientos de movilidad o de modificación de condiciones de trabajo se plantea, en muchas ocasiones, al hilo de procesos de reestructuración empresarial. Si ya en la práctica, en procesos de despidos colectivos o de suspensión de contratos o reducción de jornadas, se contemplan como alternativas medidas de movilidad, geográfica o funcional, o de modificación de condiciones de trabajo, debería regularse legalmente una mayor articulación de todas esas posibilidades en el procedimiento de reestructuración empresarial.

PROPUESTA

Ampliar la capacidad colectiva de concreción del régimen jurídico de los procedimientos de movilidad o modificación.

Unificar las indemnizaciones previstas en las distintas medidas.

Incluir, como causa legal justificativa de las medidas de flexibilidad interna, la derivada de la introducción de una nueva normativa legal que altere, sustancialmente, las condiciones precedentes y contemplar, también, otras causas justificativas derivadas de las nuevas realidades productivas (introducción de innovaciones tecnológicas, digitalización, exigencias de sostenibilidad) y del impacto que sobre la organización del trabajo puedan tener las medidas de conciliación.

Regular la modificación temporal de las condiciones contractuales, sin las exigencias procedimentales actuales y, salvo excepciones, sin posible extinción unilateral del contrato por el trabajador.

Precisar el posible recurso a la movilidad (geográfica o funcional) o modificación de condiciones de trabajo como medidas alternativas en procedimientos de reestructuración empresarial (en especial, despido colectivo).

5. LA CUANTÍA Y ESTRUCTURA SALARIAL

El salario, unánimemente considerado como la condición de trabajo esencial tanto para el trabajador como para el empresario, supone una variable susceptible de gestionarse de un modo mucho más flexible que el que suele percibirse y, desde luego, que el que muestra, en general, nuestro mercado de trabajo. Es, sin duda, un contenido contractual vital para el trabajador, pero igualmente crucial para el empleador, porque los costes laborales suelen representar el principal gasto y condicionar, por tanto, las decisiones empresariales ligadas a los mejores o peores resultados económicos de las empresas. Frente a tradicionales modelos de retribución fija, asentados en la vieja idea de que estos proporcionan mayor certeza y seguridad jurídica a los trabajadores, lo cierto es que se va imponiendo en los últimos años la preferencia por fórmulas de retribución variable, individualizada o colectiva, que se vincula a la obtención de objetivos, igualmente individuales o colectivos. Además de representar un elemento de motivación laboral y reconocimiento del verdadero trabajo realizado, estos modelos de vinculación de salarios a rendimiento, objetivos, productividad o beneficios incrementan la flexibilidad en la gestión empresarial, proporcionando, además, mayor certidumbre sobre la marcha y viabilidad de la estrategia de negocio. Asimismo, a la vista de una realidad empresarial progresivamente tecnologizada y digitalizada, estos sistemas de retribución por objetivos o resultados de la empresa devienen, a su vez, más asequibles en su implantación y más adecuados en su ejecución: desde una perspectiva cuantitativa, es más fácil reconocer y medir los resultados y, desde una visión cualitativa, dicha medición resulta más ecuánime porque facilita la atribución a cada trabajador o grupo de los objetivos conseguidos.

Sobre estas premisas, lo cierto es que una más intensa implantación de estos modelos es acorde con la regulación legal contenida en el ET sobre esta materia. En efecto, la ordenación del salario apenas dispone de normas imperativas o mínimas (garantía de no discriminación, límite del salario en especie hasta el

30 por 100 de la retribución total, respeto al SMI, derecho a dos pagas extraordinarias al año y devengo mensual como máximo de las retribuciones), dejando a la autonomía colectiva el principal papel regulador, sin perjuicio de la previsión de reglas legales subsidiarias, en cuanto a la estructura y abono del salario. Planteamiento legal razonable cuyo mantenimiento se propone, pero que no evita advertir de la pobre actualización de sus contenidos por las comisiones negociadoras. Y es que, en este escenario de desregulación legal y a la vista de la centralidad del salario, sería esperable una intensa actividad convencional sobre esta condición de trabajo, a la que unánimemente se atribuyen enormes virtualidades en clave de flexibilidad laboral, pero que, en la práctica, acredita resultados muy limitados. Es destacable que los complementos salariales vinculados a la productividad cuentan, asimismo, con el respaldo de los agentes sociales en diversos Acuerdos Interconfederales, y es reconocible una abundante jurisprudencia y doctrina judicial al respecto incrementada de modo significativo en los últimos años. Pero siguen siendo escasos los convenios colectivos que contienen una regulación precisa al respecto y superadora del mero reconocimiento de concretos pluses o incentivos más o menos numerosos, porque, sobre todo, sigue ausente una configuración del modelo retributivo sobre ese planteamiento global. Un sistema estable de retribución por objetivos requiere transparencia, en el sentido de fijación de objetivos claros y realistas susceptibles de eludir cualquier arbitrariedad y que aseguren la imprescindible conexión con el efectivo desempeño de la actividad. Y hay que normalizar este modelo eludiendo los eventuales recelos, y aun prejuicios, que genera la previsión de un sueldo variable que no garantiza una percepción económica idéntica o mínima mes a mes. Sobre estas consideraciones, la retribución por objetivos está llamada a ser protagonista en nuestro sistema de relaciones laborales en los próximos años, coadyuvando a una mayor competitividad empresarial y a la homologación de nuestro mercado de trabajo a las economías de nuestro entorno.

Por su parte, la negociación colectiva, y la autonomía individual, también deberían aprovechar las posibilidades de los sistemas de retribución flexible, que complementan el salario con otros conceptos de valor económico para el trabajador que, a su vez, implican ventajas competitivas para las empresas, porque impactan en menor medida sobre su masa salarial total. En efecto, para el trabajador, la retribución flexible, que conecta con el reciente concepto de salario emocional, puede traducirse en la obtención de bienes y servicios a un mejor precio que el de mercado, con ventajas fiscales añadidas hasta ciertos límites legales (ayudas al transporte, manutención, formación, seguros de salud, ayudas al cuidado de

hijos, planes de pensiones o similares), y susceptibles de producir una sensible mayor satisfacción de intereses de los trabajadores y de bienestar laboral, así como de incrementar su compromiso con la empresa. Del lado de esta última, puede suponer que el aumento de la retribución neta no repercuta tan intensamente sobre sus costes totales, porque esos beneficios sociales disponen de un tratamiento fiscal y de cotización en muchas ocasiones más favorable que el aplicable al salario en dinero; además que pueden propiciar una imagen reputacional positiva de la compañía con posible influencia en el mercado, por mejorar una imagen de negocio que se manifiesta comprometido con factores de sostenibilidad social, resultando singularmente atractiva para la captación de talento entre un creciente número de trabajadores que anteponen su bienestar personal y laboral a la percepción de un determinado nivel salarial. Se trata, en definitiva, de sustituir por pago en especie parte del salario dinerario que, contribuyendo al uso y consumo de bienes y servicios indispensables o valiosos para el trabajador, con beneficios netos para el mismo, aumenta finalmente su poder adquisitivo, con el añadido de proporcionar a las empresas un modelo de gestión más heterogénea, dinámica y flexible de sus costes laborales, capaz de adaptarse más fácilmente a elementos externos con incidencia directa sobre la masa salarial (ciclos económicos negativos o incremento de la inflación, por citar ejemplos recientes y bien conocidos).

PROPUESTA

Promover en la negociación colectiva la fijación de sistemas retributivos variables, en función de objetivos individuales y colectivos y resultados de la empresa.

Incrementar en la negociación colectiva los sistemas de retribución flexible.

6. LA CONCILIACIÓN FAMILIAR Y LABORAL EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Dentro de la gestión flexible del trabajo, y en particular del tiempo de trabajo, cobra singular relevancia la regulación de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. Aunque este es un tema en el que la flexibilidad se establece en beneficio de los trabajadores, y no en atención a las necesidades productivas de las empresas, merece atención desde el punto de vista de su afectación a la organización del trabajo. La ampliación progresiva de los derechos de conciliación

de la vida personal y laboral es un signo de nuestros tiempos al que cabe adherirse sin ambages pero que, ante los desarrollos normativos planteados, exigiría una reflexión más general. A ello nos hemos referido ya en el precedente apartado 4 y le dedicaremos algunas consideraciones en el capítulo 7 de este Informe, si bien conviene abordar ya, en este momento, algunas cuestiones relacionadas con la conciliación y su impacto en la organización del trabajo.

6.1. Desarrollo en la negociación colectiva o en los planes de igualdad de la adaptación de jornadas por conciliación familiar y laboral

La relevancia de las medidas que puedan adoptarse en las empresas para facilitar, en la organización de las actividades productivas, la conciliación familiar y laboral de los trabajadores es ya comúnmente aceptada. Y en ello influye, significativamente, el derecho europeo, cuyas directivas despliegan un importante impacto sobre el derecho interno, como el producido con la transposición de la directiva 2019/1158 que algunos entienden culminada en tanto otros interpretan que no lo está en su integridad.

La nueva regulación del artículo 34.8 ET, tras el Decreto-ley 6/2019 y el Decreto-Ley 5/2023, estableciendo un derecho de solicitud de adaptación del tiempo de trabajo y de la forma de prestación laboral por conciliación familiar, con configuración convencional de su ejercicio y, en su defecto, aplicación de un procedimiento individual, está inspirada en dicha normativa europea y progresa en la integración en la organización de las empresas de este bien jurídico de amplia aceptación social. Sería conveniente, de todas formas, que acuerdos sectoriales estatales diseñen procedimientos marco de implantación de las medidas de conciliación que, en todo caso, aseguren un desarrollo más específico por la negociación colectiva de empresa, único ámbito realmente apto para compatibilizar los intereses que pueden verse enfrentados en el ejercicio de estos derechos individuales, estableciendo criterios y reglas capaces de eludir, además, una creciente judicialización de estos conflictos. En efecto, son los convenios o acuerdos colectivos de empresa el instrumento adecuado para integrar este eventual conflicto, desde la inmediatez que proporciona el conocimiento de las circunstancias empresariales y personales en juego, evitando al tiempo el riesgo de una excesiva individualización capaz de afectar, en una indeseable consecuencia, a las necesidades organizativas de las empresas. Por su parte, del lado de los trabajadores, subsiste incertidumbre en las reglas de garantía de su conciliación familiar y laboral, que el convenio estaría idealmente llamado a especificar. Asimismo, debería darse más protagonismo

a los Planes de Igualdad como alternativa al Convenio Colectivo y coordinar su regulación con la de la reducción de jornada.

En definitiva, por su propia naturaleza, este ámbito de los derechos conciliatorios no parece un marco propicio a regulaciones legales excesivamente prolijas y homogéneas, porque limita la más amplia capacidad y flexibilidad que reconoce el tratamiento convencional, en especial, a nivel de empresa.

PROPUESTA

Potenciar la inclusión en los convenios colectivos de medidas de adaptación flexible de la jornada por conciliación laboral y familiar, desarrollando el derecho de solicitud del trabajador, si las medidas no están previstas en el plan de igualdad aplicable.

6.2. Solución autónoma y extrajudicial de conflictos de conciliación familiar y laboral

La actual regulación legal confía en exceso en la solución judicial ante la negativa de la empresa a conceder lo solicitado por los trabajadores, lo que satura los juzgados de lo social y convierte a los jueces en árbitros de un conflicto de intereses entre la organización de la empresa y el derecho de conciliación familiar. En línea con lo ya indicado en relación con el tiempo de trabajo, sería deseable desjudicializar esta materia, como también los conflictos de horarios en jornadas reducidas por cuidado de hijo o familiar dependiente, incorporando expresamente a los acuerdos intersectoriales o sectoriales de solución autónoma de conflictos los que versen sobre estas materias, incluido el arbitraje obligatorio. Estos conflictos de organización y horarios deberían trasladarse de los juzgados sociales a arbitrajes obligatorios bajo la cobertura de estos acuerdos intersectoriales o sectoriales, agotando todas las posibilidades de la negociación colectiva para ordenar las jornadas reducidas y las modificaciones horarias por conciliación familiar, evitando en lo posible su individualización. Téngase en cuenta, además, que este derecho de solicitud de adaptación laboral choca, en ocasiones, con intereses de terceros trabajadores, afectados por el ejercicio de derechos conciliatorios de otros, lo que llevaría a incentivar, también mediante acuerdos de negociación colectiva, procedimientos internos en las empresas para solucionar este tipo de conflictos entre trabajadores, incluso mediante fórmulas de mediación entre ellos.

En todo caso, no parece que confiar en exclusiva a la vía judicial la solución de estas controversias sea la opción más favorable para ninguna de las partes. No solo por el retraso en la obtención de una respuesta, en muchos casos, urgente,

sino por la propia incapacidad del proceso judicial para permitir una mayor intervención de las partes en la resolución del conflicto. Aunque empresario y trabajador disponen de treinta días para negociar la solicitud y posibles alternativas, no es desdeñable que la presencia de un tercero extrajudicial puede contribuir a desbloquear el desacuerdo, porque actúa en equidad más que en estricta aplicación de la genérica legalidad, abriendo posibilidades que las partes, por sí solas, quizá no pudieron apreciar.

PROPUESTA

Sustituir el proceso judicial sobre medidas de conciliación familiar por sistemas extrajudiciales y autónomos previstos en la negociación colectiva intersectorial o sectorial, incluidos arbitrajes obligatorios.

6.3. Permisos no retribuidos o con protección social del Estado

El artículo 37 ET introdujo un catálogo de permisos retribuidos en determinados supuestos de hecho vinculados a necesidades personales de los trabajadores que luego han tenido continuidad histórica y sucesivas ampliaciones. No se trata de cuestionar este sistema, que desplaza a costes empresariales determinadas situaciones personales del trabajador, derivadas en general del azar o de libres decisiones individuales, pero sobre las que no existe posibilidad de control de la empresa y que tienen carácter ajeno al trabajo. Pero habría que combinar estas fórmulas con otras menos desarrolladas y más neutras, como los permisos no retribuidos (que permiten la atención a necesidades personales manteniendo el puesto de trabajo sin coste empresarial) o los propios permisos con prestación social (siguiendo el modelo de nacimiento de hijo, que ha suprimido en los padres el permiso retribuido a cargo de la empresa). Es claro que la empresa debe tolerar estas ausencias que, por razones estrictamente personales o por deberes públicos, impiden la realización de la prestación, evitando cualquier tipo de consecuencia profesional, pero ello no implica que deban financiarse a su costa, añadiendo al coste organizativo el económico derivado de su retribución. A este respecto, de nuevo debiera ser la negociación colectiva el instrumento que, en su caso, reconociera ese efecto salarial, que no tendría que imponerse por ley. Esta reflexión es especialmente oportuna tras los Decretos-Leyes 5/2023 y 2/2024, que, en transposición de la Directiva europea 2019/1158, incorporan las ausencias por fuerza mayor y el permiso parental, sin un modelo claramente definido de reparto de

costes, aumentando los de las empresas como sucede con el derecho a la acumulación del permiso retribuido de lactancia. Es de esperar que la retribución exigida por la norma europea en una parte del permiso parental, que algunos todavía creen pendiente de transposición, sea a cargo de la Seguridad Social y no soportada por las empresas.

La conciliación familiar exige un equilibrio de reparto de costes entre trabajadores, empresas y Estado, y no es viable en todo caso, ni recomendable, un modelo donde solo sean las empresas las que soporten, en buena medida, la financiación de dicha conciliación. Las directivas europeas (por ejemplo, esta misma Directiva 2019/1158) dejan bastante margen a los Estados para este reparto de costes y no exigen que se atribuya a las empresas la retribución de los permisos por necesidades personales o cuidado de convivientes como si de tiempo de trabajo se tratara, siendo desproporcionado que aquellas se deban hacer cargo de financiar derechos de conciliación familiar que, sobre todo en el caso de las pequeñas empresas, puede resultar inasumible. La conciliación familiar es un bien social indiscutible, pero debe tener una regulación equilibrada donde la empresa no sea la única que soporte unos costes económicos susceptibles de terminar perjudicando a la iniciativa económica y al empleo.

En este contexto, de nuevo el convenio colectivo parece mostrarse como el instrumento regulador idóneo y sensible a los intereses eventualmente confrontados en esta materia, pudiendo disponer de mayores recursos para resolverlos de manera equilibrada. Así, frente a la sola opción por la compensación en salario, el convenio sería apto para fijar otro tipo de compensaciones satisfactorias en mayor medida para la necesidad conciliatoria del trabajador y la necesidad empresarial, por ejemplo, con previsión de descansos o fórmulas alternativas de recuperación del tiempo invertido en la ausencia.

PROPUESTA

Ligar la retribución a cargo de la empresa de nuevos permisos vinculados a conciliación familiar y laboral a lo que establezca la negociación colectiva, con previsión de fórmulas alternativas de redistribución del tiempo de trabajo, permisos no retribuidos o permisos con protección social del Estado.

CAPÍTULO 4.

La organización de las actividades productivas

1. Introducción
2. El régimen de la subcontratación de obras y servicios y responsabilidades empresariales
3. El régimen y los efectos legales de los grupos de empresas en el ámbito laboral
4. El ámbito de actuación de las Empresas de Trabajo Temporal (Agencias Privadas de Empleo) en la puesta a disposición de personal a las empresas usuarias y el alcance de sus responsabilidades
5. El impacto de las nuevas tecnologías en la organización del trabajo y en el desarrollo de la producción, en especial sobre la trascendencia de los sistemas de inteligencia artificial en las relaciones laborales

1. INTRODUCCIÓN

Las empresas deben tener garantizada plena libertad de organización de las actividades productivas, pudiendo dar lugar a estructuras complejas en las que se recurra a la externalización de partes del proceso productivo y en las que puedan concurrir, para su desarrollo, diversas entidades empresariales, a través de la celebración entre ellas de contratos mercantiles articulados a través de la figura de la subcontratación de obras y servicios o mediante la configuración de grupos de empresas, entre otros. Aunque el régimen jurídico de la primera ha sido objeto de amplia controversia, parcialmente pacificada mediante la referencia al convenio aplicable de la reforma de 2021, las insuficiencias siguen subsistiendo; al tiempo, en el caso de los grupos de empresa, lo cierto es que se carece de un reconocimiento suficiente y una disciplina clara en el ámbito laboral, que

choca con el hecho de que la actuación de grupos empresariales ajenos a cualquier intento de eludir responsabilidades o defraudar derechos laborales es una frecuente realidad en el mundo económico actual que no ha tenido, hasta ahora, un tratamiento apropiado e integral por parte de la normativa laboral, más allá de referencias aisladas.

En esta misma perspectiva de estrategia empresarial organizativa, también merece atención y probable revisión el papel a desempeñar por las empresas de trabajo temporal, o agencias de empleo, no solo en el suministro de mano de obra temporal a las empresas, sino también en lo relativo a la más flexible organización de sus actividades productivas.

2. EL RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS Y RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES

El artículo 42 ET, que ordena esta relación entre empresas, se caracteriza por dos notas esenciales. De una parte, su centralidad en el sistema de relaciones de trabajo, al abordar la regulación desde la perspectiva laboral de la externalización de actividades por las empresas, que constituye, en muchas ocasiones, una exigencia de flexibilidad en la organización de sus recursos y de garantía de competitividad. De otra, su complejidad y disfuncionalidad, que crea una inseguridad jurídica inconsistente con la relevancia y funcionalidad de la figura legal.

Complejidad que comienza con la referencia al concepto de «propia actividad», que suscita dudas interpretativas pero que ha sido ya precisado por nuestra jurisprudencia para aclarar que se refiere a la contratación de actividades «inherentes al ciclo productivo» de la empresa principal, habiéndose descartado la teoría que quería ampliarlo hasta hacerlo coincidir con el de «actividades necesarias» para el desarrollo productivo, capaz de incluir tareas imprescindibles, tales como limpieza o seguridad, pero alejadas de las propias del ciclo productivo de la empresa. Teniendo en cuenta esa jurisprudencia, no parece necesaria, ni aun conveniente, una ulterior clarificación legislativa del concepto, que podría resultar contraproducente e incluso contribuir a oscurecer la doctrina jurisprudencial.

Con todo, como se señalará, sigue sin clarificarse cuál es el ámbito funcional exacto del artículo 42 ET, en tanto que, excepto sus apartados 1 y 2, su régimen jurídico parece estar referido a todo tipo de contrata, y no solo a aquellas delimitadas por la propia actividad. En este punto, sería adecuada una mayor concreción legal.

Pero el mayor nivel de inseguridad jurídica para tan esencial actividad de externalización se da en el ámbito de las responsabilidades propias de las empresas principales y de las empresas contratistas en caso de incumplimientos por estas últimas de sus deberes en el ámbito salarial y de Seguridad Social. El legislador se inclina, como regla general, por una responsabilidad de carácter solidario ya de por sí incoherente con la existencia de dos empleadores perfectamente diferenciados, con plena independencia y autonomía empresarial, que es la premisa de este precepto, ya que, en caso contrario, se estaría en el ámbito de la cesión ilícita del artículo 43 ET, donde esa penalización sí cobra pleno sentido. Por el contrario, hay que advertir que, por definición, en el marco del artículo 42, la empresa contratista mantiene y ejerce sus poderes de dirección y el control y definición de la organización del trabajo. Si la contrata o subcontrata es una empleadora real pero incumplidora de determinados deberes, la acción de su personal debería dirigirse inicialmente contra ella, y solo si no puede o quiere afrontar las consecuencias de tales incumplimientos, tal acción debiera dirigirse subsidiariamente contra la empresa principal. Régimen consecuente, a su vez, con el artículo 168.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en supuestos de responsabilidad empresarial por el pago de las prestaciones, que atribuye al empresario principal, en caso de contratas y subcontratas, responsabilidad subsidiaria, respondiendo solo en caso de que el contratista o subcontratista haya sido declarado insolvente. A lo sumo, podría configurarse una especie de fianza solidaria, pero sin llegar en ningún caso a la solidaridad pura. Como es incoherente tal responsabilidad solidaria del artículo 42 con la de carácter subsidiario que se contempla respecto a las contratas realizadas para actividades ajenas a la «propia», excluida únicamente la materia de prevención de riesgos laborales.

En todo caso, ese nivel de responsabilidad debería estar en consonancia con la diligencia mostrada por la empresa principal a la hora de asegurar el cumplimiento de los deberes por parte de la empresa contratista. Y es aquí donde los dos primeros párrafos del artículo 42 ET muestran una total incongruencia y una regulación de difícil comprensión, provocando un alto grado de inseguridad jurídica que se debe corregir.

En efecto, el párrafo primero del artículo 42 establece que la empresa principal, se entiende que, antes de contratar, ha de pedir «certificación negativa por descubiertos» a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), la cual debe emitirla en un plazo determinado, transcurrido el cual sin respuesta o con respuesta de inexistencia de descubiertos, ha de entenderse, la empresa principal «quedará exonerada de responsabilidad». Hay que tener en cuenta de que se trata de deudas

contraídas por la empresa contratista *antes* de su contrato de prestación de servicios con la empresa principal, por lo que, en principio, esta no tendría que responder, en general, por tales deudas. Ciertamente, supone una medida precautoria para evitar situaciones de incumplimiento y que la empresa principal conozca, inicialmente, el nivel de seriedad y de atención a sus compromisos de la otra parte contratante, pero en la generalidad de los supuestos la empresa principal no tendría por qué responder de deudas anteriores respecto a la Seguridad Social, ni tampoco de eventuales deudas salariales, que el apartado 2 del artículo 42, como en el caso de las de Seguridad Social, limita a las contraídas *durante* la vigencia de la contrata. La «penalización» por no solicitar este certificado de posibles deudas anteriores, o por resultar de él la existencia de descubiertos, no debería ser que la empresa principal responda de deudas anteriores de la empresa contratista, sino que exista, ahora sí, responsabilidad solidaria por las deudas contraídas durante la contrata. Contratar con una empresa presuntamente incumplidora de sus obligaciones justifica, en efecto, el establecimiento de una responsabilidad solidaria por las deudas que surjan durante la ejecución de la contrata, pero resulta excesivo hacer cargar a la principal con las previas a su relación interempresarial.

Respecto a aquellas deudas, sin embargo, el precepto vuelve a caer en incongruencias y omisiones. En efecto, además de imponer en todo caso, y no solo en el supuesto apenas descrito, la responsabilidad solidaria, omite aquellas acciones que la empresa principal podría desarrollar para evitar esa responsabilidad. Más concretamente, si, como se da en la práctica de muchas contratas, la empresa principal no solo ha pedido el certificado inicial a la TGSS, sino que, además, solicita regularmente a la contratista o en su caso a la TGSS información sobre el estado de sus obligaciones de Seguridad Social y salariales, de forma que pueda actuar de manera inmediata en caso de comprobar un incumplimiento, pierde sentido esa responsabilidad de carácter solidario, salvo que la empresa principal desprecie la existencia de descubiertos con la Seguridad Social o incumplimientos salariales y continúe sus relaciones con la contratista sin adoptar medidas correctoras.

Es necesario, pues, establecer una regulación adecuada en materia de responsabilidades, primando a aquellas empresas principales que actúan diligentemente para comprobar el estado de cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social de las contratistas no ya solo al inicio de la contrata que también, aunque la falta de diligencia, en este caso, no se deba traducir en responsabilidades por deudas anteriores sino posteriores, adaptando la existencia y el grado de tales responsabilidades a dicha diligencia. Con ello se corregirían los negativos efectos deducibles de una reciente doctrina judicial (STS(CA) de 3 de febrero de

2021) que concluye que, al no contemplarse expresamente en el artículo 42 ET todas las actuaciones diligentes que pueda desarrollar la empresa principal para determinar el nivel de cumplimiento por la contratista de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social como la de requerimiento mensual de la información al respecto, no ha de tener consecuencia alguna sobre su plena responsabilidad solidaria el desenvolvimiento de tal diligencia. Esta interpretación deriva en una suerte de responsabilidad objetiva que impide cualquier exoneración de la empresa principal ni deseable ni justificable en este contexto.

PROPUESTA

Aclarar la aplicación de la regulación solamente a los supuestos de contrataciones relacionadas con la propia actividad, en el sentido precisado por la jurisprudencia, de la empresa principal.

Clarificar y, en su caso, modificar el régimen de responsabilidades de la empresa principal respecto a la contratista, a efectos de dotarlo de mayor coherencia y seguridad jurídica, especialmente cuando la principal actúa regular y diligentemente para comprobar el cumplimiento por la contrata de sus obligaciones en materia salarial y de Seguridad Social. Excluir responsabilidad por las deudas precedentes y, respecto de las surgidas durante la vigencia de la contrata, mantener solo la subsidiaria, salvo en aquellos supuestos en los que la empresa principal no solicite los certificados previstos o ignore los resultados negativos que resulten de ellos.

3. EL RÉGIMEN Y LOS EFECTOS LEGALES DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL ÁMBITO LABORAL

No es necesario insistir en la trascendencia creciente de los grupos de empresas tanto en el tráfico jurídico como, en particular, en el ámbito laboral. No obstante, durante años, la norma laboral ha ignorado esta figura, propiciando tal vacío normativo un papel decisivo de la jurisprudencia, que lleva décadas tratando de delimitar su régimen y los efectos de su actuación en las relaciones laborales.

Esta anomia subsiste, hasta cierto punto, en tanto que, incluso asumiendo en lo laboral la definición de grupo que existe en la normativa comunitaria y en la mercantil interna, falta una delimitación legal que dispense una mayor seguridad jurídica sobre qué constituye actuación legal o fraudulenta de tales grupos en el

ámbito laboral y las consecuencias, especialmente a efectos de responsabilidades, de tal calificación. Lo anterior ha de verse a la luz de dos cuestiones esenciales.

Primera, la delimitación que del grupo de empresas ha realizado, hasta hace poco, la jurisprudencia se ha centrado, básicamente, en establecer cuándo estamos ante lo que se denomina un grupo de empresas «patológico» a efectos laborales. Para ello se ha establecido una variedad de criterios, no todos en el mismo nivel conceptual y práctico por ejemplo, no puede equipararse la apariencia de unidad a la confusión de plantillas, cuya concurrencia, parcial o total, lleva a «levantar el velo de la personalidad jurídica» y a considerar al grupo, o a la empresa matriz, como verdadera empleadora y, en todo caso, responsable, única o solidaria, de las consecuencias negativas derivadas de aquella actuación patológica. Elaboración completada de forma reciente por lo que se ha denominado la doctrina de la «empresa grupo», que considera no patológica la actuación del grupo en lo laboral, pero que determina su identificación como el empleador único y, en todo caso, la atribución de una responsabilidad solidaria entre sus integrantes.

Segunda, precisamente al hilo de esta doctrina adicional del TS, el hecho de que el legislador más reciente ha contemplado el grupo de empresas como sujeto que puede actuar como tal en las relaciones laborales, sin necesidad de los criterios negativos que determinaban su carácter «patológico» y sin extraer, como consecuencia lógica de tal actuación, la consideración del grupo como empleador único o la afirmación de la responsabilidad solidaria, ya de la empresa matriz, ya de las empresas del grupo. El ejemplo más evidente se muestra en los artículos 84.2 y 87.1 ET, relativos a la negociación colectiva en el grupo de empresas. Si nos atenemos a la doctrina jurisprudencial, parece ineludible que esta actuación del grupo lleva, inexorablemente, a establecer la responsabilidad solidaria o a declarar al grupo como empleador único. Sin embargo, la actuación del grupo como sujeto negociador no conlleva ni una ni otra consecuencia, en tanto que la mera firma de un convenio colectivo no presupone automáticamente instituir al grupo que negocia como empresario, titular de todas las relaciones laborales de las empresas del grupo, ni desde luego a declarar la responsabilidad solidaria entre todos sus componentes.

Es esta actuación plenamente lícita del grupo de empresas en lo laboral, sin consecuencias iniciales y directas en el ámbito de la determinación del sujeto empleador o del responsable solidario o único, la que conviene clarificar. Y hacerlo no ya solo en lo relativo a la identificación del grupo como unidad de negociación del convenio colectivo, sino en otros aspectos ahora ignorados, pero en los que la regulación de la actuación del grupo en cuanto tal puede ser tan conveniente

como en el ámbito de la negociación colectiva. Así, en los supuestos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión colectiva, despido colectivo o, en fin, movilidad de los trabajadores en el grupo (movilidad intragrupo, sin caer en la confusión de plantillas). En particular, la movilidad de trabajadores dentro del grupo debe contemplarse al margen de cualquier consideración de prestamismo de mano de obra o de cesión ilegal, y deben clarificarse las relaciones entre las empresas del grupo en los supuestos de conflictos laborales en una de las empresas y no en otras que puedan mantener relaciones con ella, evitando que la existencia del grupo constituya un elemento «penalizador» de las posibilidades empresariales de reacción frente a la huelga (ya que, en caso de huelga en una empresa contratista, la doctrina judicial acepta que la empresa principal recurra a otro proveedor, mientras que ello se considera atentatorio del derecho de huelga cuando la contratista forma parte del mismo grupo de empresas de la principal). Y debiera también delimitarse la responsabilidad solidaria que, en todo caso, pueda tener la empresa matriz en relación con la filial (ya afirmada por la jurisprudencia).

PROPUESTA

Regularizar el régimen jurídico del grupo de empresas como sujeto lícito en las relaciones laborales a los efectos de adoptar decisiones contractuales y de negociación colectiva, sin considerarlo, apriorísticamente, como empleador ni atribuir de forma automática responsabilidades solidarias al grupo o a la empresa matriz.

4. EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (AGENCIAS PRIVADAS DE EMPLEO) EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE PERSONAL A LAS EMPRESAS USUARIAS Y EL ALCANCE DE SUS RESPONSABILIDADES

Es sabido el crucial papel que las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) cumplen en los mercados laborales. Su experiencia y profesionalidad para la puesta a disposición de personal adecuado a las necesidades de las empresas usuarias, unidas a las estrictas garantías exigidas para el adecuado desarrollo de dichas funciones de puesta a disposición tan esenciales para los derechos de los trabajadores, contribuyen a dotar de seguridad a la contratación temporal de mano de obra a su través y garantizan también la «calidad» de dicha contratación. Es indudable que ese

papel clave para la competitividad y eficiencia del mercado de trabajo se acompaña de un grado de intervencionismo público en su constitución, funcionamiento interno y actuación sin parangón en otros actores de las relaciones laborales. Por ello es necesario no penalizar su actuación a efectos de potenciar la contratación de calidad que desarrollan, a cuyos fines parecen convenientes dos cambios normativos, uno relacionado con su papel en el fomento de la contratación indefinida y otro relativo a la identificación de la responsabilidad en la determinación de las causas del contrato de puesta a disposición.

Por un lado, aunque las ETT pueden ahora contratar a los trabajadores tanto por tiempo indefinido como determinado para su puesta a disposición, lo cierto es que el contrato de puesta a disposición viene limitado por el hecho de que solo cabe para necesidades temporales de las empresas usuarias, lo que excluye sus necesidades indefinidas. No obstante, dada la pretensión del legislador de promover la contratación indefinida, y más concretamente la de carácter fijo discontinuo, parece adecuado considerar que las ETT también puedan intervenir en esta contratación, en tanto que su experiencia en el mercado de trabajo les permite afrontar, mejor que lo podrían hacer muchas empresas usuarias, la compleja gestión de los contratos fijos discontinuos.

En este sentido, sería preciso que la norma contemplara específicamente esta posibilidad de puesta a disposición de trabajadores contratados como fijos discontinuos para cubrir en las empresas usuarias posiciones también fijas discontinuas, contribuyendo a un natural cambio de denominación y, en cierta medida, de naturaleza, de las actuales ETT a agencias privadas de empleo. Igualmente, estas agencias, si tienen contratados a sus trabajadores por tiempo indefinido (con contratos indefinidos ordinarios, no fijos discontinuos), deberían poder ponerlos a disposición de empresas usuarias para cubrir puestos de trabajo también fijos. Nada debería impedir esta posibilidad, teniendo garantizada el trabajador la fijeza a través de su vinculación indefinida con la agencia de empleo (y garantizada la igualdad retributiva con los trabajadores de la empresa usuaria), si bien tal opción debería someterse a las debidas cautelas, tales como la fijación de un porcentaje máximo en las empresas usuarias de contrataciones indefinidas a través de agencias de empleo o la imposición a tales contrataciones de una duración máxima. También habría que tener en cuenta las consecuencias de esta opción en el ámbito de las representaciones laborales y de los beneficios legalmente atribuidos a ellas.

Por otro lado, y precisamente en aras de una mayor calidad del empleo en nuestro mercado laboral mediante la intervención de estas agencias, es oportuno un cambio de perspectiva respecto al control de la causalidad contractual en la

puesta a disposición. En efecto, en la actualidad existe una acentuada disfuncionalidad consistente en requerir la justificación, y consecuente responsabilidad, a las ETT de la causalidad temporal de los contratos del personal que va a ser puesto a disposición de las empresas. Tales causas, sin embargo, escapan, en gran medida, a su posible control, al justificarse la contratación por las necesidades (temporales) declaradas por las empresas usuarias. Recuérdese que son estas últimas, y no las ETT, las que asumen los poderes directivos respecto al personal puesto a su disposición y, desde luego, las responsabilidades de la gestión y desarrollo de la organización del trabajo en la que dicho personal se integra. Las ETT, por tanto, han de «fiarse» de lo que declare la empresa usuaria sobre sus necesidades temporales y, por razones comerciales, no parece razonable exigir a aquellas una fiscalización exhaustiva al respecto.

Pese a ello, esta ficción de que el control corresponde a las ETT se lleva al extremo cuando, como ha establecido una doctrina judicial reciente, la ausencia de las necesidades temporales en la empresa usuaria lleva a declarar por los tribunales la existencia de cesión ilegal, con las consiguientes responsabilidades conjuntas de ETT y empresa usuaria. Es, pues, necesario terminar con esta solución que no se compadece con la realidad, a cuyos efectos las ETT (agencias privadas de empleo) debieran responsabilizarse, en caso de puesta a disposición por necesidades temporales alegadas por la empresa usuaria, solo de los límites temporales máximos establecidos en la ley o de los periodos de actividad y no actividad indicados por la empresa usuaria en el caso de trabajos fijos discontinuos, pero no de la causalidad de aquellas necesidades o de estos periodos, cuya responsabilidad ha de recaer, en exclusiva, en la empresa usuaria.

Por otra parte, algunas consideraciones merece también, en este contexto, la regulación de la cesión ilegal de trabajadores, que, tal y como se formula actualmente, dificulta la implementación en España de modelos de negocio que dinamizan la atracción de nómadas digitales o la contratación de trabajadores españoles para prestar servicios a empresas extranjeras aún no establecidas en España. Para estas empresas se advierten trabas de acceso tales como gestiones de registro ante hacienda y seguridad social, necesidad de nombrar un representante residente en España, dificultades derivadas del cumplimiento íntegro de la normativa laboral española para un solo empleado (o muy pocos), problemas de economías de escala al contratar servicios de proveedores de beneficios sociales, seguros o prevención de riesgos laborales, entre otras. Barreras que otros sistemas afrontan mediante empresas dedicadas a la contratación del trabajador por y en nombre de su cliente, asegurando el cumplimiento de la normativa local y gestionando

el pago de cotizaciones y retenciones fiscales. En la actual y creciente digitalización, contar con esta clase de agentes, además de eliminar obstáculos de entrada para contratar nómadas digitales, supone, para el trabajador, más ventajas que estar empleado por el empleador extranjero: mayor facilidad para ejecutar cualquier sentencia y existencia de una organización con recursos en España frente a la que reclamar. Como alternativa, cabe la acreditación de una figura de representante en España de empresa extranjera que asumiera las responsabilidades en materia fiscal y de seguridad social, así como el cumplimiento normativo laboral, facilitando la externalización de estas obligaciones por las empresas extranjeras, haciendo más atractiva la contratación en nuestro país precursora, en su caso, de una posterior mayor implantación de esas empresas extranjeras.

En todo caso, para evitar situaciones fraudulentas de este modo de contratación excepcional y asegurar que la regulación no afecta a las condiciones de trabajo, cabe incorporar ciertas cautelas: depósitos o garantías mínimas, responsabilidad solidaria respecto del trabajador (no en materia sancionatoria, que debe corresponder solo a la empleadora formal), límite máximo de trabajadores españoles contratados por esta vía por empresas extranjeras, aplicación al trabajador de las condiciones convencionales de la empresa usuaria, cualificación y remuneración mínimas, exclusión de empresas sin actividad o negocio en España, entre otras. Teniendo en cuenta estas cautelas, una solución podría ser la de confiar estas contrataciones a las empresas de trabajo temporal o agencias de empleo que podrían, con todas las garantías derivadas de su régimen jurídico, asegurar las finalidades pretendidas.

PROPUESTA

Facultar a las Agencias Privadas de Empleo la puesta a disposición de personal en las empresas usuarias para actividades no solo temporales, sino de naturaleza fija discontinua, contratando, a su vez, tales agencias a dicho personal con este tipo contractual. Y para cubrir, mediante trabajadores fijos, posiciones también fijas en las empresas usuarias, con límites temporales o porcentuales precisos.

Limitar la responsabilidad de tales agencias al respeto de la duración máxima de los contratos temporales o de los periodos de actividad-no actividad declarados por la empresa usuaria en los contratos fijos discontinuos, sin obligar a la comprobación de la veracidad de las causas temporales o fijas discontinuas, cuyo control (y las consiguientes responsabilidades) debe residir, exclusivamente, en la empresa usuaria.

Establecer una excepción a la normativa de cesión ilegal de trabajadores para el caso de empresas que presten servicios de contratación de trabajadores en España para empresas extranjeras, de concurrir determinados requisitos. O bien confiar esa contratación a las empresas de trabajo temporal o agencias de empleo.

5. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO Y EN EL DESARROLLO DE LA PRODUCCIÓN, EN ESPECIAL SOBRE LA TRASCENDENCIA DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RELACIONES LABORALES

Las sucesivas revoluciones industriales o, si se prefiere, evoluciones que se han sucedido a lo largo de la historia han tenido idéntica seña de identidad: el creciente, imparable y vertiginoso desarrollo de la tecnología. En nuestros días, el sistema productivo viene transformándose de manera radical: el índice de innovación tecnológica se ha acelerado exponencialmente y los medios de producción mutan de forma muy rápida con la incorporación de nuevos sistemas y materiales; nuevas aplicaciones informáticas permiten la gestión de flujos masivos de datos y los algoritmos ayudan a una asignación más eficiente de los recursos y la toma de decisiones; sectores de actividad tradicionales se enfrentan a fórmulas disruptivas de competencia que difuminan la imagen tradicional de los mercados; los robots y las aplicaciones de inteligencia artificial se convierten en un instrumento fundamental en la incesante búsqueda de la eficiencia y la productividad; y, en fin, el uso del lenguaje conocido como Chat GPT para la interlocución con los trabajadores o para la adopción de decisiones en el ámbito laboral pueden conducirnos a situaciones hoy inimaginables.

El resultado de todo ello es que el cambio tecnológico que estamos viviendo, con la inteligencia artificial (IA) a la cabeza, anuncia una verdadera disrupción en los modos y formas de entender en el futuro próximo la idea de trabajo, sus sujetos y las condiciones de su prestación. El desarrollo exponencial de los sistemas de IA y, de su mano, tecnologías como la robótica y el internet de las cosas, van a determinar una transformación organizativa en la empresa sin precedentes y, con ello, un redimensionamiento sustancial del factor trabajo. El gran reto del ordenamiento laboral va a ser, precisamente, cómo regular un trabajo por cuenta ajena con unas características y un entono organizativo muy distinto, marcado por una tecnología que, como la dada por la IA, representa unos paradigmas muy diferentes de los que alumbraron dicho ordenamiento hace más de un siglo.

Ello obliga, necesariamente, a repensar el papel y el contenido de la regulación jurídica laboral frente a esa ola de cambios, hoy ausentes o insuficientemente reflejados en nuestro marco ordenador de las relaciones laborales pese a sus ya omnipresentes manifestaciones. Es este un terreno en el que convendrá ir de la mano de la normativa comunitaria que ofrece ya referencias importantes al respecto. Principalmente, la Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales (aún sin publicar en el Diario Oficial), con referencia específica al papel de la IA en tales plataformas, y, sobre todo, el recientemente aprobado Reglamento 2024/1689, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (RAI) (DOUE 12 julio 2024), que contempla ya reglas jurídicas específicas, como es la obligación de «alfabetización» en materia de IA o la obligación de garantizar, en entornos ampliamente digitalizados, un control humano de algún tipo sobre las decisiones que se adopten automáticamente, lo que, entre otras consideraciones de interés, reitera la reciente Declaración Europea sobre los derechos y principios digitales. El propósito esencial es que la IA, como nos ilustra el artículo 1 del Reglamento, esté centrada en el ser humano y sea respetuosa, al máximo, con los derechos fundamentales.

Por su parte, en nuestro ámbito interno de las relaciones laborales, la IA es también objeto de atención preferente, más que en la legislación propiamente dicha, en el proceso de elaboración de directrices e informes de buenas prácticas para la implementación del reglamento europeo, así como en la atención de los agentes sociales. En este segundo contexto, tal como se indica en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, las partes del mismo, empresarial y sindical, comparten que «la implantación de las tecnologías digitales aporta claros beneficios tanto para las empresas como para las personas trabajadoras en la medida que supone nuevas oportunidades de trabajo, aumento de la productividad, nuevas formas de organizar el trabajo, así como en la mejora de la calidad de los servicios y productos, si bien, al mismo tiempo, comporta retos como consecuencia de su impacto en las condiciones de trabajo». No obstante, aún se está lejos de que tales declaraciones y principios se trasladen a los convenios colectivos mediante regulaciones específicas.

De lo anterior podemos deducir la urgencia de que nuestra normativa laboral, legal y convencional, asuma en su ordenación futura el papel central que en la conformación del factor trabajo van a desempeñar estas tecnologías disruptivas, y muy especialmente la aplicación en las empresas de nuevos y eficientes sistemas de IA. Aunque hemos ido haciendo referencia particularizada a esta incidencia

del elemento tecnológico en distintos apartados de este Informe, conviene ahora destacar, conjuntamente, algunos aspectos, aun sin ánimo de exhaustividad, que resultan particularmente ilustrativos de la relevancia que los desarrollos regulatorios presentes y futuros han de reconocer al papel central del cambio tecnológico.

5.1. Las consecuencias legales de la digitalización de la organización del trabajo y de la gestión de personas, en especial sobre el desarrollo y aplicación de sistemas de inteligencia artificial en la empresa

Los cambios tecnológicos actuales, en especial de los sistemas de inteligencia artificial por su capacidad exponencial de afectar al trabajo, que progresivamente se vienen implantando en las distintas actividades de las empresas, van a representar –ya están representando, de hecho, en determinados sectores alteraciones sustanciales en la forma de trabajar y en la organización del trabajo, hasta el punto de llevar a la Inteligencia Artificial Responsable (RAI) a considerar de alto riesgo el desarrollo y la aplicación de tales sistemas en el ámbito de las relaciones laborales–.

De esta forma, como se insistirá luego, en tanto que los sistemas de IA desarrollarán cada vez más su propia autonomía decisoria, ello tendrá que contemplarse por la regulación laboral en su incidencia sobre las fuentes de los derechos y obligaciones laborales y, en particular, en las propias facultades directivas. En este sentido, será imprescindible establecer procedimientos ágiles y eficaces de validación humana de las recomendaciones y decisiones de aquellos sistemas sin perjudicar los beneficios de la mayor eficiencia organizacional que puedan representar.

Precisamente por esa característica única que representa la inteligencia artificial en su autonomía decisoria, la aludida calificación de alto riesgo por el RAI deberá llevar a la adopción de salvaguardas específicas para los derechos fundamentales que hagan compatible su máximo respeto con el más amplio desarrollo e implantación de los sistemas digitales. Al efecto, estos habrán de articularse sobre ciertos niveles esenciales de consenso, cuya consecución hace de la negociación colectiva un instrumento especialmente privilegiado para el tratamiento equilibrado de ese impacto, en coherencia con lo que recoge el antes citado V AENC.

En todo caso, es necesario que la regulación laboral determine ya las bases legales para la validez, con las apropiadas garantías, del contrato de trabajo «inteligente», iniciando su aplicación respecto a las condiciones laborales más «autoejecutables» (abono de salarios, concesión de ciertos permisos, planificación

de turnos, reconocimiento de determinadas partidas remunerativas, entre otras muchas cuestiones).

De la misma forma, hay que tener en cuenta que, como se contiene en otros apartados de este Informe, existe una creciente complejidad en la ordenación de condiciones esenciales de trabajo, lo cual hace cada vez más imprescindible la colaboración en su gestión de esos sistemas de inteligencia artificial, convenientemente ordenados tanto por la ley como, sobre todo, por la negociación colectiva. Tal es caso de la ordenación de la clasificación profesional, que habrá de conocer un profundo replanteamiento merced a un inevitable proceso de aparición continua de nuevas funciones y eliminación de muchas otras ahora presentes. Ello contribuirá a facilitar una regulación más abierta y flexible que la vigente en materia de grupos profesionales, abriéndose a un mayor protagonismo de otras referencias profesionales, como niveles o tareas funcionales, acentuando, al mismo tiempo, la importancia de la polivalencia profesional.

A su vez, las posibilidades de predicción de los sistemas de IA hacen posible una mayor y mejor programación de la carrera y promoción/formación profesional, en cuanto tales sistemas pueden ayudar a una proyección de sus etapas y requerimientos al mismo tiempo que posibilitan una individualización más adecuada. En este mismo sentido, ya se ha señalado la enorme complejidad regulatoria en materia de tiempo de trabajo, consecuencia de una multiplicidad de factores, sobre los que las nuevas tecnologías van a incidir de forma decisiva: las máquinas/programas pueden estar activas 24/7/365, de forma que el tiempo de trabajo habrá que contrastarlo y ordenarlo con una organización productiva que puede estar en permanente funcionamiento. Ello representa una complejidad estructural adicional a la ya actual para separar en un contexto organizativo altamente tecnológico el tiempo de trabajo del tiempo privado, que tiene una de las mayores expresiones, aunque no la única, en el derecho a la desconexión digital que ya hemos tratado. En ese contexto de máxima complejidad en la regulación del tiempo de trabajo, el ordenamiento laboral ha de permitir que la negociación colectiva sea fuente de reconocimiento de una mayor flexibilidad y fluidez en la relación entre las unidades «básicas» que lo estructuran jornada, horario, calendario y sus distintas variedades mediante distribución irregular, bolsas de horas, horas complementarias, horas suplementarias, horas extraordinarias (estructurales, fuerza mayor) o parcialidad legal y parcialidad efectiva, promoviendo que los programas de IA puedan colaborar en la compleja gestión de esta condición de trabajo esencial.

También el ordenamiento laboral ha de ser receptivo al hecho indiscutible de que la creciente implantación de sistemas de IA en la organización de las empresas

implica una progresiva «virtualización» del lugar de trabajo más allá del progreso que pueda conocer el trabajo a distancia, esencialmente ahora referido al trabajo en el domicilio del trabajador. Concretamente, la implantación de tales sistemas conlleva una relativización del «centro de trabajo» como referencia localista básica de la prestación laboral, en tanto que la IA facilita y potencia la ubicuidad del «lugar (virtual) de trabajo», que se alza como principal referencia, de forma que el «puesto de trabajo» se diluye a efectos no solo funcionales sino físicos. Una máxima expresión del trabajo a distancia digital es la creciente importancia que ostenta la prestación transnacional virtual (*inbound-outbound*), ausente del actual art. 40 ET, y ahora objeto de regulación parcial «paralaboral» (Ley 28/2022, de empresas emergentes).

Pero, a la vez, determinadas aplicaciones tecnológicas pueden relativizar el binomio trabajo presencial/trabajo a distancia, como será progresivamente el caso de prestaciones en el metaverso o contextos virtuales similares en cuanto «realidad laboral digital», que implican el tránsito de determinadas organizaciones del trabajo del *workplace* al *workspace*. En este sentido, existe la necesidad de determinar mínimamente las particularidades de la aplicación de la norma laboral al metaverso o escenarios similares, especialmente en relación con el respeto a los derechos fundamentales. Asimismo, hay que tener en cuenta que el metaverso, gestionado básicamente por IA, se nutre de cantidades ingentes de datos, incluyendo los de los prestadores de trabajo.

Por tanto, el lugar de la prestación, ya sea presencial, a distancia o virtual, sobre la base de esta diversidad brevemente descrita, ha de ser objeto de mayores precisiones particulares en materias tales como formación, control empresarial, prevención de riesgos laborales o, por citar un último y significativo ejemplo, incidencia en la representación de los trabajadores.

Otro de los ámbitos en los que la norma ha de considerar la utilización de sistemas de IA para la gestión de condiciones de trabajo crecientemente complejas es el del salario, y muy en especial el del salario variable. Como ya ha quedado indicado, este componente ha de ser potenciado, pero según acredita una cada vez más copiosa jurisprudencia al respecto es origen de una creciente litigiosidad. En este sentido, la diversidad de criterios que se quieren considerar para su determinación (individuales, de equipo, departamentales, de centro de trabajo, de empresa, de grupo de empresas) lo hace cada vez más necesitado de una mínima objetivación cuantificadora, labor en la que los sistemas de IA pueden resultar de gran utilidad. Es seguro que este es un contexto donde la IA puede resultar un aliado valioso hacia la flexibilidad salarial que nuestro sistema tiene pendiente, en gran medida, y que representa un déficit comúnmente compartido.

Lo mismo puede predicarse respecto a la aplicación de programas de IA a la determinación de qué constituye trabajo de «igual valor» a efectos retributivos, relacionado con los aspectos curriculares o funcionales. Los prolijos criterios actuales a los que se refiere el artículo 28 del ET para determinar su equivalencia «naturaleza de las funciones o tareas», «condiciones educativas, profesionales o de formación» y «condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad» pueden ser gestionados de forma más asequible y eficaz con los adecuados sistemas de IA. Por cierto, que esa mayor facilidad para la determinación de lo que sean trabajos de igual valor a efectos retributivos que facultan los sistemas de IA, seguramente permitirá, también, replantear y ajustar determinadas doctrinas judiciales actuales, como las relacionadas con la doble escala salarial, dado que se identificarán mejor tanto el *track* histórico como la proyección y predicción futura del componente remunerativo relacionado con el valor de las funciones para determinar la posible existencia de discriminación salarial.

Igualmente, en el ámbito salarial, es necesario un posicionamiento inicial y de bases en el ET sobre el posible abono salarial en criptomonedas, actualmente de viabilidad legal discutible por lo indicado en el art. 29.4 ET sobre el pago en «moneda de curso legal... o modalidad de pago similar a través de entidades de crédito», así como por las repercusiones que tal pago puede tener en los límites actuales del salario en especie (30 por 100 del salario, límite que debería ser disponible por negociación colectiva).

Pero no acaban en las anteriores las condiciones esenciales de trabajo susceptibles de verse afectadas por el cambio tecnológico y los nuevos sistemas de IA. Existen otras numerosas regulaciones contenidas en el ET, entre las que cabe reseñar ahora las referentes a las relaciones y operaciones corporativas, tales como la subcontratación o la sucesión y subrogación empresarial, o los grupos de empresas. Así, la propia conceptualización de qué sea «propia actividad» se verá redefinida por el uso intensivo de la IA, de la misma forma que la utilización casi ineludible por parte del personal de las contratistas o subcontratistas de los sistemas de IA de la empresa principal repercutirá en los criterios actuales de separación entre lícita subcontratación y cesión ilegal. De la misma forma, deberá reconsiderarse, a efectos de determinar si existe subrogación, el significado de «ente económico», incluso recomendando sustituir o complementar ese término por el de «ente tecnológico», cuando se traspasan (o no) sistemas de IA que pueden ser el elemento más valioso en la empresa o unidad productiva autónoma que se pretende ceder. En fin, la propia conceptualización de los grupos de empresas a efectos laborales deberá tener en cuenta, para evaluar el alcance del criterio de la «apariencia de unidad», que en la mayoría

de los casos tales grupos utilizarán un mismo sistema de IA, centralizándose, así, aspectos importantes en la gestión de sus actividades empresariales.

En definitiva, afectación transversal y profunda de la práctica totalidad de las instituciones jurídico-laborales consecuencia de la digitalización e impacto de las nuevas tecnologías y de los sistemas de IA, lo que no impide advertir que esta atención que debe prestar la regulación laboral presente y futura a tal fenómeno se ha de traducir con mayor intensidad, si cabe, en el caso de las nuevas empresas (las denominadas «emergentes», en muchos casos microempresas). Siendo su objeto social principal, precisamente, el desarrollo y aplicación de nuevas tecnologías, el enorme valor añadido que pueden aportar para la competitividad y productividad de todo el tejido empresarial en nuestro sistema resulta poco cuestionable, recomendando una atención singular también desde la perspectiva laboral para su más asequible constitución y funcionamiento.

PROPUESTA

Redefinir regulaciones básicas en el ET para integrar los efectos de las nuevas tecnologías y, en especial, de los sistemas de IA en las condiciones de trabajo y en las consecuencias laborales de operaciones corporativas, garantizando un marco legal más flexible, acomodado a esos cambios tecnológicos y con mayor capacidad de la negociación colectiva para determinar la aplicación en la gestión por la IA de tales condiciones.

Atender a las necesidades laborales de las empresas emergentes y centradas en la innovación tecnológica.

5.2. Reconocimiento como secretos empresariales de los algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial

El concepto de secreto empresarial remite a un conocimiento o información no notorios y con valor económico, actual o potencial, para la empresa, por suponer una ventaja frente a los competidores que la desconocen, y respecto de la cual se adoptan medidas razonables y apropiadas para preservarla o evitar su divulgación, tanto hacia el exterior, impidiendo que los terceros puedan acceder a la misma, como hacia el interior, disponiendo lo necesario para que puedan conocerla únicamente empleados o colaboradores que, por sus funciones en la organización empresarial, deban manejarla, sometidos siempre a un deber de secreto. En cuanto a la información o conocimientos susceptibles de integrar un secreto

empresarial, la Ley 1/2019, de secretos empresariales, incluye expresamente, en una enumeración bastante completa pero no exhaustiva, los referidos a aspectos tecnológicos, científicos, industriales, comerciales, organizativos o financieros, de suerte que los algoritmos y los sistemas de IA quedan claramente incluidos dentro de la referida delimitación.

Por ello, dado que los algoritmos y los sistemas de IA son altamente confidenciales, y que la definición legal permite su incorporación al concepto de secretos empresariales, debe establecerse su expresa consideración legal como tales en el ámbito laboral, a efectos de limitar tanto las obligaciones de información del empresario al respecto como el alcance del deber de confidencialidad de los trabajadores y el deber de sigilo de sus representantes. La previsión actual, contenida en el artículo 64.4.d) ET, del derecho de información de los comités de empresa al respecto, es excesivamente genérica y utiliza una terminología poco precisa («parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos», «elaboración de perfiles»), por lo que tendría que ser revisada partiendo de las consideraciones anteriores.

PROPUESTA

El establecimiento de reglas sobre transparencia algorítmica debe partir de su carácter de secreto empresarial y someter su control a los estrictos criterios que contempla la Ley 1/2019, limitando, en el ámbito laboral, la obligación empresarial de información y reforzando los deberes de confidencialidad de los trabajadores y de sigilo de sus representantes.

5.3. Control *a posteriori* de usos irregulares o discriminatorios de los algoritmos, transparencia y negociación colectiva

La lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones despliega sus efectos en múltiples campos del actuar humano y, lógicamente, también en el laboral. Aquí es la empresa la que, hasta el momento, ha incorporado su uso, hasta el punto de que el empresario parece estar dispuesto a complementar sus facultades directivas con las propuestas decisorias derivadas de los sistemas de IA aplicados a la gestión de las personas y de la organización del trabajo.

Al respecto, es conveniente integrar en el Estatuto de los Trabajadores, en general, y en su regulación de las facultades empresariales de ordenación, control y disciplina, en especial, lo relacionado con la extensión y límites de los procesos

automatizados (propuestas) de decisión derivados de los sistemas de IA, a efectos de proporcionar una imprescindible seguridad jurídica tanto a empresas como a trabajadores. Máxime a la vista del carácter excesivamente genérico de la regulación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y, más aún, de la trascendencia para la empresa de la entrada en vigor del ya referido RAI, que califica de alto riesgo los sistemas de IA concernientes al «empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo» y, en concreto, los «sistemas de IA destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas... (y) para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones».

La normativa vigente y la que se aprobará en el futuro próximo respecto a la aplicación de los sistemas de IA en lo laboral se centran en el establecimiento de medidas para facilitar la transparencia y la negociación de estos sistemas algorítmicos. No obstante, lo cierto es que el establecimiento y desarrollo de estos sistemas deben quedar, dado su carácter estratégico para la organización del trabajo, dentro de las facultades empresariales, por lo que tales medidas deberían centrarse, prioritariamente, en el control de las consecuencias de su aplicación. Cuando de esta aplicación se desprenda una afectación a los derechos de los trabajadores, en particular un «sesgo discriminatorio», deben actuar las medidas correctoras, sin que se establezcan «controles preventivos» que puedan cuestionar la funcionalidad de los sistemas de IA o el uso de los algoritmos. Medidas correctoras que deben implementarse, fundamentalmente, a través de la negociación colectiva, desde su cercanía al objeto de que se trata.

PROPUESTA

Legitimar la adopción de decisiones empresariales basadas en los sistemas de IA, dando seguridad jurídica a las facultades empresariales en su uso y adecuando las exigencias de transparencia y de información y consulta en la conformación, sobre lo aportado por tales sistemas, de condiciones de empleo y trabajo, centrando el control en las consecuencias de su aplicación. Las medidas correctoras, de acreditarse uso irregular o sesgo discriminatorio del algoritmo, deben confiarse, básicamente, a la negociación colectiva.

5.4. Regulación del régimen de control sobre los algoritmos desarrollados por la Administración laboral, en especial en materia sancionadora

El uso creciente de la IA por la Administración pública, en general, y en especial los programas de control predictivo que se están desarrollando por la ITSS, la TGSS, el INSS o el SEPE ponen de manifiesto la creciente trascendencia que estos sistemas vienen cobrando en el diseño y ejecución de los programas de la Administración laboral en su ámbito de intervención en el orden social, especialmente en sus vertientes fiscalizadoras y sancionadoras. Los propios documentos emanados de la Inspección de Trabajo así lo ponen de manifiesto, como se desprende, por ejemplo, del objetivo número 30 del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, aprobado por el Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021 (Resolución de 29 de noviembre de 2021, BOE de 3 de diciembre), que tiene el siguiente enunciado: «Mejorar la planificación de las actuaciones inspectoras, utilizando las herramientas más avanzadas de inteligencia artificial». Dentro de este objetivo se prevé la emisión automatizada de actas, en relación con cualquiera de las materias sometidas a inspección. Igualmente, en el objetivo 32, al mencionar la Herramienta de Lucha contra el Fraude, se hace referencia a la utilización de técnicas de análisis y la gestión masiva de datos.

El mismo año 2021 se aprobó en Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, por el que se modificó el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo), y se introdujo en él un nuevo capítulo para regular el procedimiento sancionador promovido por la actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado. Actuación administrativa automatizada que comprende «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público» (Artículo 41.1.º de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Y, en la misma línea, la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 24 de abril de 2023 (BOE de 5 de mayo) establece la tramitación electrónica automatizada de las reclamaciones de deuda y las providencias de apremio en el procedimiento de gestión recaudatoria de los recursos de la Seguridad Social.

Basta la consideración de estos datos para comprobar la gran rapidez con la que se está extendiendo la aplicación del conjunto de herramientas de IA por parte de la Administración, siendo numerosos los supuestos en que se utilizan

algoritmos para desarrollar actuaciones administrativas, por ejemplo, sin que se conozca por el administrado su utilización y sin cumplimiento, por tanto, de los principios clásicos de la actuación de las Administraciones públicas, esto es, la publicidad y la transparencia.

Todas esas actuaciones y prácticas administrativas tienen una gran incidencia en el ámbito de las relaciones laborales y de la Seguridad Social y, a su vez, en la propia dinámica empresarial, por lo que es necesario que los postulados de transparencia y control en la utilización de sistemas de IA se apliquen en este contexto incluso con más rigor que en el ámbito privado. Esos principios de transparencia y control resultan, además, exigidos tanto por la normativa interna española como por la europea ya citadas, de modo que, resultando aplicables en las relaciones entre sujetos privados, con más razón deben imponerse cuando se trata de las relaciones entre Administración y administrados. Cuando entran en juego relaciones de *imperium* (con el despliegue de potestades sancionadoras y de liquidación) resulta obligado un respeto más escrupuloso de las exigencias de legalidad, necesidad, adecuación y proporcionalidad, en un contexto que asegure el respeto de los aludidos principios de transparencia y control.

Pero, en la actualidad, la regulación de la información sobre estos sistemas y su transparencia es claramente insuficiente. El artículo 41.2 de la ya aludida Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, se limita a señalar que «en caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación». No falta razón a quienes han afirmado que esta regulación ha nacido ya desfasada, porque está pensada para algo muy novedoso hace décadas, pero que desconoce ahora que los verdaderos riesgos están en el contenido de las decisiones y no tanto en la forma en que ven la luz.

De todos los trámites susceptibles de digitalización, seguramente los relacionados con la imposición de sanciones son los más necesitados de transparencia y control, en la medida en que, como se anticipó, afectan a la facultad (de *imperium*) más contundente de las ejercitadas por la Administración, y a la que tradicionalmente el ordenamiento jurídico ha impuesto mayores exigencias y garantías jurídicas. La posibilidad de que los sistemas de IA o el tratamiento masivo de datos puedan, no ya determinar las decisiones administrativas sino incluso sustituir a la Administración Laboral y de la Seguridad Social en el ejercicio de sus facultades

legales de inspección y sanción, requiere de un escrupuloso respeto a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, así como la garantía de una adecuada transparencia y control. Hay que tener en cuenta que la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013, de 9 de diciembre), impone la publicación de la «información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública» (artículo 5.1). Las Administraciones públicas deben por ello, en el ámbito de sus competencias, publicar las directrices, instrucciones, acuerdos y circulares que tengan efectos jurídicos (artículo 7.a). Y todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública (artículo 12), entendiendo por tal los «contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones» (artículo 13), no estando el interesado obligado a motivar su solicitud de acceso a la información (artículo 17.3).

Y la normativa más reciente, y más específica, refuerza las obligaciones de transparencia y control. Así, el artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, dispone, en su apartado 2, que «las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias en el ámbito de los algoritmos involucrados en procesos de toma de decisiones, priorizarán la transparencia en el diseño y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos». La Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, la Carta de Derechos Digitales y la propia normativa europea inciden en la exigencia de que los procesos derivados de la utilización de la IA sean transparentes y se puedan explicar a las partes afectadas por ellos.

PROPUESTA

Aplicar reglas que aseguren la participación, publicidad, planificación normativa y evaluación *ex ante* y *ex post* de la programación de la actuación de la Administración pública mediante sistemas de IA con incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social, con identificación de los concretos valores que justifican la intervención y objetivos últimos pretendidos con ella, así como el acceso público e incondicionado al código fuente.

Reforzar las garantías de transparencia y control en las actuaciones administrativas automatizadas, o cuasi automatizadas, en el procedimiento sancionador en el orden social, delimitando qué infracciones laborales y de Seguridad Social quedan afectadas por dichas garantías.

CAPÍTULO 5.

Medidas para la adaptación a la coyuntura: ERTES, despido colectivo y despido objetivo

1. Medidas de ajuste temporal *versus* medidas de ajuste definitivo: los ERTE
2. El despido por causas ETOP
3. La declaración de nulidad y sus consecuencias
4. Aportaciones económicas de las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años
5. ¿Cambios en el modelo de indemnizaciones tasadas por despido?

1. MEDIDAS DE AJUSTE TEMPORAL *VERSUS* MEDIDAS DE AJUSTE DEFINITIVO: LOS ERTE

Nuestra legislación ha venido avanzando de forma significativa en las últimas reformas del ET en la regulación de las medidas laborales dirigidas a permitir la adaptación de las empresas a los cambios en el entorno económico y productivo mediante el redimensionamiento, temporal o permanente, de su plantilla. La flexibilidad laboral en este ámbito ha progresado, más en lo formalmente expresado que en lo realmente regulado, hacia la preferencia de medidas de flexibilidad interna, que permitan la adaptación empresarial a las circunstancias cambiantes que afectan a las empresas asegurando el mantenimiento del empleo (modificación de las condiciones de trabajo contractuales o convencionales y suspensión temporal de empleos o reducción de jornada). Pero estas medidas de flexibilidad interna, aunque cuenten con la preferencia del ordenamiento, no deben obstaculizar las de extinción de contratos cuando se presentan como la solución única, u óptima, para garantizar la viabilidad de la empresa y de los puestos de trabajo subsistentes, o para hacer frente a la definitiva inviabilidad empresarial, ni deben interpretarse como medidas previas a las figuras extintivas, en una suerte de sucesión obligada de actuaciones.

Con todo, parece conveniente que las empresas puedan afrontar sus necesidades con medidas modificativas o suspensivas, antes que extintivas, de modo que hay que facilitar la adopción de las primeras frente a las segundas, con un régimen más liviano, menos rígido y de mayor certidumbre jurídica. Para ello, las empresas deben tener certeza acerca de que es más sencillo y ágil, sin prejuzgar posibles medidas posteriores de mayor gravedad, modificar condiciones contractuales y suspender contratos o reducir jornadas ante situaciones de necesidad provocadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En un contexto de creciente globalización, digitalización y robotización, así como de transición ecológica, que conducen de manera inevitable a cambios en la forma de producir y trabajar, es evidente que las empresas van a requerir un marco legal flexible, que no parta de sospechas de abuso o fraude que pueden tener como consecuencia la falta de respuesta empresarial o el retraso en la adopción de decisiones correctoras hasta que la situación resulte ya insostenible y requiera otras más drásticas. El marco legal más flexible puede corregir la frecuente elusión de medidas coyunturales que, si se evitan o retrasan por la complejidad de su adopción, provocan posteriores soluciones más aflictivas y agravadas en sus efectos.

No obstante, lo cierto es que la legislación laboral, como se decía, no establece una progresión de medidas entre las diversas de flexibilidad interna y externa, de las menos graves a las más aflictivas. Y esto debe mantenerse: la incentivación de las primeras no debe nunca entenderse como el establecimiento de un escalado, con obligación de recurrir, primero, a medidas menos aflictivas y pudiendo afrontar, solo después, las más graves (extintivas). La falta de una regulación adecuada de las medidas conservadoras del empleo puede, además, provocar que, en la práctica, resulte para la empresa más segura jurídicamente, y más previsible en términos de coste empresarial, la adopción de despidos en vez de decisiones modificativas o suspensivas. Resultado al que contribuye, más que la rígida exigencia legal de causa de tales medidas, así como su interpretación judicial, el procedimiento exigido en algunas de ellas, incongruente con la menor gravedad de los efectos laborales si comparados con los que derivan de la extinción. Si no se trata de establecer, antes del despido, la obligada adopción de medidas de ajuste de efectos menos perniciosos para el empleo, tampoco se trata de desaprovechar la posibilidad de decidir estas últimas por una regulación poco congruente entre la exigencia empresarial de procedimiento y las consecuencias laborales de la medida.

En cuanto a las causas, salvo en lo relativo a la determinación del período en que deben acreditarse pérdidas económicas (dos trimestres en los artículos 47 y

82.3 ET frente a tres en el despido), lo cierto es que la redacción de la causa técnica, organizativa y de producción es idéntica entre suspensión y reducción de jornada, de una parte, y despido, de otra; y tampoco se advierten diferencias realmente significativas con el artículo 41 ET, más genérico en su expresión, pero igualmente poco diferenciador de un genuino menor grado de urgencia o gravedad. Por ello, alguna doctrina judicial llega a afirmar que la interpretación de las causas que pueden justificar las medidas de modificación de condiciones de trabajo ha de ser la misma que en el caso de los despidos colectivos. De ahí que debiera trasladarse a la redacción legal la consideración de medidas razonablemente progresivas y de respuesta a grados escalonados de menor a mayor gravedad de la situación empresarial que, sin obligar a las empresas a su necesaria adopción en un cierto orden, sí incentive la aplicación de las medidas de flexibilidad interna por disponer de un régimen más asequible.

Pero aún más llamativa resulta la incongruencia en lo que afecta al cómputo de trabajadores que delimita el umbral entre las medidas individuales y colectivas, que tampoco favorece la elección de decisiones suspensivas alternativas a las extintivas. En efecto, los umbrales numéricos y temporales que marcan los diferentes procedimientos en la modificación sustancial de condiciones contractuales y en el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP) no se reproducen en la suspensión o reducción de jornada por esas mismas causas del artículo 47 ET. Este último precepto impone el procedimiento propio de las medidas colectivas (consultas con las instancias colectivas de representación de los trabajadores) cualquiera que sea el número de afectados, lo que puede desincentivar, en situaciones lo suficientemente graves como para justificar tanto la suspensión como el despido, la utilización de la primera medida. Debería, en ese sentido, excluirse la necesidad de tramitar un ERTE cuando puedan adoptarse medidas de suspensión individuales que queden por debajo de los umbrales establecidos.

Pero, sobre todo, la no consideración de umbrales numéricos en la aplicación de los ERTE representa un obstáculo que puede llegar a hacer inútil o poco pragmática su utilización en las PYME. Si las medidas flexibilizadoras de carácter colectivo y el despido con idéntica cualidad excluyen la aplicación de sus reglas en empresas hasta 10 trabajadores, permitiendo en ellas sustituir el período de consultas por un procedimiento empresarial unilateral que no cabe en la suspensión, ello puede conducir a la PYME a adoptar medidas extintivas realmente no motivadas por la gravedad o irreversibilidad de la situación de la empresa, sino por la menor complejidad del procedimiento. Se trata, pues, de un sistema que

no promueve en las empresas de menor tamaño la adopción de medidas paliativas menos graves frente a decisiones más traumáticas, en esa deseable sucesión de menor a mayor afectación de los derechos laborales y de preferencia de las medidas de ajuste interno frente a la extinción contractual.

Por lo demás, en cuanto a otros posibles aspectos problemáticos de los ERTE, a la vista de la reciente experiencia sobre su desenvolvimiento en situaciones excepcionales y su unánime positiva consideración como mecanismo eficaz de conservación de empresas y empleo, tras la nueva regulación aprobada por Ley 32/2021 que aprendió de dicha experiencia, no emerge *a priori* la necesidad de otros cambios de calado en el procedimiento dirigidos a facilitar la decisión suspensiva o de reducción del tiempo de trabajo frente a la extintiva por causas ETOP. Parece estar garantizada una decisión suficientemente ágil, sin resultar imprescindibles posibles acortamientos de plazos, en general ajustados, ni modificaciones procedimentales de alcance, cabiendo estimar que el régimen de la figura está escasamente intervenido por la autoridad laboral. Con todo, cabe aplicar a los ERTE parecidas consideraciones a las que se realizan después para el despido colectivo en relación con la intervención de la ITSS, a las que se remite.

Por su parte, en relación con el marco normativo del nuevo modelo RED, aún se carece de retornos y recorrido suficiente sobre su funcionamiento para permitir una valoración segura y unas propuestas fundadas. En todo caso, lo anterior no impide señalar, brevemente, que el procedimiento resulta de una enorme complejidad (a la par que se consagra en él una mayor intervención pública, no solo para abrir el procedimiento sino sobre todo por la exigencia de autorización administrativa para su implementación) y que mantiene un régimen desagregado de regulación susceptible de plantear numerosas dudas a la hora de su aplicación práctica, como se extrae ya de las primeras experiencias habidas en el sector de agencias de viajes. Por ello, con independencia de su desarrollo reglamentario (Real Decreto 608/2023, de 11 de julio), sería recomendable, en esta materia, una reordenación normativa dirigida a simplificar su régimen jurídico. Asimismo, son extensibles al artículo 47 bis ET las consideraciones ya hechas en relación con el artículo 47 ET, que pueden tenerse aquí por reproducidas.

En conclusión, respecto de las posibilidades de ajuste interno y externo, sería conveniente articular medidas abiertamente favorecedoras de la cesación temporal de empleo frente a la extinción, convirtiéndolas en una genuina y atractiva alternativa al despido para las empresas. A estos fines, no es descartable la eventual previsión de un sistema de bonificaciones a la Seguridad Social más generoso para favorecer esa preferencia por el mantenimiento del empleo cuando la situación de

la empresa es superable, incluso con ayudas reembolsables sobre beneficios posteriores de las empresas beneficiarias.

Todo ello en la perspectiva de promover la adopción de medidas menos traumáticas, favorecedoras del mantenimiento del empleo, no, desde luego, de imponer el recurso a ellas ni de cerrar la vía a las medidas extintivas que se consideren necesarias, cuya adopción, dentro de las exigencias legales, solo ha de corresponder a la empresa en su legítimo ámbito de gestión (sin perjuicio del posterior control judicial).

PROPUESTA

Diferenciar las causas de las medidas de flexibilidad interna y externa para adecuarlas a un principio de graduación y proporcionalidad entre la gravedad de la situación de la empresa y la gravedad de los efectos sobre los trabajadores, distinguiendo, también, entre situaciones coyunturales y estructurales y favoreciendo una regulación que incentive la adopción de las medidas conservadoras del empleo.

Extender a los ERTE los umbrales numéricos y temporales de los despidos, para diferenciar medidas individuales y colectivas y excluir la exigencia de tramitar un ERTE cuando puedan adoptarse medidas de suspensión individual que no alcancen los umbrales establecidos.

2. EL DESPIDO POR CAUSAS ETOP

2.1. La calificación del despido colectivo

Nuestra regulación del despido colectivo no está en sintonía con un aspecto clave de la regulación europea sobre esta figura contenida en la Directiva 98/59 CE del Consejo (última versión de la original de 1975), relativo a la determinación de cuándo se aprecia la existencia de un despido colectivo con la consecuente obligación de desarrollar las correspondientes previsiones procedimentales que exigen una participación de la representación legal de los trabajadores para controlar la existencia de causa y, en su caso, paliar los efectos de la aplicación de la medida. La Directiva ofrece a los Estados miembros una alternativa a la hora de identificar los supuestos en los que concurre un despido colectivo: de una parte, tomar en consideración un periodo de treinta días para comprobar si, dentro del mismo, se superan unos determinados umbrales numéricos o porcentuales (diez despidos

en los centros de trabajo que ocupen más de veinte y menos de cien trabajadores, el 10 por 100 de los trabajadores en los centros de entre cien y trescientos y, al menos, treinta en los centros de trescientos o más trabajadores); de otra, tomar en consideración un periodo de noventa días, en cuyo caso habrá despido colectivo si se producen al menos veinte extinciones contractuales.

En cambio, el legislador español no opta por acogerse a una u otra de esas posibilidades enunciadas de modo alternativo, sino que las acumula y mezcla, considerando el periodo temporal de noventa días, pero con los umbrales fijados para el de treinta días. A lo que cabe unir otras relevantes cuestiones como, por ejemplo, que donde la Directiva habla de «centro de trabajo» el legislador español se refiere como núcleo de imputación a la «empresa», así como la consideración misma de los periodos sucesivos de noventa días para cuando se sospeche de una voluntad fraudulenta de fragmentación del despido. Tales cuestiones han venido generando un amplísimo debate doctrinal y judicial, centrado sobre todo en cómo ha de considerarse el periodo de noventa días de referencia para ajustarse a los propósitos de la norma europea.

A este respecto, es obligado recordar la Sentencia del TJUE, de 11 de noviembre de 2020, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional español. En la misma, el Tribunal europeo sostiene que la interpretación de nuestro TS no es compatible con el derecho comunitario. Argumenta que para decidir si concurre un despido colectivo habrá que tomar en consideración un único periodo de noventa días, continuado, en el que esté incluido el día del despido de referencia, y que puede comprender tanto días anteriores como posteriores al mismo. Por tanto, ha de considerarse un solo periodo, aunque *móvil* o *variable*, que ha de ser continuado, de noventa días, dentro de los cuales debe estar incluida la fecha del despido de referencia, anteriores o posteriores al mismo y en los que, dice el Tribunal, se produzca la mayor concentración de extinciones. En ningún caso se obliga a considerar los noventa días anteriores y los noventa días posteriores al despido, como tampoco se señala referencia alguna al eventual carácter fraudulento de la fragmentación del despido en periodos sucesivos de noventa días.

Para corroborar la más que posible inadecuación de nuestra regulación interna a la europea, cabe añadir alguna otra consideración de la STJUE en sus fundamentos jurídicos, que no en el fallo, susceptible de incrementar la inseguridad jurídica. Así, cuando sostiene, en relación con los umbrales numéricos o porcentuales, que su cálculo no es disponible por los Estados miembros (apartado 27), por lo que si el legislador español ha optado por un periodo de referencia de noventa días para considerar que existe un despido colectivo, el número de despidos producidos deberá

ser, para ese periodo de referencia, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados (apartado 25). Esto cuestiona, seriamente, la actual redacción del artículo 51 ET, de suerte que elemento tan trascendental de la calificación del despido colectivo y la necesidad de seguirse el oportuno procedimiento para su adopción requiere de mayor seguridad jurídica, recomendando una urgente modificación del precepto estatutario en el sentido de su más clara y precisa adecuación a la Directiva.

En todo caso, no acaban en este elemento nuclear los problemas técnicos que plantea la figura, como se aprecia en los apartados siguientes.

PROPUESTA

Articular un modelo de despido colectivo a imagen de lo previsto en la directiva europea, por centro de trabajo, clarificando los umbrales numéricos y temporales y la consideración conjunta de ambos topes, suprimiendo el doble cómputo actual de centro de trabajo y empresa.

2.2. Extinciones por mutuo acuerdo, periodo de consultas y umbrales del despido colectivo

El elemento cuantitativo ha sido perfilado, también, por la doctrina del TJUE de forma expansiva, afectando, por una parte, a la identificación de los trabajadores y tipos de contratos que deben tomarse en cuenta para determinar la plantilla de la empresa y, por otra, ampliando el tipo de extinciones contractuales computables a efectos de apreciar la existencia de un despido colectivo. Al respecto, ha señalado el Tribunal europeo que deben incluirse las resoluciones contractuales a instancia del trabajador que sean respuesta permitida por el ordenamiento a determinadas decisiones o actuaciones empresariales.

En este mismo contexto, recientes resoluciones judiciales han interpretado que las bajas voluntarias en la empresa saliente para evitar la subrogación convencional (y la posterior contratación de parte de dichos trabajadores por la empresa entrante), al superar los umbrales del artículo 51 ET, integrarían un despido colectivo que debería calificarse como nulo. Se abre así un nuevo frente de duda, al plantearse cuestión prejudicial al respecto, cuando se cuestiona si el concepto de despido incluye todas las extinciones de contratos por causas no inherentes a la persona del trabajador promovidas, en una situación de crisis empresarial y proyecto de reducción de plantilla, a iniciativa del empresario, no pretendidas por

el trabajador, aunque este consienta o acepte la propuesta empresarial de causar baja voluntaria en la empresa para pasar a prestar servicios de manera inmediata para otra empresa, evitando así ser despedido. En suma, existe una evidente inseguridad jurídica sobre cómo deben computarse las extinciones para superar los umbrales que determinan el carácter colectivo del despido, considerándose, en ocasiones relevantes, dentro del cómputo de despidos extinciones que pueden no responder, realmente, a intereses empresariales ni estar íntimamente conectadas con la causa que justifica el despido actual.

A la vista de este panorama, se impone una reflexión para decidir qué tipo de extinciones computan a efectos de los umbrales del despido colectivo. Algunas resoluciones judiciales no se ajustan a la literalidad del artículo 51 ET («Para el cómputo del número de extinciones de contratos [...] se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco»). Parece claro que lo que se persigue es evitar el fraude, pero puede tener efectos perversos en un sistema que, al menos en teoría, quiere potenciar la flexibilidad interna frente a la externa. Así, una empresa que realiza modificaciones sustanciales o traslados, por ejemplo, aun legítimas, pero no aceptadas por los trabajadores, que promueven la extinción de sus contratos, ve luego afectada *de facto* su decisión de despedir en un cómputo irreal de las verdaderas necesidades de la situación empresarial, como resultado de computar esas extinciones voluntarias de los trabajadores. Lo que cabe predicar, igualmente, de las bajas voluntarias en un proceso de reestructuración. Por ello, es imprescindible clarificar los verdaderos supuestos que deben ser tenidos en cuenta en el cómputo de extinciones relevantes en el periodo de noventa días⁷.

7. La Sentencia del TJUE (sala séptima), de 22 de febrero de 2024 (asunto C-589/22), aborda un supuesto específico de extinciones voluntarias de contratos, previas al planteamiento de un despido colectivo, sentando la doctrina (que, sin embargo, hay que referir al caso concreto enjuiciado) de que «la obligación de consulta (...) nace desde el momento en que el empresario, en el marco de un plan de reestructuración, se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales de supresión de puestos establecidos en el artículo 1, apartado 1, letra a), de dicha Directiva y no en el momento en el que, tras haber adoptado medidas consistentes en reducir ese número, el empresario tiene la certeza de que va a tener que despedir efectivamente a un número de trabajadores superior a dichos umbrales».

Por su parte, sobre el despido colectivo y objetivo, una vez aclarados los umbrales anteriores, no parecen en principio inadecuados los topes numéricos, porque dejan a salvo a las PYME de procedimientos más complejos y periodos de consulta desproporcionados a su dimensión, de suerte que el porcentaje del 10 por 100 de la plantilla, que excluye del procedimiento colectivo a empresas de hasta cien trabajadores en las que los despidos no superen el tope de diez, no parece inoportuno. Tampoco, hasta donde conocemos, se ha planteado cambio en este modelo cuantitativo por parte de los agentes sociales.

En otro orden de consideraciones, la interpretación judicial, en muchos casos, de las necesidades empresariales ha generado inseguridad jurídica en las empresas. Este tema podría merecer mayor reflexión, para plantear, de una parte, la posible diferenciación de exigencias entre pequeña y gran empresa y, segundo, una posible redefinición de las causas de la figura que evite incertidumbres a los empresarios. Además, en un contexto de fuerte tecnologización, sería conveniente incorporar, expresamente, las causas tecnológicas como justificativas de medidas extintivas, en coherencia con lo señalado en relación con las decisiones modificativas y suspensivas.

Por lo demás, algunas cuestiones relativas a la causalidad de la figura conectan con lo que se señala a continuación sobre el papel de la intervención administrativa.

PROPUESTA

Excluir las extinciones por mutuo acuerdo o por decisión unilateral del trabajador a los efectos del período de consultas y cómputo cuantitativo en los despidos colectivos.

2.3. Criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo

La normativa vigente no concreta, legal ni reglamentariamente, los criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo ni su aplicación. En los últimos años, en el marco del control jurisdiccional del procedimiento de despido colectivo, la referida cuestión ha adquirido una importancia que contrasta con su escasa atención normativa que, de manera razonable, remite esta cuestión a la negociación colectiva, limitándose a resaltar algunas eventuales prioridades de permanencia.

Al margen de los criterios, más o menos automatizados, que se utilicen para seleccionar los trabajadores despedidos, cabe admitir que, a falta de previsión colectiva, los que se basan en el coste laboral o en la rentabilidad de los contratos, en definitiva, en el interés económico empresarial que permite una mejor salida

de la crisis, resultan suficientes cuando la finalidad de la medida es la reestructuración de la empresa en situación de dificultad económica, para dar una oportunidad a su supervivencia, ajustando los costes y mejorando su eficiencia y viabilidad. Ello, además de beneficiar a la empresa, asegura con mayor grado de certeza la superación de la situación negativa y el mantenimiento del empleo. De modo que, salvo que el convenio establezca otra cosa, hay que dar por buenos cualesquiera criterios elegidos por el empleador, que tendrá como único límite el respeto a la prohibición de discriminación. De ahí lo razonable de plantear que, en estos casos, el margen de decisión empresarial sea más amplio y menor, por tanto, el alcance del control judicial sobre la adecuación de los trabajadores incluidos en el despido, que solo debe operar ante sospechas de actuación discriminatoria.

PROPUESTA

Reconocer la capacidad del empleador para, en ausencia de acuerdo colectivo, seleccionar los trabajadores despedidos, limitando el alcance del control judicial a la sola existencia de discriminación.

2.4. Intervención de la autoridad laboral en los despidos colectivos

El diseño de la intervención de la autoridad laboral presenta algunas debilidades que afectan, probablemente, a la adecuación de la actuación administrativa durante el periodo de consultas, en la supervisión del cumplimiento de las exigencias normativas del mismo e, incluso, en un papel más activo en la búsqueda de un acuerdo en dicho periodo, para lo que habría que reforzar su neutralidad y matizar el contenido de su capacidad de fiscalización. El hecho de que quien interviene en la negociación ejerciendo funciones de mediación, si es llamado por acuerdo de ambas partes, haya de pronunciarse luego, a través del obligado informe de la ITSS, sobre el desarrollo del procedimiento, puede restringir una más eficaz intervención de la autoridad laboral en esa fase del periodo de consultas. Idéntica percepción se produce en relación con las advertencias o consideraciones que la Inspección puede realizar sobre la corrección y plenitud de la información aportada al periodo de consultas por la empresa o sobre el contenido de las medidas de acompañamiento social. No se olvide que, en algunos pronunciamientos judiciales, se advierte sobre la relevancia atribuida al informe o a las consideraciones o recomendaciones de la ITSS durante el proceso de despido colectivo como criterio para enjuiciar la suficiencia de la documentación aportada por

la empresa o las actitudes obstruccionistas o constructivas de las partes. Sin olvidar que, en ocasiones, la actuación de la ITSS parece más dirigida a predisponer pruebas que faciliten la impugnación del despido que a intervenir con neutralidad e independencia en el procedimiento.

Sin embargo, dada la relevancia que el cumplimiento de estas exigencias tiene sobre la calificación final del despido, sería oportuno repensar el papel de la autoridad laboral, reforzando sin llegar a atribuirles una eficacia suspensiva que perjudicaría la necesaria contención temporal del procedimiento, primero, su neutralidad y, segundo, sus competencias, para permitirle, por ejemplo, el requerimiento de determinada información o documentación a la empresa como condición previa para el inicio del periodo de consultas o para su eficaz desarrollo desde sus primeras fases. O asumir una función de mediación en dicho periodo de consultas a petición de una sola de las partes, evitando, de este modo, vetos que imposibilitan el cumplimiento de esa función.

Parece deseable que la ITSS no se limite a ejercer como órgano de control o fiscalización de la legalidad del procedimiento, sino que incremente su rol de asesoramiento a las partes, basado en el principio de neutralidad, incrementando el nivel de confianza de las empresas sobre su actuación. Y, con independencia de ello, debería reconocerse a la autoridad laboral, a través de la Inspección, la facultad de «homologar» la corrección del procedimiento seguido, de forma tal que no quepa cuestionar dicho procedimiento en la eventual posterior impugnación judicial del despido. Es este un elemento del periodo de consultas como fase del procedimiento de despido colectivo particularmente idóneo y coherente a la función fiscalizadora de la ITSS, que debiera enfatizar la capacidad de acreditar la regularidad, o no, del desarrollo formal de las negociaciones sin intervenir en el fondo de la justificación de la medida, que corresponde solo al órgano judicial.

En definitiva, en relación con la intervención de la ITSS, debe expresarse su limitación a los aspectos puramente formales y procedimentales, no materiales o de valoración de la causa, dejando su control, si se mantiene en sus términos actuales, a la sola actuación judicial. De ahí la criticable regulación introducida por la Ley de Empleo (Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, disposición final 8.^a, dos) dirigida a incrementar el papel de control de la ITSS, atribuyéndole la elaboración de un informe sobre las causas del despido colectivo (el informe «se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial»). Esta nueva regulación constituye un retroceso y un indeseable ataque al diálogo social, que puede tener efectos perversos: dar preferencia a la pretensión empresarial de fortalecer su posición de cara a una eventual impugnación judicial del

despido, de una parte, y a la intención sindical de preconstituir pruebas para dicho proceso, de otra. Ello puede conducir a un «enrarecimiento» de la negociación sobre el despido colectivo, actuando cada parte más por el afán de conseguir el aval de la ITSS que por el de alcanzar acuerdos con la otra. Por otro lado, y, sobre todo, se pretende recuperar por la puerta de atrás una fórmula de intervención que quedó excluida con la eliminación de la autorización administrativa. La progresiva desaparición de la intervención administrativa en las relaciones laborales, coherente con un sistema de derechos colectivos consolidado y maduro y el reconocimiento del solo control judicial sobre la legalidad de las decisiones empresariales, se ajusta mejor, sin duda, a la libertad de empresa y a nuestro actual modelo de gestión del trabajo, sin menoscabo alguno de la mejor defensa judicial de los derechos laborales⁸.

PROPUESTA

Reformar el alcance de la intervención administrativa, potenciando su neutralidad y la consideración de las consultas como una actuación colectiva sin interferencias administrativas y con control jurisdiccional solo *a posteriori*, extendiendo idéntico planteamiento a los ERTE.

Limitar la actuación de la ITSS al cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales del despido colectivo, sin valoración de la causa, reservada tras el período de consultas al exclusivo control judicial.

2.5. Medidas de acompañamiento en despidos por causas técnicas

Los procesos de automatización y robotización que están en el origen de los despidos por causas técnicas afectan, en buena parte de los casos, a tareas sencillas y, por tanto, a trabajadores que realizan actividades para las que no se requiere una excesiva cualificación. La ausencia de esta circunstancia, en la norma y en la interpretación judicial, resulta llamativa y parece requerida de un replanteamiento

8. Aunque no hemos entrado en este Informe en el análisis del procedimiento de despidos colectivos, sí hemos de señalar la tendencia reciente de endurecimiento de dicho procedimiento, primero a través del Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, que exige en determinados supuestos un preaviso de seis meses antes de iniciar el periodo de consultas (cuestionada la legalidad de esta regulación reglamentaria, está pendiente, en estos momentos, la decisión del Tribunal Supremo al respecto), y posteriormente a través de proyecto de ley de Industria, que amplía ese preaviso, en determinados supuestos, a nueve meses.

legal, especialmente en empresas de un cierto tamaño, pero también en los grupos y redes de empresas. Está ausente de nuestra ordenación laboral el fenómeno de la afectación de las tecnologías digitales y la robótica a las necesidades empresariales, de modo que habría de incorporarse este aspecto de manera transversal y, desde luego, expresarse con claridad en la causalidad del despido por causas ETOP. En coherencia, idénticas consideraciones y propuestas son extensibles a cuantas otras medidas empresariales se reconocen por causas ETOP, para proporcionar mayor seguridad jurídica a las empresas sobre la legitimidad de este tipo de decisiones amparadas en la tecnologización del proceso productivo.

PROPUESTA

Explicitar, como causa de flexibilidad interna y externa, el fenómeno de la digitalización y robotización de las tareas profesionales, incorporando su mención específica en la concurrencia de causas técnicas y, especialmente, tecnológicas.

2.6. Regulación específica de las causas extintivas vinculadas a contrata

El trasvase de contratos de obra a fijo discontinuo de contrata (artículo 16.4 ET) o fijo ordinario en empresas contratistas otorga una enorme relevancia ahora a la causa extintiva objetiva, individual o colectiva, cuando la contrata finaliza o disminuye su volumen de mano de obra sin posibilidad de recolocación del trabajador. Se debería, pues, dar seguridad jurídica a esta cuestión, incorporando una causa específica de despido en el artículo 51 ET. La jurisprudencia reciente ha declarado que la pérdida de la contrata, o disminución de su volumen de trabajo, encaja en la «causa organizativa o de producción del artículo 52.c) ET siempre que no exista vacante adecuada para el trabajador» en otra contrata, siendo entonces razonable y proporcionada la medida extintiva. Dicha circunstancia supone un «descenso o alteración de las necesidades de la empresa» que justifican «amortizaciones de puestos de trabajo sobrantes», de tal forma que se «restablezca la correspondencia entre carga de trabajo y plantilla».

En este escenario jurisprudencial es donde el artículo 16.4 ET añade certeza, desde la vía del fijo-discontinuo de contrata, estableciendo un plazo legal o convencional de inactividad que, una vez superado, parece justificar la extinción del contrato de trabajo por causa productiva u organizativa. Pero habría que clarificarlo en el artículo 52 ET previendo que la superación del plazo de inactividad sin posibilidad de recolocación en vacante es causa extintiva específica.

Igualmente, en los fijos ordinarios de contratistas, donde no hay plazo de inactividad, se debería establecer en el artículo 52 ET, conforme a esa misma jurisprudencia, que la imposibilidad de recolocación en vacante adecuada en otra contrata es causa extintiva específica.

PROPUESTA

Prever que la superación del plazo legal o convencional máximo de inactividad del fijo discontinuo sin posibilidad de recolocación en vacante adecuada sea causa extintiva objetiva del contrato de trabajo.

Incorporar, como causa de despido, la finalización o reducción del volumen de mano de obra de la contrata con imposibilidad de recolocación en vacante adecuada de otra contrata.

2.7. Blindaje del acuerdo colectivo

La regulación de las medidas de reestructuración empresarial proporciona, en ocasiones, un valor reforzado al acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Así sucede en el supuesto suspensivo o de reducción de jornada del artículo 47 ET y también en otros preceptos reguladores de otras medidas de empleo no extintivas sino modificativas (artículos 41.4 y 82.3 ET), aunque sorprende que no se plantee idéntica solución en la movilidad geográfica, lo que representa una clara incoherencia. Asimismo, la cláusula relativa a que «cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas (...) y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión», que fortalece el acuerdo colectivo, tampoco existe en el despido colectivo, que solo reconoce ese blindaje, indirectamente, respecto de la impugnación del acuerdo por parte de la autoridad laboral, que habrá de fundamentarse en la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (artículo 51.6 ET).

La diferencia en el caso del despido, que puede responder a una deliberada intención de no asignar a la extinción con acuerdo esa presunción *iuris et de iure* de legalidad, salvo por las concretas y tasadas causas que se indican, encuentra su fundamento último en el hecho de que estos acuerdos pudieran servir *de facto* para encarecer los costes de despido, como venía siendo habitual en nuestra práctica. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, cuando reprochaba a los expedientes administrativos de regulación de empleo su tendencia

a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consultas como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral, lo que se lograba, en muchas ocasiones, a costa de satisfacer indemnizaciones a los despedidos por encima de las legalmente previstas. Sin embargo, en el contexto actual esto no deja de ser paradójico; se sigue restando valor al acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, pese a que la obtención de dicho acuerdo es el objetivo pretendido por la normativa europea.

Dada la centralidad del periodo de consultas en el procedimiento de despido colectivo, así como que toda su regulación se orienta a que concluya con acuerdo, es razonable reforzar aquellos aspectos reguladores que puedan favorecer su consecución. En ello juega un papel fundamental el blindaje del acuerdo colectivo, que no hay que presuponer ni fraudulento por parte de la empresa ni abusivo por parte de los trabajadores. Es consecuente con ese objetivo, por tanto, cuando el acuerdo se consigue, otorgarle el máximo valor jurídico y permitirle incluir las medidas que las partes hayan considerado oportunas para llevar a cabo la necesaria reestructuración empresarial.

Desde luego, parece poco discutible la necesidad de dejar abierta una vía de impugnación para los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas que permita su anulación cuando se hubiera actuado de forma dolosa, en fraude o en perjuicio de los derechos de los trabajadores. No obstante, la referencia al abuso de derecho, por su ambigüedad, debería suprimirse, dado que lo que aquí está en juego no es realmente un abuso de derecho que puedan resolver los jueces, sino un genuino conflicto de intereses cuya solución no compete a aquellos. En todo caso, fuera de esos supuestos, cabe entender que los sindicatos o representantes que mayoritariamente han aceptado el acuerdo lo han hecho sin presiones, dando valor a su voluntad tras la evaluación rigurosa de una situación a cuya solución han contribuido durante el periodo de consultas. Desde esta perspectiva, y en un modelo de relaciones laborales autónomo, el acuerdo colectivo alcanzado sobre la materialización del despido debe presuponer el aseguramiento de un ideal equilibrio entre la pretensión extintiva de la empresa y la protección de los derechos de los trabajadores. Ya la doctrina judicial avanza en el sentido de dotar de una «posición reforzada» al acuerdo suscrito con las organizaciones sindicales más representativas o con las representaciones laborales mayoritarias (recientemente, Sentencia de la Audiencia Nacional, social, 94/2024, de 22 de julio de 2024, con cita de doctrina del Tribunal Supremo al respecto).

Por otra parte, el acuerdo colectivo alcanzado debe también blindarse frente a todo tipo de maniobras, contrarias a la buena fe, para ponerlo en cuestión. Así,

debe limitarse la posibilidad de impugnación del acuerdo de despido colectivo, tanto por terceros no intervinientes o discrepantes en las consultas, como por sus propios firmantes, de manera directa o indirecta (mediante la «adhesión» a la impugnación de un tercero), en coherencia con lo señalado igualmente en el capítulo 1 relativo a la negociación colectiva.

PROPUESTA

Consagrar, como se hace en otros supuestos, la presunción de concurrencia de causa en el acuerdo alcanzado en el período de consultas de un despido colectivo.

Eliminar la referencia al abuso de derecho entre las causas que permiten la impugnación del acuerdo alcanzado.

Limitar las posibilidades de impugnación del acuerdo que pone fin a las consultas, por terceros no intervinientes o discrepantes y por sus propios firmantes, directa o indirectamente (adhesión a la impugnación de un tercero).

2.8. ¿Debe mantenerse el control judicial sobre el fondo del asunto en los despidos colectivos?

Hemos criticado el reforzamiento de la intervención administrativa en los despidos colectivos llevado a cabo por la Ley de Empleo. Pero no solo es discutible este aspecto: hemos de dar un paso más y abrir un debate sobre el propio control judicial de las decisiones de despido colectivo. Sobre los despidos colectivos y su régimen jurídico planea, en efecto, un elemento fundamental: el control judicial de las decisiones empresariales. La reforma de 2012, al suprimir la exigencia de autorización administrativa previa, pretendió el restablecimiento de la libertad de decisión empresarial en los procesos de reestructuración, al amparo de la libertad de empresa constitucionalmente consagrada, como se anticipó. A partir de dicha reforma, se impone un trámite de negociación con los representantes de los trabajadores, se requiere del empresario la aportación de las informaciones pertinentes al respecto, se imponen plazos y procedimientos y se prevé la intervención de garantía y mediadora, en su caso, de la autoridad laboral, pero la decisión final, tanto en lo que se refiere al número de despidos como a las condiciones en que hayan de ejecutarse, corresponde (con respeto de las garantías legalmente establecidas, indemnizatorias y otras) al empresario.

Ahora bien, lejos de ser una decisión empresarial libre e incondicionada, en la práctica se exige al empleador no solo que respete los procedimientos legalmente

establecidos, sino que su decisión se fundamente en una causa que tenga encaje dentro de las previsiones del legislador. Y se establece, y este es el punto fundamental, un control judicial *a posteriori* de la decisión empresarial, para comprobar, precisamente, el respeto a los procedimientos y la concurrencia de causa suficiente para el despido.

Esta revisión judicial es la pieza clave del modelo. Si tenemos en cuenta la regulación procesal, las amplias posibilidades de impugnación judicial de la decisión empresarial, la existencia de diversas vías para ello, las ambigüedades del legislador y la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina judicial en los años posteriores (alejándose del mero control de la existencia de los hechos alegados por el empresario para adentrarse en una valoración de la decisión empresarial, juzgando su adecuación, idoneidad y proporcionalidad, incluso, como dice alguna sentencia del TS, desde el punto de vista de la «gestión empresarial»), resulta que el restablecimiento de las facultades de decisión empresarial, en tema tan crucial como el reajuste de la plantilla en función de las circunstancias económicas o productivas de la empresa, tuvo mucho menos alcance del pretendido.

El control judicial, en efecto, cuando no ve fijadas limitaciones para conocer del fondo del asunto (de la decisión económica adoptada por el empresario en la gestión de la empresa), presupone y exige, siempre, el enjuiciamiento de la decisión empresarial. Ahora bien, el alcance de ese control puede ser muy variado. Si el ajuste o adecuación a derecho de la medida empresarial se centra en comprobar el cumplimiento de las formalidades requeridas y la veracidad de los datos aportados por el empresario para fundamentar su decisión de gestión, se trata de un control judicial respetuoso de la libertad de empresa y poco invasivo de las facultades empresariales de gestión. Si, por el contrario, se avanza un paso más y se somete a enjuiciamiento la adecuación de las medidas adoptadas por el empresario a la subsistencia e intensidad de las causas alegadas para fundamentarlas, se está abriendo la puerta a un control judicial mucho más intenso de las decisiones empresariales y potencialmente invasivo de la esfera de gestión del empleador que debe corresponderle en exclusiva.

Las medidas de reestructuración empresarial, salvo en los casos de liquidación de la empresa, están orientadas al futuro, más que determinadas por el pasado, y la función de los jueces es la de enjuiciar el pasado («dame los hechos y yo te daré el derecho», se decía ya en el Derecho Romano), no la de realizar consideraciones de futuro, en relación con la viabilidad de la empresa y del empleo tras la adopción de la medida. Ello unido a que los jueces nunca deberían sustituir al empresario, entrando a valorar sus decisiones desde el punto de vista de la «gestión empresarial», debe conducir a replantearse el verdadero alcance del control

judicial de las decisiones económicas del empresario. En muchas ocasiones, al enjuiciar despidos colectivos, los jueces se enfrentan a conflictos que, en realidad, no son jurídicos sino económicos o de intereses. Junto a indudables aspectos de legalidad (el respeto de las exigencias formales y procedimentales impuestas por el legislador, así como de las consecuencias indemnizatorias previstas para las medidas empresariales y de las preferencias legal o convencionalmente establecidas en los supuestos de despidos que no afecten a la totalidad de la plantilla la imprescindible tutela antidiscriminatoria), sobre los que la decisión judicial no es objetable, existen muchos otros que no son sino conflictos de intereses o económicos que difícilmente soportan una solución desde el punto de vista jurídico, y cuyo conocimiento judicial, sentando criterios de apreciación de la intensidad de las causas, de proporcionalidad de las medidas o similares, supone una indeseable invasión de la esfera de la gestión empresarial y una suplantación de los criterios del empresario en relación con su estrategia de negocio. Y, por ende, una vulneración del principio de libertad de empresa constitucionalmente consagrado.

Por ello, y en coherencia con lo señalado en relación con la intervención de la ITSS, susceptible de validar los requisitos y adecuación del procedimiento de consultas excusando su posterior revisión judicial, el órgano judicial debiera limitar su actuación sobre el análisis material de las decisiones empresariales de reestructuración básicamente a la comprobación del cumplimiento de las exigencias posteriores al período de consultas y relativas a la efectiva adopción de la medida, tales como el respeto de las consecuencias indemnizatorias o de otro tipo (exigencias de recolocación o formativas, por ejemplo) de los despidos y al aseguramiento de la tutela antidiscriminatoria. Pero, para preservar la esfera de decisión empresarial, en relación con la causa justificativa, debiera reducir su enjuiciamiento a los casos de flagrante ausencia de la misma o de genuina inexistencia de las mínimas condiciones demostrativas de la necesidad empresarial. Salvo esas circunstancias constitutivas de un indubitado ejercicio desviado del poder directivo, debe respetarse la decisión de la empresa en su exclusivo ámbito de gestión.

PROPUESTA

Limitar el control judicial sobre el fondo de las decisiones empresariales de reestructuración a la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales del despido posteriores al periodo de consultas, ampliado a la valoración de la causa solo cuando se evidencie un uso abusivo del despido, si bien con consecuencia de improcedencia y en ningún caso de nulidad.

3. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

La nulidad supone, sin duda, la tutela óptima para los trabajadores ante decisiones empresariales no ajustadas a derecho, en cuanto determina la reanudación de la relación laboral y la anulación de los efectos económicos negativos derivados de los despidos, reponiendo la situación que no debió verse perturbada. Pero, como se sabe, se trata de una sanción que representa un coste muy alto en los despidos colectivos, en especial cuando realmente existe en la empresa una situación económica negativa, arriesgando la viabilidad empresarial que el propio despido intentaba asegurar. En efecto, las consecuencias no solo son graves por el perjuicio económico para la empresa, sino que pueden ser definitivas para los trabajadores no afectados por el despido, ya que pueden forzar, en algunos casos, una liquidación con cese total de la actividad, impidiendo soluciones menos traumáticas. Es, además, una consecuencia insatisfactoria cuando la empresa, precisamente por las razones económicas que motivaron el despido, ha desaparecido, obligando a una ejecución conforme al artículo 286 LJS.

Precisamente en estos supuestos de cese de la actividad empresarial con posterioridad al despido y antes de declararse por sentencia su nulidad y la obligación de readmisión, se suscitan problemas cuando, tras la comunicación del despido, la empresa ha procedido a extinguir contratos de trabajo mediante acuerdos transaccionales con los trabajadores en los que, a cambio de determinadas condiciones, normalmente económicas, aquellos se aquietan a la decisión extintiva y renuncian al ejercicio de acciones contra ella. El TS ha sido contundente al afirmar que los acuerdos alcanzados con el trabajador despedido no se ven alterados por la calificación que, finalmente, pudiere merecer la extinción de la relación laboral de los demás trabajadores afectados por la decisión empresarial, de la misma forma que tampoco se podría modificar lo pactado en el caso de que se hubiere calificado, finalmente, la decisión extintiva como procedente y ajustada a derecho. Pero ello no impide que haya pronunciamientos judiciales en los que a la estimación de la demanda presentada por un sindicato no firmante del acuerdo se anuda la nulidad de los acuerdos individuales con mejora de la indemnización prevista para el despido improcedente.

Habría de valorarse, en estos casos, una revisión legal, en aras de asegurar las medidas más equilibradas entre los derechos de los trabajadores a no tener consecuencias derivadas de una decisión empresarial considerada nula y los derechos de los trabajadores que, no despedidos, pueden verse afectados por los primeros, en un indeseable efecto dominó. Además, la nulidad debiera limitarse a la

violación de derechos fundamentales o conciliatorios protegidos reforzadamente, quedando excluidos de tal calificación los incumplimientos, aun sustanciales, del procedimiento (incluida la superación de umbrales), cuya consecuencia debiera ser la improcedencia.

Por su parte, la readmisión asociada a la nulidad, con devengo de salarios de tramitación, es susceptible de crear situaciones irrazonables cuando el trabajador, precisamente por haber visto lesionados sus derechos fundamentales o supuestos equiparables, no desea volver a la empresa. O cuando dicha vuelta, por las características o dimensión de la empresa, resulte disfuncional. En tales supuestos, resulta adecuado otorgar al trabajador la opción entre la indemnización máxima por despido improcedente o la readmisión, con salarios de tramitación en ambos casos, y con la eventual indemnización adicional que pueda solicitarse por otros motivos, como es el caso del acoso o discriminación.

PROPUESTA

Revisar el régimen de efectos de la declaración de nulidad en los despidos colectivos, excluyéndola para incumplimientos formales o procedimentales.

Permitir, en despidos declarados nulos, la opción del trabajador entre la indemnización máxima o la readmisión, con devengo de salarios de tramitación en todo caso.

4. APORTACIONES ECONÓMICAS DE LAS EMPRESAS CON BENEFICIOS QUE REALICEN DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A TRABAJADORES DE CINCUENTA O MÁS AÑOS

La obligación de efectuar una aportación al Tesoro Público en los términos del artículo 51.11 ET, desarrollado por el RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, representa un importante coste económico adicional a soportar por las empresas en los procesos de reestructuración. Se trata de una contribución que deben efectuar aquellas que realicen despidos colectivos en los que se incluya a trabajadores de cincuenta o más años de edad, siempre que en tales despidos colectivos concurren las siguientes circunstancias: a) que sean realizados por empresas de más de cien trabajadores o que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores; b) que afecten a trabajadores de dicha edad en proporción

superior a la de su presencia en el conjunto de la plantilla; y c) que, aun acreditadas las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción justificativas, las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.

Esta es una normativa que vino justificada por la necesidad de evitar discriminaciones por razón de edad y, desde ese punto de vista, afronta un problema ciertamente complejo, pero no está claro que constituya la respuesta adecuada, desde el punto de vista normativo, para resolverlo. Por otra parte, sin embargo, la norma trata de evitar que se produzcan ajustes de plantilla, en empresas con beneficios, financiados, al menos en parte, con cargo a fondos públicos.

La actual regulación de estas aportaciones, en todo caso, contiene algunos aspectos que deben ser revisados; en particular, los buenos resultados de la empresa, que la conducen a su aportación, no deben convertirse en elemento penalizador del despido, pudiendo condicionar una decisión empresarial responsable que persiga el mantenimiento de la favorable situación económica, en especial, de haberse alcanzado acuerdo colectivo en el período de consultas. Sobre todo, en los casos de despidos por causas económicas, la volatilidad de la economía y la velocidad de los ciclos económicos incrementa las dudas sobre un modelo consistente en imponer costes adicionales a una decisión capaz de asegurar la viabilidad empresarial y respaldada por el mero hecho de que antes de la necesidad justificada de despedir los resultados de la empresa hubieran sido buenos. Por otra parte, habría que introducir algún criterio de proporcionalidad. Pueden darse supuestos de empresas con beneficios muy reducidos, a las que la reclamación de aportaciones al Tesoro conduzca a una situación de pérdidas o, incluso, de difícil viabilidad económica. Es indudable que, tras esta obligación, se esconde la mejor protección de los intereses públicos y del patrimonio de la Seguridad Social, pero los beneficios empresariales, cuya mejor consecución no debe ser susceptible de penalización, han de contribuir a esos otros intereses con instrumentos de política fiscal o impositiva, capaz de redistribuir la renta de manera más eficaz y estructural que la que aseguran medidas parciales y en un ámbito laboral regido por otras reglas.

Por otra parte, la referencia a los grupos de empresa, sin las necesarias matizaciones, añade complejidad a la regulación y carece de una justificación razonable.

PROPUESTA

Suprimir, en la regulación de la aportación al Tesoro Público en los despidos colectivos, la consideración del grupo de empresas como sujeto económico.

Introducir criterios de proporcionalidad en la aportación y eliminarla en los supuestos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha aportación surja como consecuencia de los beneficios obtenidos en el pasado por la empresa.

5. ¿CAMBIOS EN EL MODELO DE INDEMNIZACIONES TASADAS POR DESPIDO?

Recientemente, se ha planteado un debate acerca del posible establecimiento de un nuevo sistema indemnizatorio por despidos, que se traduciría en concretar la indemnización en una cuantía económica modulable en función de las características o circunstancias del trabajador despedido, tales como la edad, la formación, el sexo o incluso la renta.

La cuestión conecta con el planteamiento de una reclamación (por parte de la UGT, a la que se ha sumado una posterior de CCOO) al Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa (CEDS) contra el actual sistema español de indemnización por despido, que considera que la normativa española no asegura que dicha indemnización sea «suficientemente reparadora y proporcional» (a la par que disuasoria, como exige el CEDS en una interpretación claramente ampliatoria del escueto mandato del artículo 24 de la CSE). Esta reclamación ha dado lugar a un Informe del CEDS que censura la normativa española de indemnizaciones por despido⁹ y que conecta con algunas resoluciones judiciales en relación con la solicitud de ampliación de la indemnización legal con base en el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT y en el artículo 24 de la Carta Social Europea, que han considerado que, en determinados «supuestos excepcionales», la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no ser «adecuada», contrariando la normativa internacional. El reconocimiento de una indemnización superior se condiciona al cumplimiento de dos requisitos: de un lado, la notoria y evidente insuficiencia de

9. El Informe puede dar lugar a una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, recomendación que aún no ha tenido lugar. En todo caso, hay que señalar que el Informe no es una decisión jurisdiccional y que, en nuestra opinión, carece de verdadera fuerza vinculante, pudiendo dar lugar, si acaso, a la citada recomendación.

la indemnización establecida legalmente por resultar la misma manifiestamente exigua y, de otro, la clara y evidente existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato, exigiéndose, también, que la indemnización adicional se reclame en la demanda y se cuantifique o se ofrezcan las bases para su cuantificación.

Lo que se está poniendo en cuestión es el modelo, vigente desde la aprobación del ET (que suprimió el precedente «arbitrio judicial» en la fijación de la indemnización, presente en la regulación franquista y en las precedentes de la segunda república y de la dictadura de Primo de Rivera), de regulación de indemnizaciones tasadas y prefijadas, predeterminadas legalmente en función de criterios objetivos (salario precedente y tiempo de servicios, que son los referidos, expresamente, en el Convenio 158 de la OIT). La supresión de ese modelo conduciría a un escenario de notable inseguridad jurídica, que impediría a las empresas conocer los costes del despido y que, en el peor de los casos, puede producir efectos contraproducentes sobre los trabajadores, preseleccionando indirectamente a los «candidatos» a ser despedidos. Amén de que habría que aplicar los principios civiles del derecho de daños, exigiendo, para la indemnización, la prueba de la existencia del daño y de su cuantía, lo que puede, incluso, perjudicar las actuales expectativas de los trabajadores fundadas en la existencia de indemnizaciones tasadas y objetivas.

Aunque hemos excluido del presente documento el tratamiento de las indemnizaciones por despido, no parece inoportuno realizar alguna consideración sobre este asunto si el debate al respecto, que no ha generado el mundo empresarial, sigue vivo. La indemnización «adecuada», no predeterminada, estaría sujeta a los principios civiles que hemos referido y podrá conducir, en algunos casos, a efectos indeseados, como la exclusión de indemnización cuando no se aprecie la existencia de daño alguno (piénsese en el trabajador despedido que puede acogerse a la jubilación con plenitud de derechos, o que encuentra, inmediatamente, otro empleo de superior remuneración), arriesgando, además, en tales casos, la cualidad «sancionadora» para el empresario del despido improcedente.

Además, aunque la reclamación sindical se refiere solo al despido individual, por coherencia, ¿no habría que aplicar los mismos criterios a los despidos colectivos? Y, en todo caso, ¿podrían estos gestionarse razonablemente con la necesidad de diferenciar las indemnizaciones en función de las circunstancias de todos y cada uno de los trabajadores?

Son demasiadas las cuestiones que quedan abiertas y, probablemente, mayores los problemas que genera un pretendido cambio de modelo que, en general, al

margen de la cuantía indemnizatoria, se ha mantenido pacífico. Por lo demás, tampoco faltan mecanismos en nuestro sistema para la valoración de daños extraordinarios que no se vean compensados con la indemnización que pretende cuantificar la pérdida involuntaria e injustificada del empleo, sumando a la misma la reparación de aquellos otros daños excepcionales que se acrediten, conforme a las reglas y principios civiles de indemnización de daños y perjuicios. En este sentido, la sentencia del TSJ de Cataluña, de 30 de enero de 2023 (recurso 6219/2022), reconoce, en un caso en el que se aprecia la insuficiencia de la indemnización legal por despido, una indemnización adicional (siguiendo la doctrina de precedentes sentencias de la misma sala, que admitían, teóricamente, la posibilidad de esa indemnización adicional siempre que se reclamase en la demanda y se probase la existencia de los daños reclamados y su cuantía, así como la notoria ilegalidad o falta de fundamentación del despido).

PROPUESTA

Conservación del régimen actual de indemnizaciones tasadas.

CAPÍTULO 6.

La dimensión de la empresa y la diversificación normativa

1. Antecedentes y reformas de adaptación laboral a la dimensión de la empresa
2. Establecimiento de umbrales de trabajadores en medidas laborales
3. Las comisiones *ad hoc* en ausencia de representantes de los trabajadores
4. Contratación y reglas de despido específicas

1. ANTECEDENTES Y REFORMAS DE ADAPTACIÓN LABORAL A LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 apenas contenía reglas que adaptasen la regulación laboral a la dimensión de la empresa. Afirmación extensible al otro elemento esencial de nuestro sistema, cual es la eficacia general del convenio colectivo, que tampoco ha propiciado la adaptación de las reglas laborales al tamaño de la plantilla, pues el texto convencional se aplica por igual a grandes, medianas y pequeñas empresas incluidas en su ámbito de aplicación.

La apuesta de la reforma de 1984 por la contratación temporal como vía para la obtención de flexibilidad compensaba, parcialmente, esta falta de adaptación de la disciplina laboral al tamaño de la empresa. Las PYME han contado con la válvula de escape de la contratación temporal ante la falta de adecuación específica a su situación de la legislación laboral y de los convenios colectivos de eficacia general, de modo que las unidades empresariales de menor tamaño han podido estar utilizando esta flexibilidad laboral de entrada como recurso sustitutivo de la ausencia de otras fórmulas flexibilizadoras legales o convencionales adaptadas a su dimensión. Sus mayores exigencias de atender, con menos recursos humanos, a necesidades cambiantes, encontraban en la contratación temporal una fórmula más segura para responder a sus circunstancias. Desde entonces, sucesivas

reformas laborales, ya referidas, han ido introduciendo no solo mayor flexibilidad empresarial, sino una mejor adecuación de la normativa al tamaño de la empresa, también a través de la racionalización de los costes extintivos en la contratación indefinida, que favorece, especialmente, a las PYME.

Las técnicas utilizadas por estas sucesivas reformas laborales han sido de tres tipos: primero, establecimiento de umbrales de trabajadores en determinados procedimientos; segundo, comités *ad hoc* elegidos por los trabajadores ante la ausencia de representantes legales, articulados, precisamente, para permitir mecanismos de flexibilidad laboral en la PYME sin órganos representativos; y tercero, contratos específicos. Todo lo anterior sin obviar la construcción del modelo representativo de los trabajadores en la empresa (ordinario y en materia preventiva), concebido sobre fórmulas razonablemente adaptadas al tamaño de las PYME y que, hasta donde se conoce, no ha suscitado especial crítica.

2. ESTABLECIMIENTO DE UMBRALES DE TRABAJADORES EN MEDIDAS LABORALES

El sistema vigente tiene umbrales numéricos en los procedimientos de consulta con los representantes de los trabajadores, tanto en medidas de flexibilidad laboral interna (movilidad geográfica y modificación sustancial contractual, figura esta segunda donde, recuérdese, la original diferencia entre individual y colectiva no se refería a umbrales cuantitativos, sino al origen individual o colectivo de la condición a modificar), como en los despidos por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas, en los que, desde 1994, se mantiene la división clásica entre despido individual por causas ETOP y despido colectivo conforme al vigente artículo 51 ET. Los umbrales numéricos facilitan la tramitación de medidas de flexibilidad laboral interna y de despidos por causa ETOP, atendiendo, así, a la singularidad de la PYME. De hecho, en la práctica se excluye en ella la aplicación de despidos colectivos hasta cierto límite, lo que en estas unidades diferencia, netamente, este tipo de extinción y las libera del procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores. En efecto, en empresas de menos de 100 trabajadores el umbral es cuantitativo, 10, y a partir de 100, porcentual, consiguiendo ese resultado práctico.

Este modelo, que presupone una regulación legal atenta a la dimensión de la empresa, sorprendentemente no se reproduce en otras medidas que han demostrado su capacidad para atender a las necesidades empresariales, como son, en

especial, las relativas a los ERTE o al mecanismo RED. Resulta llamativo que los umbrales presentes en el despido colectivo no se apliquen en esas medidas alternativas de flexibilidad interna, lo que termina por provocar la paradoja de hacer procedimentalmente más rigurosas medidas menos graves y estrictamente temporales que las definitivas y más drásticas, obligando a abrir períodos de consulta cualquiera que sea el número de trabajadores afectados y de su porcentaje sobre el total de la plantilla.

Estos umbrales también aparecen en otras regulaciones que diferencian exigencias legales más o menos rigurosas por razón de la dimensión empresarial, como los planes de igualdad, que comenzaron identificando como obligada solo a la gran empresa (250 trabajadores) pero que, tras las reformas de 2019 y 2020, superado su período transitorio, han rebajado a 50 trabajadores el tamaño mínimo de las responsables de su elaboración, lo que, dejando fuera del marco obligatorio a la pequeña empresa, sí alcanza de lleno a la mediana, en una probable consideración de que en unidades por encima de ese tamaño el cumplimiento del deber no representa una carga desproporcionada. Se mantiene, también, una regulación diferente por razón de la dimensión de la empresa en los modelos de prevención, donde el régimen más riguroso queda reducido a la gran empresa (con carácter general, 500 trabajadores, que desciende a los 250 en ciertas actividades), abriendo posibilidades más flexibles, internas o externas, a las PYME. En otras medidas, sin embargo, como el registro horario, incorporado en 2019 como obligación legal, o en los protocolos de derechos digitales de la Ley Orgánica 3/2018, no se distingue según el tamaño de las empresas, con reglas comunes para toda unidad empresarial.

En definitiva, se pone de manifiesto el carácter indiferenciado, en general, de la aplicación de la legislación laboral que cabría extender a muchos otros ámbitos y que retrata un escenario de prevalencia en la mayoría de las normas reguladoras de obligaciones empresariales de un sistema independiente de la dimensión de la plantilla, capaz de generar distorsiones en el funcionamiento de las empresas más pequeñas. Y es que obligaciones que puede gestionar perfectamente la gran empresa son trasladadas, de forma automática, a las PYME con gran coste y sin considerar soluciones más ajustadas a su tamaño, que garantizarían una gestión empresarial más flexible y permitirían su consecuente adaptación sin arriesgar el mantenimiento del empleo. De este modo, allí donde divergen los tratamientos legales en función del tamaño de la empresa, es presumible que se hayan valorado adecuadamente las especificidades de la dimensión empresarial, pero es probable que muchas otras regulaciones no hayan considerado esta cualidad a la que

el legislador laboral siempre habría de atender, tanto para diferenciar regulaciones como para no hacerlo.

Por ello, debe avanzarse en la mayor implantación de umbrales que diferencien procedimientos individuales y colectivos, y en determinar números mínimos de trabajadores para determinadas obligaciones laborales. Se trataría de facilitar a las PYME decisiones de flexibilidad empresarial, dada su dificultad para responder con fórmulas propias de las empresas de mayor tamaño a sus necesidades adaptativas al entorno y a las circunstancias cambiantes.

Asimismo, cabría reflexionar sobre la conveniencia de adaptar la aplicación de la legislación laboral en unidades empresariales que, por su muy reducido tamaño, pueden ver afectado su funcionamiento, haciendo de una presunta mayor protección de los trabajadores un elemento de ineficiencia o dificultad de gestión que termina perjudicando a aquellos por arriesgar la viabilidad del proyecto empresarial. Una medida fundamental al respecto sería la de adaptar los umbrales para la aplicación de normas laborales, o para el establecimiento de obligaciones empresariales, a los previstos en la normativa europea. En todo caso, otras intervenciones de este mismo tenor en dicho ámbito han de ser selectivas y responder a una motivación precisa, para no extender un régimen excepcional capaz de desincentivar el crecimiento de las empresas en una economía donde la concentración empresarial parece más competitiva y eficiente.

PROPUESTA

Mantener la técnica de la división entre medidas individuales y colectivas, extendiéndola a otras figuras de flexibilidad laboral, en especial las referidas a reducciones de jornada y suspensión de contratos (ERTE).

Analizar la posible aplicación o adaptación de ciertas obligaciones empresariales a empresas de tamaño reducido (no autónomos), con régimen y umbrales equiparables a los previstos en la normativa europea y en los países de nuestro entorno.

3. LAS COMISIONES *AD HOC* EN AUSENCIA DE REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

La presencia de representantes unitarios de los trabajadores, delegados de personal y comités de empresa (y consecuentes instancias especializadas en materia preventiva), gira sobre la unidad electoral del centro de trabajo, con unos umbrales

mínimos de trabajadores, a partir de 6 o 10, para promocionar elecciones sindicales, sin perjuicio de comités provinciales que agrupan centros de trabajo que tengan dicho mínimo legal. Esta opción, que filtra por centros y por umbrales de trabajadores, deja fuera del sistema electoral a buena parte del tejido productivo de las PYME y, en especial, a determinada tipología de empresa diversificada en centros de trabajo pequeños. En la opción de mantener la unidad electoral del centro de trabajo, constante desde 1980, late seguramente la idea de poblar de muchos representantes a las grandes empresas, con centros con gran volumen de trabajadores, y despoblar de representación a las PYME, donde las relaciones laborales se desarrollan en un plano de naturaleza más individual que colectiva, donde la cercanía entre empleador y trabajador se presume mayor y parece considerarse que no se requieren instancias colectivas interpuestas. Todo lo anterior sin perjuicio de aplicar el convenio colectivo de eficacia general.

Presupuesto que parece corroborarse por el hecho de que la ausencia de representación estable de los trabajadores en las PYME, desde la reforma de 2010, se haya sustituido por la designación de comisiones *ad hoc*, elegidas en asamblea por los trabajadores, para participar en los procedimientos de consultas (artículo 41.4 ET y concordantes). Esta vía directa, con la alternativa, poco utilizada, de comisiones sindicalizadas de sector, facilita la inmediata toma de decisiones de flexibilidad laboral en relación con medidas para las que no existen umbrales numéricos (ERTE e inaplicaciones convencionales). De esta manera, se integra mejor a las PYME en el sistema, permitiéndoles articular medidas flexibles sin las exigencias de intervención de instancias colectivas permanentes que dificultarían su adopción. En estas unidades carentes de representantes, la opción debiera ser, directamente, la designación de trabajadores de la empresa para la interlocución, sin necesidad de demorar 15 días el inicio de las consultas, por razones de eficiencia y realismo (las comisiones sindicalizadas no llegan a las pequeñas empresas). Para asegurar el equilibrio de las partes, que suele anotarse como el principal problema de la decisión empresarial no participada por instancias sindicales, cabría someter el desacuerdo con los trabajadores a un procedimiento obligatorio de solución autónoma. De hecho, tras este tipo de decisiones se libran conflictos de intereses más que jurídicos, lo que hace inadecuada la intervención judicial.

Estas comisiones *ad hoc* han sido mantenidas en la reforma laboral de 2021, aun cuando es destacable que la legislación específica de planes de igualdad descarta este modelo de representación de los intereses de los trabajadores en los centros sin instancias representativas, para encomendar, en exclusiva, esas funciones negociadoras a comisiones sectoriales sindicalizadas que excluyen la opción

de los trabajadores por uno u otro sistema. Esta sindicalización de la negociación en materia de igualdad en empresas sin instancias representativas contó con la oposición e impugnación judicial de CEOE, en un recurso finalmente desestimado por el Tribunal Supremo. Sin embargo, la experiencia de los planes de igualdad ha revalorizado estas comisiones *ad hoc*, pues ha acreditado que los sindicatos más representativos carecen de medios para alcanzar a todo el tejido de las PYME, frustrando la obligación de negociar. La vía *ad hoc* permite una flexibilidad negociada más satisfactoria que la meramente unilateral del empresario, por lo que debiera consolidarse y establecerse de manera más generalizada, ya que se adapta bien a las exigencias productivas y organizativas de las PYME.

PROPUESTA

Consolidar las comisiones *ad hoc* de elección directa de los trabajadores en ausencia de representación unitaria, generalizando esta fórmula para suscribir cualquier acuerdo colectivo de centro de trabajo o empresa, no solo de los expresamente mencionados por la Ley.

Posibilidad de suscribir en las PYME sin órganos de representación unitaria los acuerdos colectivos subsidiarios, en defecto de convenio, con comisiones *ad hoc*, equiparando su grado de flexibilidad laboral negociada al de las grandes empresas.

Establecer procedimientos obligatorios de solución autónoma de conflictos para los desacuerdos en los procedimientos negociados con comisiones *ad hoc*.

4. CONTRATACIÓN Y REGLAS DE DESPIDO ESPECÍFICAS

La articulación de contratos de trabajo diseñados para las PYME ha estado presente en la normativa laboral, implícita y explícitamente. Como hemos indicado, el modelo de temporalidad laboral, como vía de flexibilidad, se adecuaba a este tipo de empresas que, con contratos temporales flexibles, eludían la rigidez de los contratos indefinidos y la legislación del despido. La articulación de un, ya derogado, contrato indefinido con período de prueba de un año en empresas de menos de 50 trabajadores, aprobado en la reforma laboral de 2012, fue expresión clara de esta política dirigida a facilitar la contratación laboral en la pequeña empresa, con ventajas extintivas frente a la mediana y gran empresa.

A ello se han unido, en ocasiones, algunas reglas específicas de contratación que atienden a la dimensión empresarial, como la reflejada, aun tímidamente, en

la regulación de la duración máxima del período de prueba, que amplía hasta tres meses, en vez de los dos ordinarios para técnicos no titulados, dicha duración en empresas de menos de 25 trabajadores.

Pero, en general, desde la perspectiva de la dimensión de la empresa, faltan mecanismos que atiendan a los mayores riesgos de la contratación laboral en las PYME, lo que conduciría a valorar la posible previsión de una modalidad de contrato *ad hoc* en ellas, diferenciada del régimen común ya por sus causas, ya por su duración, ya por su régimen extintivo, ya por asumirse parte de sus costes de extinción por los poderes públicos; sin olvidar tampoco la propuesta contenida en el capítulo 2 en relación con el eventual régimen especial del período de prueba susceptible de articularse en las PYME. En otros países, como Italia, Alemania, Francia o Portugal, se ha explorado, en mayor medida, esta especialidad adecuada a las PYME, eximiendo, por ejemplo, de las reglas de despido a empresas de determinado tamaño (de hasta 10 o 15 trabajadores), lo que es tanto como extender en ellas la duración del genérico período de prueba.

Cabe plantear, al menos en un análisis teórico, una alternativa de este tipo, porque es evidente que las reglas generales de despido en lo referente a su causa, al procedimiento, a las indemnizaciones y a las reclamaciones judiciales de trabajadores son más asequibles para la gran empresa que para la mediana y pequeña. La gestión probatoria de un despido disciplinario, por ejemplo, se enfrenta a más dificultades en las PYME. La alegación y prueba de la causa ETOP, con la complejidad de su regulación, que contempla memorias explicativas, conlleva un asesoramiento jurídico y económico del que suele carecer la PYME o a la que resulta particularmente costoso. Aunque esta alternativa se enfrenta a serias dificultades jurídicas y políticas, no hay que despreciar su consideración, evitando que suene a régimen excepcional. En este sentido, habría de reconocerse a la negociación colectiva un papel relevante, identificando las causas de excepción y el régimen menos rígido que, en su caso, resultara aplicable.

Con todo, la ratificación española del Convenio 158 de la OIT, que exige causalidad del despido, parece impedir zonas de despido libre en empresas que no superen un determinado número de empleados, pues la norma internacional vigente no diferencia por tamaño de la empresa. La jurisprudencia constitucional que deduce del artículo 35 CE la causalidad del despido (incluso las SSTC sobre la reforma laboral de 2012 fortalecen este criterio al analizar el contrato indefinido de emprendedores con período de prueba de un año), representa un obstáculo añadido para este tipo de medidas. La exclusión de las reglas generales del despido por tamaño de la empresa plantearía, igualmente, problemas adicionales de una

posible discriminación laboral entre trabajadores, que terminaría llegando al TC, al diferenciar el régimen aplicable a trabajadores de grandes y pequeñas empresas, aun cuando serían factibles fórmulas compensatorias de esas excepciones y facilitadoras para las PYME a cuenta del Estado (FOGASA, SEPE...).

Por otra parte, el enorme tejido productivo de las PYME en nuestro país dificulta, aunque sea una paradoja, este tipo de exclusiones. Resulta más fácil su implantación en mercados laborales donde dominan las grandes empresas, como el caso de Alemania, porque el número de trabajadores excluidos por esta vía es relativamente escaso. Pero en España el impacto de la exclusión sería mucho mayor, porque un elevado número de trabajadores presta sus servicios en empresas de pequeño tamaño y el porcentaje de población laboral con un régimen laboral excepcional afectado sería muy superior y contaría con mayor oposición.

Cuestión por valorar también es si este tipo de excepciones puede dificultar el crecimiento de las empresas, que es un reto de nuestro tejido productivo, pudiendo llegar a convertirse la exclusión de las reglas laborales en un incentivo para perpetuar el pequeño tamaño de las unidades productivas. Si se exceptiona en exceso a favor de la PYME, el resultado puede terminar constituyendo un freno al crecimiento de las empresas para anclarse, en un efecto indeseable, en determinado tamaño que no traspase el concepto de PYME y asegurar la aplicación de un tratamiento presuntamente más favorable desde la perspectiva laboral.

Todo ello debe conducir a una consideración detenida de estas cuestiones en el marco del diálogo social donde, junto con los intereses de las PYME y la necesaria protección de los trabajadores a su servicio, habrían de valorarse, igualmente, los eventuales efectos en materia de competencia desleal o *dumping*. Se trata de una cuestión de alcance e importante influencia en el modelo global que exige una reflexión profunda de los posibles efectos adversos. Lo que conduce a una última reflexión: es el ordenamiento laboral español, en su conjunto, el que debe adaptarse a las características del tejido productivo, más que ignorar estas características y adoptar, luego, medidas de excepción para las pequeñas unidades productivas. Y, desde luego, parece deseable una más clara sensibilidad de la negociación colectiva sectorial hacia la ordenación de condiciones de trabajo adaptadas a este tipo de empresas, a la que resultará más asequible que a la ley establecer eventuales diferencias desde la cercanía de las singularidades del sector, especialmente respecto de aquellas materias que muestran una capacidad adaptativa y de flexibilidad muy estimable en el ámbito de las PYME.

PROPUESTA

Adaptar el marco general de la legislación laboral española a las características del tejido productivo y a la masiva presencia de empresas de pequeña dimensión.

Promover en los convenios colectivos sectoriales la adopción de reglas específicas para las empresas de menor dimensión.

Valorar la diferenciación por tamaño de la empresa de reglas laborales específicas, en particular, en materia de contratación laboral y despido. Acomodar los umbrales numéricos para la aplicación de las normas laborales y para el establecimiento de obligaciones empresariales a los fijados por la normativa europea.

CAPÍTULO 7.

La empresa como centro de imputación de responsabilidades

1. Introducción
2. Sistemas de *cumplimiento normativo* sociolaboral y Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
3. Responsabilidades en el ámbito de la prevención de riesgos laborales
4. Sanción penal de incumplimientos laborales
5. Modelos de representación adaptados al cambio digital y a las nuevas realidades empresariales
6. Medidas promocionales decididas por el legislador no vinculadas con la producción ni con responsabilidades empresariales

1. INTRODUCCIÓN

La empresa constituye el indiscutido centro de imputación de responsabilidades en materia laboral. En este sentido, la pluralidad de formas de responsabilidad que contempla nuestro ordenamiento jurídico y su intensa proyección sobre las actividades empresariales es fiel reflejo de la construcción de un modelo de relaciones laborales heterorregulado, del que forman parte esencial las normas dirigidas a obtener su cumplimiento coactivo. La inobservancia por el empresario de la normativa en materia social genera, de una parte, las consecuencias previstas por el ordenamiento para el incumplimiento contractual y, de otra, en su caso junto a la anterior, responsabilidades administrativas a través del régimen definido por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, a las que se suman responsabilidades propias en materia de Seguridad Social. Además, el Código Penal (CP) establece diversos tipos penales en los que puede incurrir el empresario al incumplir determinados deberes. Y, en fin, el empresario puede quedar sujeto a

una responsabilidad civil extracontractual por razones de diverso orden. Todas estas dimensiones de la responsabilidad empresarial han alcanzado máximos niveles de rigor al calor de una jurisprudencia que, eliminando el papel esencial de la culpa, ha caminado con decisión hacia posiciones objetivistas o, con un concepto que ha venido ganando fortuna pese a su indeterminación, hacia responsabilidades cuasi objetivas.

Con la referida construcción se trasladan a las empresas cargas excesivas, al exigirles una diligencia excepcional e imponerles responsabilidades aun cuando quede acreditado el cabal cumplimiento por su parte de la normativa laboral. Sirva como ejemplo de ello la doctrina sentada por la STS 4 de mayo de 2015 (R. 1281/2014), en la que la Sala de lo Social declara que los codemandados empresa de trabajo temporal y empresa usuaria no han acreditado «haber agotado toda diligencia exigible, más allá incluso de las exigencias reglamentarias» para impedir el accidente. En este sentido, afirma que no ha bastado con la formación teórica y práctica que la empresa de trabajo temporal impartió a la trabajadora, extendiendo la responsabilidad a la empresa usuaria por no agotar tampoco toda la diligencia exigible en el uso de la máquina que, «aunque formalmente pareciera idónea, no se detiene automáticamente cuando se atasca y que permite introducir, aunque sea por lugar inadecuado, hasta un brazo de la trabajadora sin detenerse». La lectura del referido pronunciamiento da testimonio de que la responsabilidad, además de en un proceso de objetivación, se encuentra inmersa también en un proceso de extensión. En ocasiones, parece que estamos, más que ante una reflexión jurídica sobre incumplimientos y responsabilidades a ellos asociadas, ante un proceso de búsqueda de un sujeto solvente al que poder imputar, con unos u otros argumentos, y más allá de cualquier noción de culpa, la responsabilidad de las consecuencias lesivas de una determinada circunstancia o actuación.

A esta expansión de la responsabilidad empresarial se añade el desarrollo de normativas que trasladan, cada vez más, cargas y costes sociales a las empresas. Se trata de supuestos en los que no se plantea la imputación a las empresas de la responsabilidad (ni siquiera objetiva) por sus propios actos, sino que directamente se trasladan a la misma los costes económicos derivados de la implantación de determinadas políticas o medidas de acción social. Desde hace tiempo se vienen multiplicando disposiciones laborales que incorporan un incremento de los costes empresariales por cuestiones, por completo, ajenas a la actividad productiva de las empresas. Tenemos ejemplos de todo ello ya antiguos, como los relacionados con la imposición a la empresa de la financiación de la acción sindical o representativa desarrollada en ella, o más allá incluso, a través de la exigencia de asunción

de los costes derivados del uso del crédito de horas por los representantes de los trabajadores. En todo caso, cabe entender que esta «carga» es consecuente con la previsión del derecho colectivo de participación en la empresa, que condiciona los poderes empresariales, si bien debe tratarse de una carga proporcionada. Por ello, resultan más relevantes e incisivos los ejemplos recientes relacionados con el desarrollo de medidas de tutela de colectivos sensibles o ligadas a la implantación de políticas de conciliación o corresponsabilidad; conjunto de acciones que responsabilizan económicamente a las empresas de la asunción de fines sociales ajenos a su finalidad mercantil y cuyo sostén económico, por tanto, solo deberían asumir de forma voluntaria. Lo que puede extenderse, igualmente, a otros más novedosos ámbitos donde, como en el caso de la movilidad sostenible, se pretende imponer deberes a las empresas y se presupone una colaboración de estas en la consecución de objetivos sociales que debieran estimularse por el lado de los incentivos, no por el de la suma de cargas y deberes ajenos al fin empresarial.

Esta compleja realidad recomienda incorporar a nuestra normativa medidas de diverso orden dirigidas a equilibrar las desproporcionadas consecuencias que resultan de la acrítica aplicación de un régimen de responsabilidades tan plural e incierto como el actualmente existente.

2. SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO SOCIOLABORAL Y LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

El *compliance*, o cumplimiento normativo, sociolaboral adquiere cada vez mayor importancia en la gestión de las relaciones laborales. Se trata de una herramienta de gestión que permite no solo asegurar un cumplimiento normativo suficiente para garantizar un entorno laboral estable y seguro para los trabajadores y el resto de los interesados, sino también para mejorar los estándares o prácticas comunes en el gobierno de las relaciones laborales en las organizaciones. La herramienta tiende a estar cada vez más integrada en la organización empresarial, sujeta a procedimientos y formalidades específicas para conseguir las finalidades indicadas. A través de los sistemas de cumplimiento normativo, y especialmente del sociolaboral, las organizaciones persiguen unos estándares mínimos en tres áreas clave para su sostenibilidad que afectan al cumplimiento: las normas del Estado (entre ellas las laborales), las normas internas y, en fin, las exigencias que

deben respetar los contratos con terceros que nutren la cadena de suministro. Su impacto trasciende, pues, a la propia empresa¹⁰.

Ello aconseja el reconocimiento normativo del «*compliance* laboral» de modo que aquellas empresas que hayan implementado, en su virtud, métodos o instrumentos preventivos y articulado medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de la normativa sociolaboral se vean beneficiadas en determinados conflictos y ante la eventual intervención sancionadora estatal, con modulación o exoneración de las multas que pudieran imponerse a raíz de la intervención de la ITSS. El reciente endurecimiento progresivo de las sanciones en el ámbito laboral, con cuantías muy elevadas y con acumulación de infracciones (tantas como trabajadores afectados) que pueden llegar a poner en peligro la subsistencia de la empresa, revela una obsesión punitiva que no es, en absoluto, garantía de mayores niveles de cumplimiento normativo y que debería, al menos en parte, ceder el paso a otro tipo de procedimientos. Máxime cuando en la base de las actuaciones sancionadoras de la Administración no puede descubrirse, en muchas ocasiones, un incumplimiento flagrante de lo dispuesto en una norma, sino, más bien, la existencia de una legítima discrepancia interpretativa, en la que muchas empresas no pueden defender sus interpretaciones por la «coacción sancionadora» que, aun sin firmeza de la sanción, padecen.

PROPUESTA

Reconocimiento de los sistemas de *compliance* laboral implantados por las empresas como instrumentos que acrediten su diligente voluntad de cumplimiento normativo, modulando o exonerando de responsabilidades a efectos de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social.

3. RESPONSABILIDADES EN EL ÁMBITO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En el ámbito de la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo, la exigencia de culpa ha sido flexibilizada por la jurisprudencia que, debatiéndose

10. La reciente Directiva (UE) 2024/1760, del Parlamento y del Consejo, de 13 de junio de 2024 (cuya transposición habrá de producirse, a más tardar, el 26 de julio de 2026), incide en la «diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad».

entre la aplicación de un principio de culpa y un principio de responsabilidad objetiva, ha llegado a configurar un modelo de responsabilidad cuasi objetiva, pues, aunque no ha abandonado la exigencia de un actuar culposo del sujeto, ha ido reduciendo la importancia de ese obrar en el nacimiento de tal responsabilidad, bien mediante la aplicación de la teoría del riesgo, bien por el procedimiento de exigir la máxima diligencia y cuidado para evitar los daños, bien invirtiendo las normas que regulan la carga de la prueba.

Se hace necesario simplificar el actual sistema de responsabilidades en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, con limitación de la responsabilidad empresarial «objetiva» al respecto, así como con el establecimiento de una mayor responsabilidad de los trabajadores, especialmente facilitada por el uso preventivo de nuevas tecnologías en ámbitos tales como los Equipos de Protección Individual (EPI) dotados de sensores, y potenciada por la formación, previa o simultánea, a la realización del trabajo.

Al tiempo, habrá de prestarse atención a la necesaria adaptación de las políticas preventivas al actual desarrollo de las modalidades de trabajo a distancia. El papel de la empresa como «deudor de seguridad» no puede ser el mismo en el trabajo presencial que en el trabajo a distancia. El goteo de sentencias que vienen calificando como accidentes de trabajo incidentes producidos en el domicilio del trabajador, incluso en momentos de pausa en la actividad laboral o en dependencias del domicilio no previstas para su desarrollo, aconsejan abordar, cuanto antes, esta cuestión, cuya resolución, tanto en lo relativo a la adopción de medidas preventivas (la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo a distancia) como a las consecuencias del accidente, así como a las responsabilidades derivadas del mismo, no se muestra fácil.

El Código de Trabajo francés presume que es accidente de trabajo el que sufra el teletrabajador en el lugar de trabajo (artículo 1222-9). Esto significa que se asume la definición general de accidente profesional, aunque para el trabajador a distancia existan todavía dificultades de cara a distinguir si dicho sujeto estaba en el trabajo o no. El artículo 26 de la Ley de Accidentes de Trabajo belga establece que un accidente en el hogar se considera un accidente de trabajo en caso de que ocurra en el lugar (domicilio) que, según contrato escrito, se indica como lugar de trabajo y en caso de que ocurra durante las horas de trabajo que se indican en ese contrato escrito (que acompaña al contrato de trabajo). Por su parte, el artículo 169 del Código de Trabajo portugués indica que los teletrabajadores tienen los mismos derechos y deberes que los demás trabajadores, es decir, en lo que respecta a la formación y promoción profesional, los límites de carrera,

el horario normal de trabajo y otras condiciones laborales, la seguridad y la salud en el trabajo y la reparación de los daños derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Al respecto, nuestra ya referida Ley 10/2021, de Trabajo a Distancia no pasa de una genérica afirmación del derecho «a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo» (artículo 15) y de una sucinta regulación de la evaluación de riesgos en la que, aparte de una referencia a las peculiaridades del trabajo a distancia, vuelve a remitir a las medidas de protección «que resulten más adecuadas en cada caso» (artículo 16).

El problema entre nosotros se agrava por el hecho de que la interpretación judicial expansiva del accidente de trabajo se fundamenta en la protección privilegiada que en nuestro ordenamiento se sigue prestando a quien lo sufre, frente a quien padece un accidente común. Habría que retomar el debate sobre la igual protección que merecen idénticas situaciones de necesidad, sin diferenciarlas en función de las causas que las originen. La prestación del trabajador accidentado, con cargo al sistema público de protección social, debería ser la misma cualquiera que fuera la causa del accidente y el trabajador debería recibir la protección correspondiente a la situación de necesidad producida, cualquiera que haya sido su origen. Eso evitaría la presión continua por ampliar el concepto de accidente de trabajo y disminuiría, considerablemente, la litigiosidad asociada a la calificación del accidente. Y permitiría racionalizar el régimen de responsabilidades empresariales en caso de accidente.

En su defecto, sería necesaria la elaboración de un concepto de accidente de trabajo a efectos preventivos, diferenciándolo a los fines de la protección de la seguridad social y a efectos preventivos. Y este debe referirse, exclusivamente, a circunstancias que estén bajo control y sean responsabilidad del empresario. No existe un «deber de seguridad» del empresario respecto de situaciones que no estén bajo su capacidad directiva y organizativa y sobre las que, por ello, no pueda incidir a efectos preventivos. El deber de seguridad solo debe predicarse respecto de esas circunstancias, a las que deben estar referidas las exigencias preventivas correspondientes. Ello concierne, en particular, a los accidentes acaecidos durante la prestación del trabajo a distancia o, en todo caso, fuera de las instalaciones de la empresa (accidentes en trayecto o *in itinere*), aunque son pensables igualmente otras situaciones.

PROPUESTA

Plantear la supresión de la protección diferenciada de las situaciones derivadas de riesgos profesionales en relación con las derivadas de riesgos comunes. Aun manteniendo algunas peculiaridades en los riesgos profesionales, la protección de las situaciones de necesidad en que se encuentre el trabajador debería ser indiferenciada, sin hacerla depender de su causa originadora, reduciendo la presión continua para ampliar el concepto de accidente de trabajo y la litigiosidad asociada a ello, y facilitando la concreción de las exigencias preventivas.

Reordenar el régimen de responsabilidades empresariales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, otorgando mayor trascendencia al elemento de negligencia/culpabilidad descartando la «cuasi objetividad», así como a la responsabilidad en la que haya podido incurrir el trabajador.

En su defecto, crear un concepto de accidente de trabajo a efectos preventivos, que tome en consideración, exclusivamente, aquellas circunstancias que estén bajo control y sean responsabilidad del empresario.

4. SANCIÓN PENAL DE INCUMPLIMIENTOS LABORALES

La sanción penal debe ser la *última ratio* para conseguir el cumplimiento coactivo de las exigencias del ordenamiento jurídico. La propia Exposición de Motivos de la reciente Ley Orgánica 14/2022, de reforma del Código Penal, así lo proclama. Las normas penales constituyen el recurso último que tiene el Estado para defender los intereses básicos de los ciudadanos y de la sociedad. La sanción penal es mucho más aflictiva que las administrativas y puede llevar a la privación de libertad de los infractores. Por ello, suele decirse que el Código Penal es una Constitución en negativo. En este sentido, también debe reflexionarse con rigor acerca de qué conductas se penan y cuánto. Son varias las normas que en el Código Penal contemplan delitos relacionados con la vulneración de derechos laborales que, aun sin referencia explícita ahora, resultan suficientemente conocidas y consolidadas en nuestro ordenamiento. Pero sí merece atención singular la última reforma introducida por la Ley 14/2022 citada, cuya aprobación ha sido escasamente deliberativa y que evidencia (en contra de ese carácter de *última ratio* que invoca la exposición de motivos) un sesgo preocupante de utilización instrumental de la sanción penal para afrontar un problema administrativo del que la autoridad laboral parece no saber cómo salir. En efecto, es como si la

Administración laboral, enfrentada a un conflicto de interpretación o de cumplimiento normativo (no nos pronunciaremos al respecto) con unos administrados, hubiera agotado su paciencia para extender sobre ellos una especial ejemplaridad. Pero ni la Administración puede perder la paciencia ni puede actuar precipitada y desproporcionadamente, recurriendo a la sanción extrema, la penal, para doblegar una actitud al menos de enfrentamiento de unos administrados. Insistimos, sin pronunciarnos sobre el fondo del asunto, en que la irritación que pueda sentir la Administración al no conseguir el aquietamiento del administrado a sus pretensiones e interpretaciones no alcanza a justificar algo tan trascendente como la tipificación de una nueva conducta delictiva en el Código Penal. Ha faltado el necesario debate y la imprescindible valoración equilibrada de los intereses en juego. El recurso a la modificación del CP no puede ser, en fin, la espada que permita deshacer de un tajo el nudo gordiano con el que se encuentre la Administración frente a desobediencias de los administrados.

Y buen ejemplo de todo ello es la modificación de la redacción del artículo 311.2 del vigente Código Penal, que da a luz una norma que genera una enorme inseguridad jurídica y que incurre en sensibles defectos técnicos muy llamativos, que arrancan de la tipificación misma de las conductas infractoras. Esa tipificación viene referida a «los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo». Repárese en que el texto alude a condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, de modo que la mera contratación mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo determinaría la imposición de condiciones ilegales. Obviamente ello no puede ser así. Lo sería si la única posibilidad admitida de contratación de la prestación de servicios fuese el contrato laboral, pero hay otros títulos jurídicos que permiten la contratación de una prestación personal que no encajan en los moldes del contrato de trabajo. La libertad de contratación permite esas otras vinculaciones contractuales. Podrá establecerse una preferencia por el uso de la figura del contrato de trabajo, incluso, como se hace, una presunción a su favor, pero esas otras posibilidades de contratación seguirán existiendo. La autonomía de la voluntad y la libertad contractual, aunque severamente limitadas por nuestro ordenamiento laboral, no han desaparecido. Aparte de que la fórmula legal contiene una petición de principio: se hace referencia a los que impongan condiciones ilegales *a sus trabajadores*. Se ignora que lo que puede estar en cuestión es, precisamente, la calificación de trabajador, ya que, se insiste, la prestación laboral no es la única forma posible de prestación de servicios. Si se niega

la condición de trabajadores de los afectados, habrá que resolver ese punto antes de decidir si se han impuesto condiciones ilegales.

La gravedad de esta normativa se acrecienta tras la citada Ley de Empleo, que suprime el artículo 148.d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Excluyendo el previo pronunciamiento, a través del procedimiento de oficio, de los órganos de la jurisdicción social, acerca de la naturaleza laboral de las relaciones cuestionadas, se refuerza la posición interpretativa de la Administración y se aumenta, considerablemente, la inseguridad jurídica, lo cual, entrando en juego el posible reproche penal de la actuación empresarial, alcanza una enorme trascendencia. Y constituye un indudable paso atrás en el sistema de garantías jurídicas de los administrados.

Por otra parte, si las «condiciones ilegales» se imponen por otras vías, ¿no existiría delito?, ¿tendría este que reconducirse al artículo 311.1 CP cuya formulación es bien distinta? (recuérdese que exige la concurrencia de engaño o abuso de situación de necesidad, así como que se refiere a condiciones de trabajo que «perjudiquen, supriman o restrinjan» los derechos reconocidos). ¿Y si se alega, por el presunto infractor, que las condiciones no son ilegales, sino distintas a las previstas por la ley, incluso que pueden ser más favorables para los interesados? Como se ve, un escenario interpretativo generador de inseguridad jurídica y que aconseja la derogación de la norma y, si acaso, el estudio técnico, sosegado y riguroso, de una nueva regulación.

Pero lo más preocupante de la norma penal es la referencia a que esas pretendidas condiciones ilegales se «mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa». La alusión al requerimiento no deja de producir perplejidad, dado que la ITSS y la Administración siguen sosteniendo que los requerimientos no son recurribles, aunque, de hecho, se recurran y existan decisiones judiciales al respecto. Habría que reconstruir el régimen jurídico de los requerimientos, previendo las vías de recurso y las consecuencias de su firmeza, porque no es admisible en un Estado de Derecho plantear siquiera que, ante un requerimiento no recurrible, su inobservancia determine la aplicación de la sanción penal. La sanción administrativa, por otra parte, aunque no se diga, ha de ser firme y aun así habría que considerar con detenimiento su compatibilidad con una represión penal de las conductas persistentes de incumplimiento, cuando el ordenamiento administrativo tiene previsiones específicas para tales situaciones.

Finalmente, la norma, aunque solo fuese por sus defectos técnicos, podría ser considerada como inconstitucional. Y, en todo caso, es obligada una reflexión más

sosegada y técnicamente más precisa de las reformas que afecten a los tipos centrales del Derecho Penal del trabajo y al núcleo esencial de la tutela penal del trabajador.

PROPUESTA

Derogar el numeral 2 del artículo 311 CP, introducido por la LO 14/2022.

5. MODELOS DE REPRESENTACIÓN ADAPTADOS AL CAMBIO DIGITAL Y A LAS NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES

Los principios de participación de los trabajadores en la empresa, recogidos tanto en el artículo 129.2 CE (los poderes públicos deben realizar una promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa) como en el artículo 4.1.g) ET y en la normativa europea (artículo 27 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, artículo 153 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, así como numerosas Directivas, relativas tanto al Comité de Empresa europeo como a la participación laboral en los supuestos de transmisión de empresas y de despidos colectivos, y al propio establecimiento de un «marco general» relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea en la Directiva 2002/14), se han desarrollado ampliamente en nuestra legislación interna, dando lugar a un régimen muy amplio y diferenciado de representación laboral.

No se entrará en la descripción de ese régimen, sobradamente conocido, cuya regulación básica es la contenida en el Título II, artículos 61 a 81 ET y en los artículos 8 a 10 LOLS. Pero sí hemos de subrayar, por una parte, la ampliación progresiva de las exigencias de participación, tanto en el gobierno de aspectos centrales de las relaciones laborales contemplados en el propio Estatuto (despidos colectivos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos, inaplicación de convenios, transmisión de empresa) como en relación con otras cuestiones más alejadas de esos aspectos pero no menos trascendentales (prevención de riesgos laborales, igualdad, diversidad, violencia de género y, en el horizonte, cada vez más asuntos, como la movilidad sostenible). Y, por otra, la consagración de un doble canal de representación, sindical y unitario o electivo, con la particularidad de que, tanto uno como otro, pueden desarrollar, indistintamente, funciones de participación y consulta y

funciones de negociación; sumado al protagonismo reconocido a los propios trabajadores en su conjunto, quienes, a través de las Asambleas, pueden debatir cuestiones de índole laboral y social.

La financiación de esta actividad representativa, por otra parte, se impone, en medida muy significativa, a la empresa, fundamental pero no exclusivamente, a través de los denominados «créditos de horas» atribuidos a los representantes y que pueden conducir, y de hecho conducen con mucha frecuencia, a la «liberación» de algunos de ellos (que se dedican no a la representación en la empresa, sino a actividades sindicales generales, con su consiguiente financiación empresarial). Es importante destacar que la regulación de estos créditos de horas proviene de situaciones muy distintas de las actuales, en las que la comunicación con los representados era, fundamentalmente, presencial y en las que no existían las amplias posibilidades tecnológicas de comunicación e información que hoy conocemos.

Todo ello hace que el sistema de representación y participación laboral haya de ser reformulado en su conjunto, pues no se ha adaptado a los cambios sustanciales que se han producido en el ámbito de las relaciones laborales, desde los inducidos por las transformaciones tecnológicas y las nuevas posibilidades de información y comunicación que permiten, hasta los provocados por la irrupción del trabajo a distancia y la creciente diversificación del mundo laboral, que presiona hacia una mayor individualización de las relaciones laborales.

Así, nos encontramos con:

- Un amplio abanico de representaciones, que impone costos crecientes a las empresas de difícil gestión por ellas, existiendo numerosas competencias (que podrían concentrarse) y garantías.
- Un excesivo apoyo en el centro de trabajo como epicentro del establecimiento de diversas representaciones, ajeno a la realidad actual en la que cada vez más existen centros de trabajo «virtuales» y que conoce una dispersión creciente de las actividades productivas, así como una diversificación de las situaciones profesionales y empresariales.
- Una falta de atención a las situaciones específicas de las unidades empresariales de reducida dimensión, en las que la exigencia de establecimiento de mecanismos representativos a partir de un cierto umbral puede producir un efecto «barrera» del crecimiento empresarial, pudiendo buscarse procedimientos alternativos de participación de los trabajadores más directos, sin merma de su eficacia.
- Una regulación que ignora aún, en gran parte, las nuevas posibilidades tecnológicas para la comunicación con los trabajadores (se sigue regulando,

como elemento central de esas comunicaciones, el «tablón de anuncios»), más adaptadas a la dispersión de actividades, al trabajo en remoto y a la diversificación de situaciones profesionales que permiten prescindir, en buena medida, de la actividad representativa presencial, lo que recomienda, como mínimo, una revisión de los actuales créditos de horas.

- Una falta de atención a las nuevas realidades empresariales, como la de los grupos de empresa, en relación con los que es preciso prever renovadas formas de interlocución laboral.

En este nuevo escenario sería adecuado remitir a la negociación colectiva el mantenimiento o mejora de muchos de estos contenidos legales pensados para circunstancias diversas y en un contexto de ejercicio de la acción colectiva muy diferente.

PROPUESTA

Revisar el modelo de participación de los trabajadores en la empresa, simplificando y reduciendo las formas de representación y sus ámbitos de ejercicio, excluyendo los ajenos a las responsabilidades laborales de las empresas (como el de la «movilidad sostenible»).

Reducir el impacto sobre las empresas de los mecanismos de representación, en términos de costos asociados que perjudican la competitividad empresarial. En particular, revisar los créditos de horas que, en las nuevas condiciones de uso de las TIC, pueden reducirse, en especial, para la plena «liberación» de trabajadores, que convierte a las empresas en financiadoras de la actividad sindical general.

En el marco de las posibilidades de las TIC, reforzar el deber de sigilo de las representaciones laborales, identificando en ciertos supuestos al depositario de la información más confidencial, alejando el riesgo de filtraciones. En relación con ello, debe reformarse la Ley de Secretos Empresariales de 2019, cuyos artículos 1.3 y 2.3.c) son, además de ininteligibles en gran medida, inadecuados, provocando inseguridad jurídica en un tema trascendente para la empresa, en especial su *know how* digital.

Siempre que existan los medios y la seguridad informática, establecer el voto electrónico en todos aquellos ámbitos en los que se requiera la realización de un referéndum o toma de opinión de los trabajadores, sin perjuicio del derecho de estos a la celebración de reuniones y asambleas.

6. MEDIDAS PROMOCIONALES DECIDIDAS POR EL LEGISLADOR NO VINCULADAS CON LA PRODUCCIÓN NI CON RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES

Como hemos indicado, hace tiempo que vienen proliferando disposiciones laborales (o no) que provocan un incremento de los costes empresariales por cuestiones por completo ajenas a la actividad productiva de las empresas o a sus responsabilidades. Ejemplo de ello, ya referido en el apartado anterior, es la financiación de la actividad representativa/sindical a través de los créditos de horas, que exigiría valorar la cuantificación de estos créditos, el impacto de su posible acumulación (con liberación del trabajo) y su multiplicación como consecuencia de la diversificación de canales de representación. Pero al anterior se suman otros supuestos donde la imputación de costes procede de situaciones que, en ningún caso, tienen relación con las responsabilidades empresariales. Es claro en relación con las medidas de conciliación de vida personal y familiar, contemplando, incluso, la distribución de roles en la familia (corresponsabilidad), la atención a intereses de otras personas no empleadas en la empresa o finalidades similares que, muy deseables desde el punto de vista social, no parece que deban impactar negativamente en las empresas, haciéndoles responsables de su gestión y financiación. Paradigma de cuanto se señala se observa en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que traslada a las empresas el coste de la resolución del contrato de trabajo de las trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género, víctimas del terrorismo o víctimas de violencias sexuales, así como en la LO 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la Ley General de la Seguridad Social e incrementa también costes empresariales, atribuyendo al empleador el abono del salario íntegro del primer día de baja en casos de interrupción, voluntaria o involuntaria, del embarazo y la gestación desde la semana trigésimo novena. O la Ley 4/2023, de idéntica fecha, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (con previsión de medidas para promover la diversidad, para garantizar, en las empresas de más de cincuenta trabajadores la igualdad real y efectiva, y con reflejo en los planes de igualdad). Igualmente, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción impone significativos deberes laborales en las empresas de cincuenta o más trabajadores.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Familias planteaba un paso más, y bastante significativo, en esta misma dirección. Así, en su artículo 12.1.e) establece,

por primera vez, una clara subordinación del trabajo a la vida privada y a la situación familiar de los trabajadores, previendo la «garantía del equilibrio de la vida profesional y privada para las personas adultas responsables de la crianza, garantizando *la adaptación del trabajo a la situación familiar* y plena adecuación de los periodos de permisos para el cuidado y la crianza, tanto en el ámbito público como en el privado». Y en esa línea se mueven las modificaciones del ET previstas en la disposición final tercera del anteproyecto, que, dado el retraso en su tramitación, han sido asumidas por el referido DL5/2023. Primero, la nueva redacción del artículo 4.2.c) ET (artículo 127 del DL 5/2023), con sintaxis manifiestamente mejorable, equipara a las discriminaciones prohibidas «el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral». La referencia genérica a un no mejor precisado «trato desfavorable» abre una puerta a la inseguridad jurídica y a los excesos interpretativos.

Puerta que también se abre mediante modificaciones concretas de los textos normativos, en los que la oposición empresarial a la solicitud del trabajador «por causas justificadas» se convierte ahora en la exigencia, para esa oposición, de «motivar las razones objetivas en las que se sustenta su decisión» (artículo 34.8 ET, modificado por el artículo 127.2 del DL 5/2023), obligando a la empresa, en esos casos, a ofrecer un plan alternativo para el disfrute de los derechos pretendidos por los trabajadores. El equilibrio entre la protección de las necesidades organizativas y productivas de las empresas y los derechos relacionados con la vida privada y familiar de los trabajadores se rompe, significativamente, en favor de estos últimos. Estas previsiones, junto con otras, se introducen al hilo de la transposición de la Directiva 2019/1158 que lleva a cabo el DL 5/23, prescindiendo del diálogo social, e imponiendo reformas no planteadas en la negociación con los agentes sociales que, en ocasiones, van claramente más allá de lo que exige la transposición de los textos europeos.

El DL 5/2023, en la línea del Anteproyecto de Ley de Familias, además, incide en la indicada transferencia de responsabilidades a la empresa, al establecer respecto a la garantía del derecho a la conciliación, tres permisos de cuidados: un permiso por cuidado de cinco días al año, retribuidos, para atender a un familiar hasta segundo grado o conviviente, que podrá utilizarse en caso de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que necesite reposo (artículo 37.3.b ET); un permiso parental de ocho semanas, que podrán disfrutarse de forma continua o discontinua, hasta que el menor cumpla ocho años (nuevo artículo 48 bis ET); y un permiso por ausencia por fuerza

mayor familiar que requiera atención inmediata, equivalente a cuatro días retribuidos al año, que se podrá disfrutar por horas (nuevo apartado 9 del artículo 37 ET). Por otra parte, hemos de señalar que la ampliación pretendida de los derechos de reducción de jornada relacionados con el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad del cónyuge o pareja de hecho (siempre que no existieran familiares por consanguinidad directa hasta el segundo grado que pudieran acceder a la reducción) puede, paradójicamente, afectar negativamente a la corresponsabilidad familiar haciendo, en la práctica, recaer sobre las mujeres el cuidado no solo de los familiares consanguíneos sino también de los del cónyuge o pareja de hecho. En esta misma línea de ampliación de derechos de conciliación, el Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, modifica el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el permiso de lactancia y deja a la voluntad del trabajador la posibilidad de reducción de jornada o acumulación del permiso en jornadas completas, sin que se exija estar a los términos negociados colectivamente o acordados con el empresario. Por otra parte, la duración de nueve meses se amplía a doce (con reducción proporcional del salario) en caso de ejercicio del derecho, con la misma duración y régimen, por ambos progenitores o adoptantes.

En este mismo contexto, finalmente, la ya referida futura Ley de movilidad sostenible prevé una genuina obligación de negociar en las empresas planes de movilidad sostenible y de evitación de acumulaciones de tráfico en horas punta, entre otras medidas que, desde luego, no se ve qué relación puedan guardar con las actividades productivas de las empresas.

En todas estas cuestiones, como ya hemos indicado, el elemento común es el traslado a las empresas de costes que no son propios de su proceso productivo, sino que atienden a intereses generales o valores socialmente compartidos que, por ello, deberían estar socializados. En este sentido, una alternativa para valorar sería la previsión de bonificaciones u otro tipo de incentivos que redujesen la carga económica que estas políticas sociales suponen para las empresas.

PROPUESTA

Establecer previsiones normativas que socialicen el coste de aquellas medidas promocionales decididas por el legislador no vinculadas con la producción o responsabilidades empresariales.

Anexo de propuestas

CAPÍTULO 1.

LA AUTONOMÍA COLECTIVA: SU PAPEL EN LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS RELACIONES LABORALES Y EN LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

1. El papel de la autonomía colectiva en la regulación de las nuevas relaciones laborales

PROPUESTA

Rehacer, sustancialmente, el título III del Estatuto de los Trabajadores, inaugurando una regulación legal de la negociación colectiva mucho más reducida y limitada en su alcance sobre la base de los principios enunciados en este capítulo, a fin de propiciar un mayor protagonismo de la autonomía colectiva en la ordenación de las relaciones de trabajo. Ello es coherente con la capacidad reguladora que la Constitución y la normativa internacional reconocen a la negociación colectiva y con el papel que, unánimemente, se reclama para ella como técnica más eficaz para la adaptación de las relaciones laborales a los cambios socioeconómicos y empresariales.

2. La solución autónoma de conflictos laborales

PROPUESTA

Proporcionar mayor seguridad jurídica en una Ley de arbitraje laboral al procedimiento arbitral en los conflictos laborales, contemplando, expresamente, su carácter preferente (o exclusivo en conflictos de intereses) en determinado tipo de controversias tanto colectivas como individuales, consagrando el valor del laudo arbitral y su carácter resolutorio final de tales controversias, con posibilidades muy limitadas de recurso ante la jurisdicción social.

Potenciar los procedimientos autónomos de resolución de controversias individuales, en los que cabría abordar, con la participación de la representación de los trabajadores, muchos conflictos actualmente judicializados que encubren, en realidad, conflictos de intereses y no jurídicos (como sucede, en muchas ocasiones, en las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral).

CAPÍTULO 2.

NECESIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL**1. Contratación temporal e indefinida****PROPUESTA**

Analizar, con la suficiente perspectiva temporal, los resultados de la aplicación de la nueva normativa de 2021 y plantear, en su caso, en función de dichos resultados, el tránsito a un sistema que permita la contratación temporal sin causa, si bien sujeta a una limitación porcentual de la plantilla con contrato temporal en cada empresa o centro de trabajo (y/o con limitación, también, de la duración máxima de los contratos), confiando a la negociación colectiva la concreción de estos aspectos. Clarificar que la «ventana» de 90 días para la contratación temporal del artículo 15.2.4.º ET debe aplicarse por centro de trabajo.

2. El papel de la negociación colectiva en la ordenación de la contratación temporal y en las reglas de extinción de determinada contratación indefinida**PROPUESTA**

Ampliar la capacidad de adaptación de las modalidades de contratación legalmente previstas por parte de la negociación colectiva, sobre todo sectorial, y excepcionalmente, dentro del marco regulador convencional sectorial (o por delegación del convenio sectorial, o en su defecto), de empresa.

Permitir a la negociación colectiva sectorial (excepcionalmente, de empresa) incorporar y regular nuevas figuras, como la del contrato «fijo de producto» o «de encargo», para responder a las singularidades del sector, con un régimen jurídico similar al establecido en el contrato fijo adscrito a obra para el sector de la Construcción.

3. Nuevas causas de temporalidad: el lanzamiento de nuevas actividades y el desarrollo de nuevas líneas de negocio

PROPUESTA

Introducir en la regulación legal la figura del contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad o de nuevas líneas de negocio, en especial en los supuestos de empresas emergentes o de emprendedores que inicien actividades.

4. Encadenamiento de contratos

PROPUESTA

Suprimir la regulación de la prohibición de encadenamiento de «puestos de trabajo» distintos y regular el encadenamiento de contratos, evitando el automatismo de sus consecuencias y permitiendo la prueba en contrario de la presunción de duración indefinida de la relación.

5. Contrato fijo discontinuo

PROPUESTA

Suprimir rigideces legales en el régimen jurídico de los contratos fijos discontinuos y potenciar el papel de la negociación colectiva en su regulación.

6. Contratos formativos y prácticas no laborales

PROPUESTA

Confiar los elementos centrales del régimen jurídico de los contratos formativos a la negociación colectiva sectorial. En relación con la formación en alternancia, los convenios debieran poder habilitar itinerarios formativos nuevos o alternativos en las ocupaciones laborales carentes de formación reglada o certificado de profesionalidad, con mayor margen de concreción de la duración máxima de los contratos para la adquisición de formación práctica.

Evitar una excesiva regulación legal de las prácticas no laborales y, en particular, su laboralización.

7. Periodo de prueba

PROPUESTA

Revisar la regulación del periodo de prueba, tanto en lo relativo a su duración como a su causa, para incluir la doble finalidad de permitir el conocimiento de la capacidad profesional y adaptación del trabajador al puesto y, en caso de PYME, empresas emergentes y emprendedores, de la necesidad empresarial de contratación y su duración.

CAPÍTULO 3.

NECESIDADES EMPRESARIALES EN LA GESTIÓN DEL TRABAJO

1. La flexibilidad laboral y la gestión del trabajo

2. La regulación flexible del tiempo de trabajo y la propuesta de reducción de la jornada máxima legal

2.1. Redefinir el tiempo de trabajo efectivo

PROPUESTA

Incorporar la definición europea, ya utilizada en la interpretación judicial interna, en la identificación de tiempo de trabajo efectivo, regulando los tiempos de presencia y de disponibilidad y confiando a la negociación colectiva la regulación de su régimen retributivo.

Atribuir a la negociación colectiva la previsión de nuevas jornadas singulares, incluido el trabajo a demanda.

2.2. Intensificar la distribución irregular de la jornada ordinaria y las bolsas flexibles de horas de trabajo suplementarias

PROPUESTA

Prever la capacidad convencional de regular horas de trabajo suplementarias (no extraordinarias) a la jornada a tiempo completo pactada para atender necesidades empresariales, con respeto de la jornada máxima legal y los descansos mínimos.

Potenciar la capacidad convencional para establecer horas extraordinarias obligatorias compensadas con descanso y bolsas de horas, en las que se incluyan las no trabajadas por cualquier circunstancia (paradas de producción, inclemencias climatológicas, incidencias organizativas o productivas, etcétera) y cuya prestación pueda ser exigida en otro momento.

Reducir la exigencia de preaviso de cinco días al trabajador en los casos de distribución irregular de la jornada, convirtiéndola en norma subsidiaria en defecto de convenio o acuerdo colectivo.

Analizar, en defecto de convenio o acuerdo colectivo, el posible incremento del porcentaje de distribución irregular de la jornada por decisión unilateral del empresario del 10 al 15 por 100 de la jornada anual (ampliable hasta el 25 por 100 en la PYME, empresas emergentes y emprendedores).

2.3. Solución autónoma y extrajudicial de conflictos en materia de tiempo de trabajo

PROPUESTA

Previsión convencional de sometimiento a un sistema de solución extrajudicial de conflictos (en especial, individuales) en materia de jornada, permisos, vacaciones, horarios, excedencias, reducciones de jornada y similares.

3. El trabajo a distancia

PROPUESTA

Simplificar la regulación del trabajo a distancia, confiando la concreción de su régimen jurídico, basado en el principio de voluntariedad, a la negociación colectiva, y ampliando el papel de los pactos individuales para fijar los términos de su prestación.

4. La modificación de condiciones contractuales individuales y colectivas

PROPUESTA

Ampliar la capacidad colectiva de concreción del régimen jurídico de los procedimientos de movilidad o modificación.

Unificar las indemnizaciones previstas en las distintas medidas.

Incluir, como causa legal justificativa de las medidas de flexibilidad interna, la derivada de la introducción de una nueva normativa legal que altere, sustancialmente, las condiciones precedentes y contemplar, también, otras causas justificativas derivadas de las nuevas realidades productivas (introducción de innovaciones tecnológicas, digitalización, exigencias de sostenibilidad) y del impacto que sobre la organización del trabajo puedan tener las medidas de conciliación.

Regular la modificación temporal de las condiciones contractuales, sin las exigencias procedimentales actuales y, salvo excepciones, sin posible extinción unilateral del contrato por el trabajador.

Precisar el posible recurso a la movilidad (geográfica o funcional) o modificación de condiciones de trabajo como medidas alternativas en procedimientos de reestructuración empresarial (en especial, despido colectivo).

5. La cuantía y estructura salarial

PROPUESTA

Promover en la negociación colectiva la fijación de sistemas retributivos variables, en función de objetivos individuales y colectivos y resultados de la empresa.

Incrementar en la negociación colectiva los sistemas de retribución flexible.

6. La conciliación familiar y laboral en la organización del trabajo

6.1. Desarrollo en la negociación colectiva o en los planes de igualdad de la adaptación de jornadas por conciliación familiar y laboral

PROPUESTA

Potenciar la inclusión en los convenios colectivos de medidas de adaptación flexible de la jornada por conciliación laboral y familiar, desarrollando el derecho de solicitud del trabajador, si las medidas no están previstas en el plan de igualdad aplicable.

6.2. Solución autónoma y extrajudicial de conflictos de conciliación familiar y laboral

PROPUESTA

Sustituir el proceso judicial sobre medidas de conciliación familiar por sistemas extrajudiciales y autónomos previstos en la negociación colectiva intersectorial o sectorial, incluidos arbitrajes obligatorios.

6.3. Permisos no retribuidos o con protección social del Estado

PROPUESTA

Ligar la retribución a cargo de la empresa de nuevos permisos vinculados a conciliación familiar y laboral a lo que establezca la negociación colectiva, con previsión de fórmulas alternativas de redistribución del tiempo de trabajo, permisos no retribuidos o permisos con protección social del Estado.

CAPÍTULO 4.

LA ORGANIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PRODUCTIVAS

1. Introducción

2. El régimen de la subcontratación de obras y servicios y responsabilidades empresariales

PROPUESTA

Aclarar la aplicación de la regulación solamente a los supuestos de contrataciones relacionados con la propia actividad, en el sentido precisado por la jurisprudencia, de la empresa principal.

Clarificar y, en su caso, modificar el régimen de responsabilidades de la empresa principal respecto a la contratista, a efectos de dotarlo de mayor coherencia y seguridad jurídica, especialmente cuando la principal actúa regular y diligentemente para comprobar el cumplimiento por la contrata de sus obligaciones en materia salarial y de Seguridad Social. Excluir responsabilidad por las deudas precedentes y, respecto de las surgidas durante la vigencia de la contrata, mantener solo la subsidiaria, salvo en aquellos supuestos en los que la empresa principal no solicite los certificados previstos o ignore los resultados negativos que resulten de ellos.

3. El régimen y los efectos legales de los grupos de empresas en el ámbito laboral

PROPUESTA

Regularizar el régimen jurídico del grupo de empresas como sujeto lícito en las relaciones laborales a los efectos de adoptar decisiones contractuales y de negociación colectiva, sin considerarlo, apriorísticamente, como empleador ni atribuir de forma automática responsabilidades solidarias al grupo o a la empresa matriz.

4. El ámbito de actuación de las Empresas de Trabajo Temporal (Agencias Privadas de Empleo) en la puesta a disposición de personal a las empresas usuarias y el alcance de sus responsabilidades.

PROPUESTA

Facultar a las Agencias Privadas de Empleo la puesta a disposición de personal en las empresas usuarias para actividades no solo temporales, sino de naturaleza fija discontinua, contratando, a su vez, tales agencias a dicho personal con este tipo contractual. Y para cubrir, mediante trabajadores fijos, posiciones también fijas en las empresas usuarias, con límites temporales o porcentuales precisos.

Limitar la responsabilidad de tales agencias al respeto de la duración máxima de los contratos temporales o de los periodos de actividad-no actividad declarados por la empresa usuaria en los contratos fijos discontinuos, sin obligar a la comprobación de la veracidad de las causas temporales o fijas discontinuas, cuyo control (y las consiguientes responsabilidades) debe residir, exclusivamente, en la empresa usuaria.

Establecer una excepción a la normativa de cesión ilegal de trabajadores para el caso de empresas que presten servicios de contratación de trabajadores en España para empresas extranjeras, de concurrir determinados requisitos. O bien confiar esa contratación a las empresas de trabajo temporal o agencias de empleo.

5. El impacto de las nuevas tecnologías en la organización del trabajo y en el desarrollo de la producción, en especial sobre la trascendencia de los sistemas de inteligencia artificial en las relaciones laborales

5.1. Las consecuencias legales de la digitalización de la organización del trabajo y de la gestión de personas, en especial sobre el desarrollo y aplicación de sistemas de inteligencia artificial en la empresa

PROPUESTA

Redefinir regulaciones básicas en el ET para integrar los efectos de las nuevas tecnologías y, en especial, de los sistemas de IA en las condiciones de trabajo y en las consecuencias laborales de operaciones corporativas, garantizando un marco legal más flexible, acomodado a esos cambios tecnológicos y con mayor capacidad de la negociación colectiva para determinar la aplicación en la gestión por la IA de tales condiciones.

Atender a las necesidades laborales de las empresas emergentes y centradas en la innovación tecnológica.

5.2. Reconocimiento como secretos empresariales de los algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial

PROPUESTA

El establecimiento de reglas sobre transparencia algorítmica debe partir de su carácter de secreto empresarial y someter su control a los estrictos criterios que contempla la Ley 1/2019, limitando, en el ámbito laboral, la obligación empresarial de información y reforzando los deberes de confidencialidad de los trabajadores y de sigilo de sus representantes.

5.3. Control *a posteriori* de usos irregulares o discriminatorios de los algoritmos, transparencia y negociación colectiva

PROPUESTA

Legitimar la adopción de decisiones empresariales basadas en los sistemas de IA, dando seguridad jurídica a las facultades empresariales en su uso y adecuando las exigencias de transparencia y de información y consulta en la conformación, sobre lo aportado por tales sistemas, de condiciones de empleo y trabajo, centrando el control en las consecuencias de su aplicación. Las medidas correctoras, de acreditarse uso irregular o sesgo discriminatorio del algoritmo, deben confiarse, básicamente, a la negociación colectiva.

5.4. Regulación del régimen de control sobre los algoritmos desarrollados por la Administración Laboral, en especial en materia sancionadora

PROPUESTA

Aplicar reglas que aseguren la participación, publicidad, planificación normativa y evaluación *ex ante* y *ex post* de la programación de la actuación de la Administración pública mediante sistemas de IA con incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social, con identificación de los concretos valores que justifican la intervención y objetivos últimos pretendidos con ella, así como el acceso público e incondicionado al código fuente.

Reforzar las garantías de transparencia y control en las actuaciones administrativas automatizadas, o cuasi automatizadas, en el procedimiento sancionador en el orden social, delimitando qué infracciones laborales y de Seguridad Social quedan afectadas por dichas garantías.

CAPÍTULO 5.

MEDIDAS PARA LA ADAPTACIÓN A LA COYUNTURA: ERTES, DESPIDO COLECTIVO Y DESPIDO OBJETIVO

1. Medidas de ajuste temporal *versus* medidas de ajuste definitivo: los ERTE

PROPUESTA

Diferenciar las causas de las medidas de flexibilidad interna y externa para adecuarlas a un principio de graduación y proporcionalidad entre la gravedad de la situación de la empresa y la gravedad de los efectos sobre los trabajadores, distinguiendo, también, entre situaciones coyunturales y estructurales y favoreciendo una regulación que incentive la adopción de las medidas conservadoras del empleo.

Extender a los ERTE los umbrales numéricos y temporales de los despidos, para diferenciar medidas individuales y colectivas y excluir la exigencia de tramitar un ERTE cuando puedan adoptarse medidas de suspensión individual que no alcancen los umbrales establecidos.

2. El despido por causas ETOP

2.1. La calificación del despido colectivo

PROPUESTA

Articular un modelo de despido colectivo a imagen de lo previsto en la directiva europea, por centro de trabajo, clarificando los umbrales numéricos y temporales y la consideración conjunta de ambos topes, suprimiendo el doble cómputo actual de centro de trabajo y empresa.

2.2. Extinciones por mutuo acuerdo, periodo de consultas y umbrales del despido colectivo

PROPUESTA

Excluir las extinciones por mutuo acuerdo o por decisión unilateral del trabajador a los efectos del período de consultas y cómputo cuantitativo en los despidos colectivos.

2.3. Criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo

PROPUESTA

Reconocer la capacidad del empleador para, en ausencia de acuerdo colectivo, seleccionar los trabajadores despedidos, limitando el alcance del control judicial a la sola existencia de discriminación.

2.4. Intervención de la autoridad laboral en los despidos colectivos

PROPUESTA

Reformar el alcance de la intervención administrativa, potenciando su neutralidad y la consideración de las consultas como una actuación colectiva sin interferencias administrativas y con control jurisdiccional solo *a posteriori*, extendiendo idéntico planteamiento a los ERTE.

Limitar la actuación de la ITSS al cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales del despido colectivo, sin valoración de la causa, reservada tras el período de consultas al exclusivo control judicial.

2.5. Medidas de acompañamiento en despidos por causas técnicas

PROPUESTA

Explicitar, como causa de flexibilidad interna y externa, el fenómeno de la digitalización y robotización de las tareas profesionales, incorporando su mención específica en la concurrencia de causas técnicas y, especialmente, tecnológicas.

2.6. Regulación específica de las causas extintivas vinculadas a contratas

PROPUESTA

Prever que la superación del plazo legal o convencional máximo de inactividad del fijo discontinuo sin posibilidad de recolocación en vacante adecuada sea causa extintiva objetiva del contrato de trabajo.

Incorporar, como causa de despido, la finalización o reducción del volumen de mano de obra de la contrata con imposibilidad de recolocación en vacante adecuada de otra contrata.

2.7. Blindaje del acuerdo colectivo

PROPUESTA

Consagrar, como se hace en otros supuestos, la presunción de concurrencia de causa en el acuerdo alcanzado en el período de consultas de un despido colectivo. Eliminar la referencia al abuso de derecho entre las causas que permiten la impugnación del acuerdo alcanzado.

Limitar las posibilidades de impugnación del acuerdo que pone fin a las consultas, por terceros no intervinientes o discrepantes y por sus propios firmantes, directa o indirectamente (adhesión a la impugnación de un tercero).

2.8. ¿Debe mantenerse el control judicial sobre el fondo del asunto en los despidos colectivos?

PROPUESTA

Limitar el control judicial sobre el fondo de las decisiones empresariales de reestructuración a la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales del despido posteriores al período de consultas, ampliado a la valoración de la causa solo cuando se evidencie un uso abusivo del despido, si bien con consecuencia de improcedencia y en ningún caso de nulidad.

3. La declaración de nulidad y sus consecuencias

PROPUESTA

Revisar el régimen de efectos de la declaración de nulidad en los despidos colectivos, excluyéndola para incumplimientos formales o procedimentales.

Permitir, en despidos declarados nulos, la opción del trabajador entre la indemnización máxima o la readmisión, con devengo de salarios de tramitación en todo caso.

4. Aportaciones económicas de las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años

PROPUESTA

Suprimir, en la regulación de la aportación al Tesoro Público en los despidos colectivos, la consideración del grupo de empresas como sujeto económico.

Introducir criterios de proporcionalidad en la aportación y eliminarla en los supuestos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha aportación surja como consecuencia de los beneficios obtenidos en el pasado por la empresa.

5. ¿Cambios en el modelo de indemnizaciones tasadas por despido?

PROPUESTA

Conservación del régimen actual de indemnizaciones tasadas.

CAPÍTULO 6.

LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA Y LA DIVERSIFICACIÓN NORMATIVA

- 1. Antecedentes y reformas de adaptación laboral a la dimensión de la empresa**
- 2. Establecimiento de umbrales de trabajadores en medidas laborales**

PROPUESTA

Mantener la técnica de la división entre medidas individuales y colectivas, extendiéndola a otras figuras de flexibilidad laboral, en especial las referidas a reducciones de jornada y suspensión de contratos (ERTE).

Analizar la posible aplicación o adaptación de ciertas obligaciones empresariales a empresas de tamaño reducido (no autónomos), con régimen y umbrales equiparables a los previstos en la normativa europea y en los países de nuestro entorno.

- 3. Las comisiones *ad hoc* en ausencia de representantes de los trabajadores**

PROPUESTA

Consolidar las comisiones *ad hoc* de elección directa de los trabajadores en ausencia de representación unitaria, generalizando esta fórmula para suscribir cualquier acuerdo colectivo de centro de trabajo o empresa, no solo de los expresamente mencionados por la Ley.

Posibilidad de suscribir en las PYME sin órganos de representación unitaria los acuerdos colectivos subsidiarios, en defecto de convenio, con comisiones *ad hoc*, equiparando su grado de flexibilidad laboral negociada al de las grandes empresas.

Establecer procedimientos obligatorios de solución autónoma de conflictos para los desacuerdos en los procedimientos negociados con comisiones *ad hoc*.

4. Contratación y reglas de despido específicas

PROPUESTA

Adaptar el marco general de la legislación laboral española a las características del tejido productivo y a la masiva presencia de empresas de pequeña dimensión. Promover en los convenios colectivos sectoriales la adopción de reglas específicas para las empresas de menor dimensión.

Valorar la diferenciación por tamaño de la empresa de reglas laborales específicas, en particular, en materia de contratación laboral y despido. Acomodar los umbrales numéricos para la aplicación de las normas laborales y para el establecimiento de obligaciones empresariales a los fijados por la normativa europea.

CAPÍTULO 7.

LA EMPRESA COMO CENTRO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES

1. Introducción

2. Sistemas de *cumplimiento normativo* sociolaboral y Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

PROPUESTA

Reconocimiento de los sistemas de *compliance* laboral implantados por las empresas como instrumentos que acrediten su diligente voluntad de cumplimiento normativo, modulando o exonerando de responsabilidades a efectos de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social.

3. Responsabilidades en el ámbito de la prevención de riesgos laborales

PROPUESTA

Plantear la supresión de la protección diferenciada de las situaciones derivadas de riesgos profesionales en relación con las derivadas de riesgos comunes. Aun manteniendo algunas peculiaridades en los riesgos profesionales, la protección de las situaciones de necesidad en que se encuentre el trabajador debería ser indiferenciada, sin hacerla depender de su causa originadora, reduciendo la presión continua para ampliar el concepto de accidente de trabajo y la litigiosidad asociada a ello, y facilitando la concreción de las exigencias preventivas.

Reordenar el régimen de responsabilidades empresariales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, otorgando mayor trascendencia al elemento de negligencia/culpabilidad descartando la «cuasi objetividad», así como a la responsabilidad en la que haya podido incurrir el trabajador.

En su defecto, crear un concepto de accidente de trabajo a efectos preventivos, que tome en consideración, exclusivamente, aquellas circunstancias que estén bajo control y sean responsabilidad del empresario.

4. Sanción penal de incumplimientos laborales

PROPUESTA

Derogar el numeral 2 del artículo 311 CP, introducido por la LO 14/2022.

5. Modelos de representación adaptados al cambio digital y a las nuevas realidades empresariales

PROPUESTA

Revisar el modelo de participación de los trabajadores en la empresa, simplificando y reduciendo las formas de representación y sus ámbitos de ejercicio, excluyendo los ajenos a las responsabilidades laborales de las empresas (como el de la «movilidad sostenible»).

Reducir el impacto sobre las empresas de los mecanismos de representación, en términos de costos asociados que perjudican la competitividad empresarial. En particular, revisar los créditos de horas que, en las nuevas condiciones de uso de las TIC, pueden reducirse, en especial, para la plena «liberación» de trabajadores, que convierte a las empresas en financiadoras de la actividad sindical general.

En el marco de las posibilidades de las TIC, reforzar el deber de sigilo de las representaciones laborales, identificando en ciertos supuestos al depositario de la información más confidencial, alejando el riesgo de filtraciones. En relación con ello, debe reformarse la Ley de Secretos Empresariales de 2019, cuyos artículos 1.3 y 2.3.c) son, además de ininteligibles en gran medida, inadecuados, provocando inseguridad jurídica en un tema trascendente para la empresa, en especial su *know how* digital.

Siempre que existan los medios y la seguridad informática, establecer el voto electrónico en todos aquellos ámbitos en los que se requiera la realización de un referéndum o toma de opinión de los trabajadores, sin perjuicio del derecho de estos a la celebración de reuniones y asambleas.

6. Medidas promocionales decididas por el legislador no vinculadas con la producción ni con responsabilidades empresariales

PROPUESTA

Establecer previsiones normativas que socialicen el coste de aquellas medidas promocionales decididas por el legislador no vinculadas con la producción o responsabilidades empresariales.