

El hilo de Ariadna

Orientarse en el laberinto normativo laboral

FEDERICO DURÁN LÓPEZ

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

PUNTO DE VISTA

Abril 2026



El hilo de Ariadna

Orientarse en el laberinto normativo laboral

FEDERICO DURÁN LÓPEZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, ha sido Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba, presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (1986-1992) y presidente del Consejo Económico y Social (1992-2001). Desde 2001 es socio y abogado en el despacho J&A Garrigues, cuyo departamento laboral ha dirigido.

Ha sido miembro de comisiones y grupos de estudio, españoles y europeos, sobre el mercado de trabajo, las relaciones laborales y el buen gobierno de las empresas. Ha dirigido, recientemente, el estudio, publicado por el Instituto de Estudios Económicos (IEE) y encargado por CEOE, sobre «Las necesidades organizativas y productivas de las empresas y las repuestas del ordenamiento jurídico. Reflexión de futuro y propuesta de líneas de cambio».

Es académico correspondiente de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, y fue condecorado como Oficial de la Orden Nacional de la Legión de Honor francesa.



INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

© 2026 FEDERICO DURÁN LÓPEZ

© 2026 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 no se identifica necesariamente con el contenido, las opiniones y las valoraciones expresadas por el autor en los textos que se recogen en esta publicación, que son exclusivamente suyas.

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

Abril 2026

Documento digital PDF

Se autoriza la difusión por terceros de esta publicación, de forma total o parcial, siempre y cuando quede reflejado inequívocamente que la autoría de la misma es del Instituto de Estudios Económicos. En este caso, rogamos que nos envíen una copia de la referencia al IEE.

Índice

Presentación.....	6
Introducción.....	7
1. El discreto retorno de la rigidez laboral.....	9
2. La igualdad entre sexos y las obligaciones empresariales.....	12
3. Nulidad del despido colectivo y libertad de empresa.....	15
4. El sacrificio de la contratación temporal en el altar de la rigidez.....	18
5. Registro retributivo: las dudas sobre la consulta previa y la valoración de puestos de trabajo.....	21
6. El hilo conductor de la reforma laboral.....	24
7. Los nuevos espacios de la negociación colectiva tras la reforma de la normativa laboral.....	27
8. Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos tras la reforma.....	30
9. Contratas y negociación colectiva tras la reforma laboral.....	33
10. El registro de jornada, la desconexión digital y el papel regulador de la ley.....	36
11. La contratación laboral tras la reforma.....	39
12. Sanción penal de incumplimientos laborales.....	42
13. Un nuevo golpe a la seguridad jurídica.....	45
14. El marco laboral: entre el caos normativo y la demolición del modelo tradicional de relaciones laborales.....	48
15. Los nuevos derechos sociales y la imputación de sus costes.....	51
16. El canal de denuncias interno y su incidencia en las relaciones laborales (I).....	54
17. El canal de denuncias interno y su incidencia en las relaciones laborales (II).....	57
18. Las medidas laborales de la Ley 4/2023 y su exigibilidad.....	60
19. Las indemnizaciones por despido en el contexto europeo.....	63
20. Unidad de mercado y negociación colectiva.....	66
21. La aplicación en las empresas de la Ley de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres.....	70



22. Sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores, a propósito de la reciente sentencia del TJUE	73
23. Reducción de jornada y negociación colectiva	76
24. Formalidades del despido y audiencia previa.....	79
25. La declaración de incapacidad permanente y su incidencia en el contrato de trabajo...	82
26. Reglamento europeo de inteligencia artificial y relaciones laborales.....	85
27. Nuevos embates contra la subcontratación (y esta vez vienen de Europa)	88
28. Jubilación obligatoria e igualdad.....	91
29. Absentismo, políticas retributivas y discriminación por enfermedad	94
30. Prioridad temporal y jerarquía entre convenios.....	98
Epílogo. La salida del laberinto.....	102



Presentación

Se recogen en este volumen los análisis que de los aspectos más significativos de las relaciones laborales he venido realizando desde los debates que precedieron a la reforma laboral de 2021. En esos análisis, publicados en las «tribunas» de las «Newsletter» del departamento laboral del despacho Garrigues entre 2021 y 2026 he tratado de ofrecer, y por eso el título de este volumen, una guía para orientarse en el laberinto normativo creado por una legislación (y una normativa reglamentaria) confusa, profusa y difusa, amén de manifiestamente mejorable desde el punto de vista técnico, posterior a la reforma de 2021 y en no pocas ocasiones contradictoria con ella, y con el espíritu de consenso y de diálogo social que la inspiró. También se incluyen análisis de decisiones judiciales o jurisprudenciales de singular importancia para el desenvolvimiento de las relaciones laborales y consideraciones acerca de la normativa europea en cuyo marco regulador hemos de afrontar muchas de las cuestiones abordadas por nuestra legislación interna.

Los artículos se han mantenido en su versión original, sin cambios derivados de actualizaciones, normativas o jurisprudenciales, posteriores, sin más añadido que alguna nota al pie para resaltar aspectos de esas actualizaciones particularmente relevantes. Muchas de las reflexiones contenidas en estas tribunas siguen siendo plenamente válidas, bien porque la resolución de las cuestiones abordadas no esté cerrada en la doctrina judicial ni en la jurisprudencia, bien porque los desarrollos normativos correspondientes a esas cuestiones estén aún abiertos. En todo caso, se ha tratado de ofrecer elementos de reflexión para comprender el desarrollo de las relaciones laborales en los últimos años y para poder afrontar el futuro de esas relaciones laborales y plantear los cambios que nuestro ordenamiento necesita para que la tutela de los derechos laborales, irrenunciable en el marco del Estado del bienestar que subyace a nuestra Constitución, se lleve a cabo atendiendo también a las necesidades organizativas y productivas de las empresas y a las exigencias del sistema productivo.

De ello me ocuparé en el epílogo de esta publicación. Mientras tanto, para terminar esta presentación, quiero dejar constancia expresa de mi agradecimiento a Garrigues, por autorizarme la publicación de estas tribunas, y al Instituto de Estudios Económicos por publicar el libro que las recoge.



Introducción

Los artículos que siguen, aun elaborados al hilo de las reformas normativas (sobre todo españolas, pero también europeas) que se han venido sucediendo, o de pronunciamientos jurisprudenciales particularmente significativos, giran en torno a las grandes cuestiones que marcan el desarrollo de las relaciones laborales desde hace años y que centran los debates acerca de la búsqueda de un nuevo marco normativo para esas relaciones.

Aparece, así, el tema de la flexibilidad y su pugna continua con la rigidez que ha venido caracterizando la normativa laboral. Desde ese punto de vista, el análisis de las modalidades de contratación laboral, en la ordenación previa a la reforma de 2021 y sobre todo en la derivada de ella, con las restricciones de las posibilidades de contratación temporal (bajo la enseña de unas relaciones de trabajo articuladas sobre la figura de contrato indefinido y a tiempo completo), compensada con el nuevo juego reservado a figuras contractuales no nuevas pero sí renovadas (en particular el contrato fijo discontinuo), ocupa un puesto relevante en las reflexiones recogidas en este libro.

Esas reflexiones sobre la contratación llevan, necesariamente, a la consideración de todo lo relacionado con la extinción del contrato de trabajo. La figura del despido, y su regulación, tanto en lo referente a su causalidad y a sus formalidades como a los controles judiciales y a las consecuencias (restauradoras o reparadoras) de una extinción considerada injustificada o incorrectamente tramitada, será siempre central en la ordenación jurídica de las relaciones laborales pero, además, es inescindible del tratamiento que se dé a la contratación. En los diversos artículos del libro que abordan esta temática subyace la idea de asegurar un necesario equilibrio entre la protección del contrato indefinido y de la estabilidad laboral y la de la adaptabilidad empresarial, con la flexibilidad necesaria para realizar ajustes exigidos por las circunstancias de la producción o por el mantenimiento de la disciplina laboral y el equilibrio de las prestaciones contractuales. En el caso de los despidos económicos, o colectivos, se sostiene la idea de la inadecuación de los actuales controles judiciales (y de la creciente intervención administrativa) de las decisiones empresariales al respecto, con una crítica particular a la figura de la nulidad del despido en las extinciones colectivas, figura disfuncional que debería desaparecer.

Por otra parte, se defiende una interpretación razonable, inspirada en el principio de libertad de empresa, de las posibilidades abiertas a las empresas para la organización de la producción, garantizando el recurso a la externalización de actividades productivas y a las diversas modalidades de contratación y subcontratación. La interpretación de la regulación de la reforma laboral de 2021 ha de inspirarse en esa garantía de la libertad de empresa, frenando intentos



de condicionar la libre decisión empresarial a la hora de organizar las actividades organizativas y productivas (limitando escalones de contratación, imponiendo la responsabilidad solidaria a lo largo de toda la cadena de subcontratación, tratando de exigir a los contratistas el respeto de las condiciones de trabajo aplicadas en la empresa principal).

En general, frente a las tendencias normativas de los últimos años (con la excepción del equilibrio conseguido, gracias al diálogo social, en la reforma laboral de 2021) de poner el acento en el aumento constante de las garantías laborales (tanto desde el punto de vista de la continua ampliación de derechos subjetivos como de la protocolización de la vida empresarial: canal de denuncias, restricciones al uso de la inteligencia artificial, considerada, en la práctica totalidad de los usos laborales, de «alto riesgo», exigencias de transparencia, limitaciones al control del absentismo, etcétera), considerando, al parecer, que las empresas tienen una capacidad de absorción ilimitada de exigencias y restricciones, se defiende, en diversos artículos, la necesidad de plantear quién debe asumir los costes asociados a determinadas políticas de reconocimiento de nuevos derechos o de imposición de nuevas obligaciones (piénsese en la regulación de la movilidad sostenible y en la exigencia de planes de movilidad en las empresas). Muchas de las nuevas obligaciones impuestas a las empresas se plantean por intereses sociales y sus costes, por tanto, deberían estar socializados.

A lo largo de todos estos planteamientos destaca la importancia que se concede al diálogo social y a la negociación colectiva. Junto al análisis de cuestiones concretas, de gran relevancia, como las referentes a las relaciones entre convenios colectivos y a la pretendida jerarquización de los mismos, o a la determinación del convenio aplicable en supuestos de estructuras productivas complejas (subcontratación), la idea subyacente es siempre la de reconocer un mayor papel a la negociación colectiva, que debe ocupar muchos de los espacios hoy ocupados por la normativa legal y reglamentaria, y que debe tener unas más amplias, y más libres, posibilidades de desenvolvimiento. Negociación y diálogo que deben estar inspirados por el principio de la buena fe y por la lealtad institucional. No favorece en nada al clima del diálogo social y al entendimiento entre las partes, que es el que puede asentar sólidamente los avances en el terreno normativo y garantizar las conquistas del Estado del bienestar, la búsqueda de atajos para imponer, por la vía de las decisiones unilaterales de un poder «amigo», o de la presión para forzar las posturas interpretativas de los tribunales, aquello que no se ha conseguido en el diálogo social o para retorcer los mandatos legislativos en los que los acuerdos sociales se hayan plasmado. De una y otra de esas prácticas tenemos ejemplos numerosos en los últimos años. La apuesta sincera por el diálogo social y por el gobierno negociado, o compartido, de muchos aspectos de las relaciones laborales, debería erradicarlas definitivamente.

Olvidar estas ideas elementales nos lleva al caos normativo, al laberinto. Y ayudar modestamente a que podamos salir del mismo es la pretensión fundamental de este libro y de las reflexiones que contiene.



El discreto retorno de la rigidez laboral

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo en relación con los contratos temporales vinculados a una contrata representa una vuelta de tuerca más, en este caso desde la doctrina judicial, en el camino hacia una mayor rigidez de las relaciones laborales.

Vivimos, desde hace algún tiempo, en una sutil evolución de nuestras relaciones laborales que se desplazan poco a poco, en muchas ocasiones inadvertidamente, hacia los viejos esquemas de la rigidez. Al margen de las bravatas que anuncian insistentemente la derogación de la reforma laboral, se ha conseguido crear un clima de opinión contrario a las posibilidades de adaptación empresarial, en lo referente, sobre todo, a la modificación de condiciones de trabajo y al ajuste del volumen de la plantilla, que ha determinado un cambio significativo tanto en la actuación administrativa como en la labor judicial de interpretación y aplicación del derecho.

Entendámonos. No es que nuestras relaciones laborales viviesen gobernadas por los principios de la flexibilidad. La tímida liberalización, intentada mediante la introducción de flexibilidad en su gestión, distaba mucho de haber provocado un cambio sustancial en el panorama jurídico laboral. Pero, a pesar de ello, la normativa flexibilizadora, sobre todo la derivada de la reforma de 2012, que ha sido ciertamente sobrevalorada tanto por sus detractores (ni es el origen de la precariedad laboral ni procede en modo alguno a la desregulación de las relaciones laborales) como por sus partidarios (dista mucho de haber provocado un cambio sustancial en la gestión laboral de las empresas), se enfrenta a un proceso continuo de erosión, en el que el retorno a la rigidez laboral es el objetivo.

Todo ello se aprecia, en primer lugar, en la actitud sindical. En los procesos de reajuste empresarial, sobre todo, pero no exclusivamente, en los referidos al ajuste del volumen del empleo, la radicalización de las posturas sindicales es evidente. La negativa a aceptar una decisión empresarial de reducción del número de puestos de trabajo es cada vez más frecuente. Negativa cerrada y radical por cuanto parece fundarse en el planteamiento de que ninguna vicisitud por la que pueda pasar la empresa justificaría la supresión de puestos de trabajo.

Junto a esta actitud sindical, que se manifiesta también en el ámbito de la modificación de las condiciones de trabajo (son significativas las demandas sindicales contra las medidas de adaptación adoptadas por las empresas al hilo de la pandemia), el avance de la rigidez ha venido siendo protagonizado tanto por las normas legales y las prácticas administrativas como por



la doctrina judicial. La actitud beligerante de las Administraciones públicas (con independencia del color político del correspondiente gobierno) viene siendo cada vez más llamativa. Hemos asistido a procesos de reajuste empresarial en los que la Administración, lejos de la neutralidad y del estricto sometimiento al derecho que debe inspirar su actuación, ha ejercido de coadyuvante de las cerradas posturas sindicales, desarrollando incluso actuaciones claramente orientadas a sostener las eventuales pretensiones sindicales de nulidad de las decisiones empresariales que, pese a las presiones, hubieran podido adoptarse.

Pero el papel de la doctrina judicial en esta deriva, no por más desapercibido, es menor. La inicial aceptación por los tribunales de los planteamientos de mayor flexibilidad queridos (aunque no siempre bien plasmados) por el legislador de 2012, ha ido dando paso, poco a poco, a un discreto retorno a las pautas interpretativas del pasado, cuando no a nuevos esquemas interpretativos mortificadores de la libertad de empresa y de la capacidad de adaptación a un mercado cada vez más cambiante y competitivo.

La sentencia del Tribunal Supremo

En esa línea, la vuelta de tuerca que representa la reciente sentencia del Tribunal Supremo (TS) 1137/2020, de 29 de diciembre, es muy significativa. La sentencia corrige la doctrina precedente y cierra, en gran medida, las posibilidades de contratación temporal (por obra o servicio) justificadas por la contratación mercantil de la empleadora con otra empresa. Hasta ahora, una contrata para prestar determinados servicios a otra empresa (servicios, lógicamente, temporales) permitía la celebración de contratos temporales con los trabajadores que iban a resultar adscritos a dicha contrata. Contrata que no cabe realizar arbitrariamente, sino que ha de cumplir, para su licitud, con determinados requisitos, como recuerda el propio tribunal. Y que no es incompatible, cosa que olvida el TS, con la protección de la estabilidad del empleo de los trabajadores, que se persigue a través de los mecanismos de subrogación de la mano de obra convencional o contractualmente establecidos, cuando se produce el cambio de empresa contratista.

Desde el punto de vista de una razonable organización del trabajo, que una empresa delimite algunas actividades de su proceso productivo que, por razones de especialización u otras, se encomienden a una tercera empresa, parece en principio inobjetable. Como inobjetable debe ser la contratación temporal de los trabajadores para prestar servicios en una contrata también temporal. Es cierto que pueden producirse excesos y abusos, pero el ordenamiento jurídico tiene instrumentos para corregirlos. En la sentencia que comentamos, el TS, en atención a las circunstancias concurrentes, podría haberse limitado a apreciar la existencia de un despido improcedente: como dice la sentencia «debe rechazarse que estemos ante una relación laboral de carácter temporal en base a la desnaturalización de la causa». Con ese pronunciamiento hubiera bastado para la resolución del caso concreto (máxime teniendo en cuenta el cambio normativo que supuso la modificación del artículo 15.1.a del Estatuto de los Trabajadores, que haría hoy inviable un supuesto de hecho como el analizado por la sentencia). Pero, y esto es lo grave, se siente obligado a ir más allá y a poner en cuestión la posibilidad de contratación temporal en estos casos: «debemos plantearnos la propia licitud de acudir a este tipo de



contrato temporal cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros y, por consiguiente, desarrolla las relaciones mercantiles con los destinatarios de tales servicios a través de los oportunos contratos en cada caso». Si la empresa principal, se dice, no podría contratar temporalmente a trabajadores para las actividades contratadas, el mero hecho de recurrir a la contratación externa de las mismas no puede justificar la temporalidad de los contratos.

En el fondo, se está poniendo, de nuevo sutilmente, en cuestión la licitud de la subcontratación. Con una confusa apelación a datos estadísticos de temporalidad en nuestro mercado de trabajo (que puede y debe tener en cuenta el legislador pero que no se ve qué papel han de jugar en la interpretación y aplicación judicial del derecho) y a los «principios» de la Directiva comunitaria sobre trabajo de duración determinada, (que no es norma, y menos en sus «considerandos», de directa aplicación), el tribunal afirma que «no es posible continuar aceptando ni la autonomía ni la sustantividad porque el objeto de la contrata es, precisamente, la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa». «Quienes ofrecen servicios a terceros desarrollan su actividad esencial a través de la contratación con estos y, por tanto, resulta ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato para obra o servicio busca atender». Repárese en que el argumento del tribunal podría fundar, igualmente, la exigencia de contratación indefinida por parte de las empresas de trabajo temporal (que puede ser una opción legislativa, pero en un marco regulador obviamente distinto y adaptado a ello).

El TS reconoce (menos mal) la variabilidad de la demanda y de las circunstancias empresariales, pero esas variaciones no pueden afrontarse, dice, poniendo en cuestión el papel fundamental del contrato indefinido, sino recurriendo a otros elementos para hacer frente a los cambios: el tiempo parcial y los contratos fijos discontinuos, que no se ve qué papel pueden jugar en caso de pérdida de la contrata (y defender la contratación con la modalidad de fijos discontinuos de los trabajadores de la empresa contratista, con suspensión del contrato de trabajo, hay que suponer, en casos de pérdida de la contrata y hasta que se consiga otra nueva, exigiría una modificación no menor del marco jurídico correspondiente) y la posibilidad de ajuste del volumen de la mano de obra, lo cual, vista la deriva judicial reciente en el tratamiento de los despidos colectivos, no deja de ser un sarcasmo. Una reforma legislativa que consagrara la automaticidad de las extinciones de los contratos de trabajo, por causas objetivas, en supuestos de finalización de la contrata (en los que no haya posibilidad de subrogación de los trabajadores), encarecería la contratación, pero, al menos, daría seguridad jurídica. Seguridad que, visto lo visto, no aporta el mero recordatorio del tribunal de que ha admitido la posibilidad de acudir a extinciones objetivas derivadas de la pérdida de la contrata. Por eso, este tipo de cambios deberían ser obra del legislador, y en el marco de una reforma que tenga en cuenta todas las variables¹.

Avanzamos de nuevo hacia la rigidez laboral. Y, al parecer, de nuevo hacia una limitación sustancial de la libertad de empresa.

¹ La reforma legal de 2021, más adelante analizada, se movió ya en esta línea de considerar que en los supuestos de contrata y subcontratas, la figura contractual específica, si no se quiere recurrir al contrato indefinido ordinario, debería ser el contrato fijo discontinuo.



La igualdad entre sexos y las obligaciones empresariales

El desarrollo reglamentario de las leyes de igualdad en el ámbito laboral incurre en excesos reguladores que provocan dificultades de interpretación y de aplicación, por parte de las empresas, de las nuevas exigencias, al tiempo que hacen entrar en juego, inadecuadamente, aspectos de la vida personal y familiar ajenos a las relaciones de trabajo. Todo ello puede propiciar un cumplimiento meramente formal de la nueva regulación en vez de promover mejoras sustanciales en la supresión de las discriminaciones que puedan subsistir en el mundo laboral.

La normativa de igualdad en el ámbito laboral (Ley Orgánica 3/2007 y Real Decreto ley 6/2019) ha sido recientemente desarrollada a través de los Decretos 901 y 902 de 2020. Ambos decretos tratan de concretar las medidas legislativas previstas para avanzar hacia una mayor igualdad entre sexos en las relaciones laborales. Y ese avance se pretende conseguir a través de una normativa profusa, compleja y no exenta de ambigüedades y de dificultades interpretativas.

Así, el artículo 9.4 del RD 901/20: «las medidas del plan de igualdad podrán revisarse con el fin de añadir, reorientar, mejorar, corregir, intensificar, atenuar o incluso dejar de aplicar una medida». O el artículo 7.1 del mismo decreto: el diagnóstico de situación debe identificar las «desigualdades, diferencias, desventajas, dificultades y obstáculos existentes o que puedan existir». No solo se exige una exhaustividad en relación con el presente, sino también anticiparse y adivinar el futuro («existentes o que puedan existir»).

Además, la incontinencia expresiva se acompaña de regulaciones detalladas de diversas cuestiones y de exigencias tanto documentales como procedimentales: no solo se regula detalladamente el contenido del plan de igualdad y el del diagnóstico de situación y su procedimiento de negociación, sino que se prevé un reglamento de la comisión negociadora, otro de la comisión de seguimiento del plan, se exige el establecimiento de un registro retributivo, se impone una auditoría retributiva, se prevén guías y protocolos de buenas prácticas, guías técnicas para la negociación colectiva, guías técnicas para las auditorías, y se anuncia una orden ministerial para regular la valoración de puestos de trabajo.

A todo ello se une una reforzada intervención administrativa, que se manifiesta tanto en la elaboración de esas guías y orientaciones, llegando incluso a pretender imponer un modelo clasificatorio en las empresas, en el que se resucitan conceptos como el de la «categoría profesional» o el de la valoración de puestos de trabajo, como en la actuación prevista de la Inspección



de Trabajo. Así, se impone la revisión del plan de igualdad cuando se acredite su «insuficiencia» por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). ¿Puede la ITSS decretar la insuficiencia de un plan de igualdad, incluso negociado y acordado, e imponer su revisión? ¿Cuáles pueden ser los motivos que determinen la insuficiencia o los criterios para apreciarla?

Más grave es que se confíe a la inspección la facultad de apreciar la «falta de adecuación a los requisitos legales y reglamentarios» del plan de igualdad, que debe ser competencia de los órganos jurisdiccionales, como reconoce el propio decreto cuando, posteriormente, en el mismo artículo 9 contempla una resolución judicial que «determine la falta de adecuación del plan de igualdad a los requisitos legales o reglamentarios» (apartado 2, e). Además, el trámite de registro obligatorio de los planes de igualdad (en el registro de convenios; artículo 11 del RD 901/20), hace surgir la duda de si la Administración podrá realizar un control de legalidad del plan antes de su inscripción, e incluso requerir modificaciones del mismo antes de proceder a ella.

Este cúmulo de obligaciones empresariales llega al paroxismo cuando se entremezclan cuestiones relativas a la vida privada y familiar. Las referencias a la distribución de roles, a las responsabilidades familiares, a los datos personales, a las circunstancias personales y familiares, ponen de manifiesto una indebida inclusión en la empresa de cuestiones relativas a la intimidad personal y a la vida privada. Repárese en el artículo 7, 1, f) del RD 901, en el que se establece que el diagnóstico de situación ha de referirse al «ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral».

¿Puede la empresa «recoger datos», ya que en eso consiste el diagnóstico, sobre la forma en que los trabajadores ejercen los derechos de la vida personal y familiar? ¿Quién puede calificar, y en virtud de qué criterios, ese ejercicio como «corresponsable»? ¿Qué medidas se pueden adoptar en la empresa para evitar un ejercicio no corresponsable de las obligaciones familiares y personales? ¿O para conseguir su ejercicio corresponsable? ¿Cómo puede la empresa, sin invadir la esfera privada, «promover el ejercicio corresponsable de dichos derechos»? (Anexo, apartado 5, a). Aparte de que, en puridad, no se trata del ejercicio de derechos, como dice el artículo 7, sino más bien del cumplimiento de las obligaciones que la vida familiar impone. Vemos aquí cómo se consagra la penetración del Estado en todos los ámbitos de la vida privada y familiar.

Toda esta profusión normativa, este desaforado intervencionismo administrativo, tiene o puede tener un efecto perverso: incentivar el cumplimiento puramente formal o documental de las obligaciones, sin promover cambios reales en el mundo de la empresa y de las relaciones laborales. Una legislación concisa, clara, con fijación razonable y equilibrada de deberes y obligaciones, es mucho más efectiva para conseguir cambios. Y esa tendencia al cumplimiento documental se acentuará en las empresas más pequeñas: empresas de menos de cincuenta trabajadores (teniendo en cuenta que han de computarse no solo los trabajadores temporales y a tiempo parcial como un trabajador más, con independencia de la duración del contrato y de la jornada, sino también los trabajadores puestos a disposición por una ETT) tendrán muy difícil asumir el coste procedimental y económico que la aplicación de los reglamentos conlleva. Y aparte de la tentación de cumplimiento meramente formal, habrá, en ocasiones,



que hacer un esfuerzo de imaginación (parece que el regulador reglamentario se malicia algo, porque en un rasgo de humor, indica que las empresas deberán aportar «datos desagregados por sexo coincidentes con la realidad», o sea, que no vale inventar: Anexo del RD 901, apartado 3, b). Piénsese en las empresas que carecen de un sistema clasificatorio basado en categorías profesionales (porque, en cumplimiento del mandato del artículo 22.1 del Estatuto de los Trabajadores, se haya establecido el sistema de clasificación profesional por medio de grupos profesionales) o en las que no se aplica la técnica de «valoración de puestos de trabajo», que la norma reglamentaria parece imponer (¿dónde queda, una vez más, la libertad de empresa?), previendo incluso la aprobación de una orden ministerial al respecto (más allá de las instrucciones actualmente existentes). Se trata de una técnica de gestión de los recursos humanos, utilizada a efectos clasificatorios y retributivos, que se abandonó, en las empresas más avanzadas, hace décadas. Los consultores de recursos humanos hablan hoy de «roles» desempeñados por los trabajadores, no de puestos de trabajo, y en muchas empresas el concepto de puesto de trabajo ni siquiera existe, estando los trabajadores adscritos a proyectos.

Por último, habrá que ver cómo se cumplen las exigencias de paridad y de igualdad que, aunque tímidamente, se extienden a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Esas exigencias, ¿permitirán el establecimiento de medidas de acción positiva para favorecer la asunción por las mujeres de funciones representativas? No parece, obviamente, que la empresa pueda imponer nada al respecto, pero sí que pueden pactarse medidas concretas en los planes de igualdad.

Queda mucho por hacer en este terreno, que está necesitado, entre otras cosas, de mayor claridad conceptual. El mandato constitucional y legal consiste, fundamentalmente, en evitar las discriminaciones. La lucha por una mayor igualdad (nunca completa ya que la desigualdad está ínsita en la condición humana, por eso, como decía Alexis de Tocqueville, «la pasión por la igualdad conduce al delirio») requiere de instrumentos distintos de los que pueden emplearse para evitar discriminaciones. No toda desigualdad es discriminatoria ni puede tacharse de ilícita. Daríamos un gran salto hacia adelante si consiguiéramos un mundo laboral y empresarial libre de discriminaciones y en el que se erradiquen todas las desigualdades que tengan un significado discriminatorio.



Nulidad del despido colectivo y libertad de empresa

El incumplimiento de los procedimientos de despido colectivo puede ser sancionado de diversas maneras, pero, en la mayor parte de los casos, la ejecución de una sentencia de nulidad de un despido colectivo no podría hacerse sin violentar la libertad de empresa.

La «liberalización» de los despidos colectivos, con la supresión de la autorización administrativa previa para su ejecución, se llevó a cabo, en nuestro ordenamiento, siguiendo un inadecuado paralelismo con la regulación de los despidos individuales. El acento se pone, por el legislador —y en esa estela se sitúan, reforzando sus rasgos, la práctica administrativa y la doctrina judicial—, en las causas que pueden justificar legalmente el despido colectivo y en el control judicial del mismo. Causalidad y control, junto al resarcimiento económico (la indemnización de los despedidos), son elementos fundamentales en los que se basa la regulación de los despidos colectivos o económicos. Baste reparar en que el tratamiento que pueden dar las resoluciones judiciales a los despidos colectivos es, *mutatis mutandis*, el de los despidos individuales: el despido puede ser calificado judicialmente como ajustado a derecho (procedente), no ajustado a derecho (improcedente) o nulo.

Este planteamiento normativo está en el origen de la elevada litigiosidad en torno a los procesos de reestructuración empresarial y de los numerosos problemas que, al hilo del control judicial de los despidos, se vienen planteando. Si el control administrativo *a priori* se sustituyó por el control judicial *a posteriori*, ello se hizo sin tener en cuenta las particularidades que concurren en los supuestos de despidos colectivos. Si en el despido individual lo que está en juego es un incumplimiento contractual (o la concurrencia de circunstancias sobrevenidas particularmente onerosas para la continuación del vínculo contractual), en los despidos colectivos entran en juego otros factores, enteramente alejados de las vicisitudes del cumplimiento contractual, como son, sobre todo, la libertad de empresa, por una parte, y la defensa del empleo por otra.

En cuanto a la libertad de empresa, no puede decirse que el legislador haya sido muy sensible a sus exigencias. La normativa española, que en lo sustancial transpone la directiva europea (Directiva 98/59/CE), ignora que esta se centra, sin cuestionar la libertad de empresa, en garantizar, con ocasión del despido colectivo, el respeto de procedimientos de información y consulta de los trabajadores para afrontar los problemas del empleo, en particular mediante la adopción de medidas (sociales de acompañamiento) dirigidas a aminorar el alcance de los despidos o a paliar sus consecuencias. La regulación comunitaria, como ha sido recordado recientemente (Navarro Nieto, *Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo*), trata de



establecer un procedimiento (participativo) a respetar para la ejecución de las decisiones empresariales, sin cuestionar la libertad de empresa y la facultad de decidir un despido colectivo que le es inherente (ya hace tiempo, el TJUE afirmó, en una sentencia de 1995, que «la Directiva tiene como finalidad exclusiva la armonización parcial de los procedimientos de despido colectivo, y no tiene por objeto restringir la libertad de las empresas para proceder a la organización de sus actividades y estructurar su departamento de personal de la forma que les parezca más en consonancia con sus necesidades»). Cuando el control judicial de las causas de despido colectivo no se limita, como sucede entre nosotros, a la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales o procedimentales, sino que se extiende al enjuiciamiento de la adecuación, razonabilidad o proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empresario, o 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, que puede llegar a limitar gravemente, o a anular, la libertad de empresa.

Por ello, como pone claramente de manifiesto la reciente tendencia de la doctrina judicial (en sentencias emblemáticas de nulidad de despidos colectivos), se ha buscado el condicionamiento de las decisiones empresariales y el reforzamiento de su control judicial. La protección del empleo, la defensa de los intereses sociales afectados por los procesos de reestructuración empresarial se ha puesto en manos de los jueces, olvidando que «el juez social no es la mejor solución en la gestión del empleo» (Navarro Nieto).

En su manifestación extrema, ello ha llevado a configurar, en ocasiones, la intervención administrativa, y judicial, en los procedimientos de despidos colectivos, como dirigida a evitar, a ultranza, la ejecución de los despidos y la adopción de las medidas previstas de reestructuración empresarial. Y ese no es un planteamiento razonable ni acorde con la normativa europea. Esta tiene siempre presente que los despidos colectivos o económicos se fundamentan en la libertad de empresa y que no se trata de negar dicha libertad sino de condicionar su ejercicio a través de procedimientos participativos para prestar adecuada atención a los intereses sociales (políticas de empleo y de reindustrialización) e individuales (acciones formativas, recolocación, compensaciones económicas). La óptica que ha prevalecido entre nosotros (y que también ha condicionado la actitud sindical que, en muchas ocasiones, no tiene otro planteamiento negociador que el de oponerse a cualquier despido) ha provocado, entre otras cosas, que el elemento central de los procesos de despidos colectivos haya sido el de las indemnizaciones. La discusión en torno a su cuantía ha dejado en la oscuridad los procesos de recolocación, las políticas formativas para facilitar el retorno al mercado de trabajo y otras medidas de acompañamiento social.

Si a todo ello se une la inadecuada regulación de la calificación judicial de los despidos y sus consecuencias, es fácil llegar a la conclusión de que todo el tratamiento jurídico de los despidos colectivos debería ser revisado. En particular, la figura de la nulidad del despido debería desaparecer en el caso de los despidos colectivos. No solo por las extralimitaciones judiciales que permite (se ha llegado a fundamentar la nulidad del despido en la ausencia de buena fe de la empresa, por cuanto siempre tuvo la intención de despedir; pero alma de cántaro, si



la empresa no tuviera intención de despedir ¿para qué iba a plantear un despido colectivo?), sino, sobre todo, por las situaciones que provoca. El incumplimiento de los procedimientos de despido colectivo puede ser sancionado de diversas maneras, pero, en la mayor parte de los casos, la ejecución de una sentencia de nulidad de un despido colectivo no podría hacerse sin violentar la libertad de empresa.

En ese sentido, es muy interesante el auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 23/21, de 5 de marzo de 2021. Se plantea el auto si una sentencia de nulidad de un despido colectivo es susceptible de ser ejecutada en sus propios términos, a lo que responde teniendo en cuenta el derecho a la libre empresa (artículo 38 de la Constitución española), la libertad de establecimiento en el ámbito comunitario (artículo 49 del TFUE), y el que la reanudación de la actividad productiva y laboral «es una decisión organizativa que compete exclusivamente» a la empresa, en ejercicio del «derecho a la libertad de empresa constitucionalmente reconocida». Por todo ello, considera el auto que estaríamos en presencia de una «obligación de hacer personalísimo», esto es, «una obligación de hacer que no es susceptible de ser realizada por un tercero a expensas del ejecutado», por lo que su negativa «a reponer a los trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo debe equipararse a la imposibilidad legal de readmisión». Dependiendo la reapertura de las instalaciones productivas «de una decisión que ha de adoptar la ejecutada en el libre ejercicio de su libertad de empresa y de establecimiento, no siendo susceptible de ser suplida por actividad alguna del órgano jurisdiccional, hemos de concluir que existe una imposibilidad legal de readmisión en sus propios términos», lo que lleva a la Sala a la aplicación del artículo 286 de la LRJS, declarando extinguida la relación laboral de los trabajadores, con el abono de una indemnización adicional de 15 días por año de prestación de servicios (con el tope de 12 mensualidades).

Como vemos, todo se resuelve en un encarecimiento de las decisiones empresariales y la protección del empleo vuelve a limitarse al aspecto indemnizatorio. Lo que justifica la revisión de la normativa de despidos colectivos, y sobre todo de la figura de su nulidad.



El sacrificio de la contratación temporal en el altar de la rigidez

El proyecto de decreto ley de «modernización de las relaciones laborales» marca un punto de inflexión en la limitación de la contratación temporal. Si se convierte en norma, provocará un cambio trascendental de nuestro mercado de trabajo.

Estamos viviendo, en las relaciones laborales, una pugna cada vez más intensa entre la evolución económica y social, que lleva aparejada la aparición de nuevas formas de trabajo y de organización de la producción (de servicios, sobre todo, pero también de bienes), y la ofensiva política y sindical para volver a los esquemas de rigidez en las relaciones laborales que dominaron las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado. En esa ofensiva es una pieza clave la limitación, hasta casi el borde de su desaparición, de la contratación temporal. El proyecto de decreto ley de «modernización de las relaciones laborales» marca, en ese sentido, un punto de inflexión que provocará, si se convierte en norma, un cambio trascendental de nuestro mercado de trabajo.

Para entender bien el alcance de lo que se plantea, hemos de tener en cuenta cuáles son los orígenes históricos de las elevadas tasas de temporalidad de nuestras relaciones laborales. El que hace tiempo nos vengamos moviendo en tasas de temporalidad que, en muchos momentos, casi duplican la media europea, responde no solo a las características de nuestro sistema productivo (con un mayor peso de sectores en los que la contratación temporal juega un mayor papel) y al influjo de la alta tasa existente en el empleo público (la Administración, en este terreno, predica el «consejos vendo y para mí no tengo»), sino también a las opciones de política legislativa que se han producido.

El momento crucial, al respecto, podemos situarlo en las reformas legislativas del año 1984. Innegables ya los estragos que para el empleo derivaban de un marco laboral anticuado y muy rígido (al que ahora, bajo la enseña de la «modernidad» se pretende volver), y debiendo afrontarse, relativamente alejados ya de la transición política, que ralentizó las decisiones al respecto, las consecuencias para el mundo productivo y laboral de la crisis de los años 70, la opción del legislador fue la de mantener en lo sustancial dicho marco e introducir la necesaria flexibilidad por medio de la contratación temporal. La idea de que las exigencias de la flexibilidad eran meramente coyunturales y que podían, por tanto, ser afrontadas mediante respuestas coyunturales llevó un mensaje tácito al mundo empresarial: mantenido un marco normativo



de elevada rigidez, la flexibilidad habría de buscarse por medio de la contratación temporal. La Ley 32/84 y el Real Decreto 1989/84, sobre todo, permitieron un importante despegue de la contratación temporal que se tradujo en una significativa creación de puestos de trabajo. La mala prensa retrospectiva de la contratación temporal ha hecho olvidar su relevante papel en la creación de empleo en los años centrales de los primeros gobiernos socialistas (el 'Análisis de la contratación temporal en España', de Segura, Durán, Toharia y Bentolila, publicado por el Ministerio de Trabajo en 1991, es una pieza fundamental para el estudio del mercado de trabajo de aquellos años).

Conforme el paso de los años, sin embargo, puso de manifiesto que la coyunturalidad de la crisis era pura ilusión y que las relaciones laborales necesitaban dosis de flexibilidad que no dependieran solo de la contratación temporal, y conforme las consecuencias negativas de esta se ponían de manifiesto (sobre todo por la desigual distribución de la flexibilidad, con un núcleo de mano de obra protegido por un rígido marco normativo y otro condenado a aportar, a costa de su seguridad, las dosis de adaptabilidad empresarial necesarias), las opciones de política legislativa comenzaron a cambiar. Con la reforma del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1994, sobre todo, se empezaron a dar pasos significativos al respecto, tratando, por una parte, de introducir flexibilidad en las relaciones laborales, con mayores facultades de decisión empresarial, y, por otra, de empezar a embridar a la contratación temporal.

Desde entonces, nuestra historia normativa refleja un tortuoso avance hacia mayores cotas de flexibilidad en las relaciones indefinidas, que permitiesen restringir el uso de la contratación temporal, lo que culmina en la reforma laboral de 2012. Sin embargo, esta no dejó de ser una reforma tímida, que contenía, en sí, gérmenes de involución y de contradicción. Eso explica su relativo fracaso en lo que concierne a la «normalización» del panorama de la contratación laboral en España: las cotas de temporalidad han seguido siendo altas y la adaptabilidad empresarial, en lo que se refiere, sobre todo, a la modificación de condiciones de trabajo y al ajuste del volumen de empleo, ha venido sufriendo embates judiciales y administrativos crecientes.

Los males de nuestro mercado de trabajo, en particular los lacerantes niveles de desempleo exigen, probablemente, más y no menos flexibilidad, que no tiene por qué ser incompatible con la tutela de los derechos de los trabajadores. La respuesta que se pretende va, sin embargo, en sentido contrario. La coyuntura actual del empleo exigiría un debate sereno y amplio desde el punto de vista económico, social y jurídico. Debate que parece que se va a obviar, una vez más, con el abuso de la legislación excepcional de urgencia.

La supresión del contrato para obra o servicio determinado, la erradicación, como causa justificativa de la contratación temporal, de la contrata o subcontrata (ya anunciada por la doctrina del Tribunal Supremo), la limitación de la contratación temporal a razones eventuales o de sustitución de trabajadores con reserva de puesto, la derogación de la base normativa que ha permitido al convenio de la construcción una regulación adaptada a las características del sector (con la figura, sobre todo, del fijo de obra, que acababa de ser avalada, si bien con una sentencia ambigua y en ocasiones contradictoria, por el TJUE, sentencia de 29 de junio de 2021,



asunto C-550/19), y una insólita hiperprotección del trabajador temporal (equiparando la extinción de su contrato, cuando no se aprecie causa suficiente de temporalidad a un despido nulo, cuando la extinción sin causa de un contrato indefinido se resolvería en un despido improcedente), representan el sacrificio de la contratación temporal en el altar de la rigidez al que me refería en el título de esta tribuna.

Se olvida que la contratación temporal encuentra plena justificación en determinadas circunstancias, que van bastante más allá de los limitados supuestos contemplados por el legislador. Como indica el TJUE en la sentencia citada, la contratación indefinida es la forma más común de relación laboral, pero los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones o actividades (apartado 62). Puede haber, dice el Tribunal, circunstancias específicas y concretas que caractericen una determinada actividad y que, por tanto, puedan justificar, en ese contexto particular, la utilización sucesiva de contratos de duración determinada.

El proyecto (prescindiendo ahora del detalle de su regulación; tiempo habrá, si sale adelante, para analizar los numerosos problemas interpretativos que su formulación plantea) ignora la realidad productiva (las nuevas vinculaciones laborales a un proyecto, la contratación específica para la prestación de un servicio o la fabricación de un producto de vida limitada) y las nuevas formas de empleo y, además, da marcha atrás en las vías de flexibilidad abiertas por el legislador (y por la negociación colectiva) para las relaciones indefinidas. Probablemente se trata de una combinación infalible para exacerbar la crisis del empleo en nuestro país.



Registro retributivo: las dudas sobre la consulta previa y la valoración de puestos de trabajo

El desarrollo reglamentario del registro salarial va más allá de lo que la norma legal permitiría y genera numerosas dudas interpretativas.

La obligación del empresario de llevar un registro retributivo, o más bien de los «valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexos y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor», consagrada en el artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), ha sido desarrollada por el RD 902/2020. La normativa reglamentaria plantea no pocas dudas interpretativas, y suscita interrogantes acerca de su legalidad, lo que provocará innumerables dificultades prácticas para las empresas a la hora de dar cumplimiento al mandato reglamentario.

En primer lugar, en relación con la consulta previa a la elaboración del registro. El artículo 5.6 del RD 902 dispone, al respecto, que «la representación legal de las personas trabajadoras deberá ser consultada, con una antelación de al menos diez días, con carácter previo a la elaboración del registro». Repárese en que la elaboración del registro, salarial, como lo denomina la ley, o retributivo, como lo denomina el decreto, se impone a la empresa (en la ley, al empresario), sin exigencia ninguna de negociación con los representantes legales o sindicales de los trabajadores. No existe ningún deber de negociación en relación con el registro retributivo, a diferencia de lo que sucede con el plan de igualdad e incluso con el diagnóstico de situación (artículos 5 y 6 del RD 901/2020). Es más, el artículo 28 del ET, fuente legal de la figura del registro, no contempla ninguna participación en su elaboración de las representaciones laborales, ni les confiere derecho alguno. Solo se hace referencia al acceso al registro (ya elaborado) de los trabajadores, a través de su representación legal. Por su parte, el artículo 64.3 del ET atribuye al comité de empresa, exclusivamente, un derecho de información en relación con el registro (también ya elaborado) al que se refiere el artículo 28.2, mientras que ninguna referencia se hace al registro ni a su elaboración en las competencias de consulta o de emisión de informe del comité (artículo 64.5 del ET).

Frente a este claro mandato legal, la norma reglamentaria impone la consulta, previa a la elaboración del registro, con la representación legal de los trabajadores. Esta exigencia suscita serias dudas de legalidad. La consulta previa a la elaboración del registro no se contempla en el artículo 28 del ET, ni se deriva de la regulación de las competencias del comité de empresa



contenida en el artículo 64 del mismo cuerpo legal. El artículo 64.5 del ET, como vimos, reconoce a las representaciones legales de los trabajadores, exclusivamente, un derecho a recibir información acerca del registro ya elaborado. El que un texto reglamentario convierta un derecho legal de mera información (*a posteriori*) en un derecho de consulta previa, integra probablemente una regulación *ultra vires*. No se trata de que el reglamento desarrolle un mandato legislativo ni que concrete los extremos del mismo: la opción del legislador en el ET está meridianamente clara, en el sentido de conferir un mero derecho de información *a posteriori*, que la norma reglamentaria, sin habilitación para ello, no puede convertir en un derecho de consulta previo. El RD no está en este punto desarrollando ni completando la ley, sino que está alterando y modificando sustancialmente su mandato.

No menos confusa es la situación en lo que se refiere a la valoración de puestos de trabajo. La normativa al respecto del RD 902/2020 es particularmente compleja y confusa. Su artículo 4 se refiere, con respeto del mandato legal, al concepto de «trabajo de igual valor». No al de «puestos de igual valor». Este es un concepto que no figura en la ley (más que como eventual técnica clasificatoria: artículo 28.2, primer párrafo *in fine* del ET) y que introduce el artículo 9 del RD 902/2020. Y lo introduce equívocamente, pues hace referencia a «puestos de igual valor en los términos establecidos en el artículo 4», cuando este artículo habla de trabajos de igual valor y no de puestos de igual valor. Por otra parte, para decidir si un trabajo tiene igual valor que otro, hay que acudir, aparte de a las indicaciones del segundo párrafo del artículo 28.1 del ET, a los criterios del apartado 2 del mismo artículo 4 del RD, entre los que no figura mención alguna al puesto de trabajo. La ley habla de las funciones o tareas, de las condiciones educativas, profesionales o de formación requeridas, los factores relacionados con el desempeño y las condiciones laborales, mientras que el RD se refiere a funciones, tareas, desarrollo de la actividad y desempeño. Solo al hilo de la consideración de otros factores relevantes para el desempeño, se habla, en el RD, de puesto de trabajo (apartado 3 del artículo 4), y el apartado 4 del mismo artículo habla ya, expresamente, de valoración de puestos de trabajo, pero al ser este un concepto que no aparece en los apartados 1 y 2, puede pensarse que lo que quiere decir es que, si se opta, a la hora de la clasificación profesional, por un sistema de valoración de puestos de trabajo, tal valoración se habrá de realizar en los términos indicados.

A ello conduce también la lectura del artículo 5.2 RD, que habla de la media y la mediana «en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable». Por tanto, el registro retributivo puede contemplar los apartados del sistema de clasificación aplicable (como indica también el artículo 28.2 del ET), que puede ser por grupos profesionales, por categorías, por niveles, por puestos o cualquier otro. A efectos del registro retributivo no se impone, pues, la consideración de puestos de trabajo, si es otro el sistema de clasificación imperante en la empresa.

El problema interpretativo surge con el artículo 8.1.a) del RD, que establece que el diagnóstico de la situación retributiva en la empresa (que forma parte de la auditoría retributiva) requiere «la evaluación de los puestos de trabajo», lo que parece exigir, en contradicción no solo con la ley sino también con otros preceptos del RD, que el sistema clasificatorio de la empresa sea



el de valoración de puestos de trabajo, si bien lo exige «teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 4», que ya vimos que dista de basarse claramente en tal sistema de valoración de puestos. También el artículo 6.a) del RD contribuye a la confusión, al hacer referencia a las medias y medianas de «las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa», pero añadiendo «conforme a la valoración de puestos de trabajo descrita en los artículos 4 y 8.1.a)», lo que contradice la posibilidad derivada de otros preceptos de agrupaciones de trabajo de igual valor que no se lleven a cabo sobre la base de los puestos de trabajo.

Por otra parte, la disposición final primera del RD prevé la aprobación de una orden ministerial que establecerá «un procedimiento de valoración de puestos de trabajo» (el plazo para ello finaliza el 14 de octubre). Repárese en que lo que se prevé es la aprobación de un procedimiento, no del procedimiento, por lo que cabe sostener que dicho procedimiento será orientativo y no de obligado cumplimiento. A lo que contribuye también lo establecido en el apartado 2 de la disposición final primera, que (confusamente: ¿qué significa que la orden «podrá prever que se cumple»? ¿es una presunción?, ¿un aval incondicionado a la valoración de puestos que siga el procedimiento de la orden, con independencia de su contenido?) viene a decir que, si se sigue el procedimiento que establezca la orden, se entenderá que se cumplen los requisitos formales del RD para la valoración de puestos de trabajo. Cabrá, pues, proceder a una valoración de puestos de trabajo sin seguir el procedimiento que establezca la orden, si bien, en ese caso, no operará la presunción del apartado 2 de la disposición final primera.

Por último, hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 9 del RD en relación con la negociación colectiva. El mandato de la norma es ciertamente confuso: se hace referencia al sistema de clasificación previsto en el ET (por grupos profesionales, aunque antes se haya *resuscitado* la clasificación por categorías y se haga referencia a la clasificación por niveles y por puestos), y a que dicho sistema ha de respetar el principio de igual retribución por trabajos de igual valor. Pero luego se añade que las mesas negociadoras de los convenios «deberán asegurarse» (¿qué significa eso?, ¿se ha de plasmar de alguna forma en el contenido del convenio?, ¿se ha de levantar acta de manifestaciones al respecto?, ¿basta la manifestación de las partes de que se han asegurado de ello?) de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales «respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor en los términos establecidos en el artículo 4». Con independencia de que el artículo 4 habla de igual retribución para trabajos de igual valor, no para puestos de igual valor, parece que, sea cual sea el sistema clasificatorio de la empresa, se han de pormenorizar los puestos de trabajo y su valoración. Ello carece de cobertura legal, violenta el principio de libertad de empresa y contradice la normativa de clasificación profesional del ET. Una empresa que funde su clasificación en grupos y niveles profesionales podría utilizar esta norma para, en la negociación colectiva, dejar constancia de que, en la asignación de niveles retributivos asociados a dicha clasificación, se respetan los principios de igualdad de retribución para trabajos (y puestos de trabajo) de igual valor, conforme a los criterios fijados por los apartados 3 y 4 del artículo 4 del RD, sin necesidad de implantar un sistema de clasificación de puestos de trabajo y de asignación a cada trabajador de un concreto puesto de trabajo.



El hilo conductor de la reforma laboral

Así como, gracias al hilo de Ariadna, Teseo consiguió encontrar la salida del laberinto después de haber dado buena cuenta del minotauro, necesitaríamos identificar un hilo conductor, no ya para salir, sino simplemente para orientarnos en el laberinto en que se ha convertido la tramitación/negociación de la reforma laboral.

El problema es que no es fácil de encontrar ese hilo conductor, en la generosa hipótesis de que exista. Pero hagamos un esfuerzo, buscando no solo en los textos propuestos sino en las múltiples declaraciones, contradeciones, correcciones y desmentidos que adornan el debate.

En un reciente coloquio, el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones afirmaba que el objetivo final de la reforma del mercado laboral no sería otro que el de apostar por la flexibilidad interna en las empresas, de tal forma que estas tuvieran a su disposición mecanismos eficaces para adaptarse a la coyuntura y a las variaciones de los mercados, sin necesidad de acudir al ajuste del volumen de empleo, o al menos minimizando el alcance de dicho ajuste. Al mismo tiempo, decía, esa flexibilidad debería redundar en un menor recurso a la contratación temporal, evitando que siga siendo utilizada como vía de flexibilidad, yendo más allá de lo que realmente resultaría exigido por las necesidades de contratación temporal de las empresas. Hasta aquí, el planteamiento es plenamente coherente con los postulados de flexibilidad y seguridad en las relaciones laborales que inspiran el debate europeo y las reformas normativas más recientes que, al hilo del mismo, se han ido implantando en los diversos Estados miembros. Pero vayamos un poco más al detalle y veamos si lo que se propone en los textos llevados a la mesa del diálogo social es coherente con ello.

Más flexibilidad interna a cambio de mayor preservación del empleo constituye un objetivo loable de política laboral. Siempre que realmente se establezca una verdadera flexibilidad interna, que permita la adaptación de las empresas, y que no se lleve demasiado lejos la protección del empleo, de tal forma que se enerve, en la práctica, la libertad de empresa. Centrándonos en lo primero (lo segundo nos llevaría muy lejos de esta reflexión, puesto que deberíamos analizar las «salvaguardas del empleo», las «prohibiciones de despedir», así como la creciente intervención administrativa en los procedimientos de despidos colectivos y la no menos creciente tendencia judicial a cuestionar las opciones empresariales en las que se basan, así como la figura del despido colectivo nulo), debería apostarse por un procedimiento ágil, y seguro, de modificación de condiciones de trabajo, por las posibilidades de adaptación de las condiciones



negociadas colectivamente a través de la prevalencia de los convenios de empresa sobre los sectoriales y del «descuelgue» de los convenios, y por los mecanismos de suspensión de contratos y de reducción de jornada, para mantener en la como coyunturales situaciones que no deban pasar a convertirse en estructurales. Sin embargo, lo apuntado hasta ahora en los proyectos normativos sometidos a la consideración de los agentes sociales va en sentido contrario. No solo se endurece procedimentalmente (con una apuesta clara por la sindicalización de los procedimientos) y en cuanto al fondo (las causas de modificación sustancial se equiparan ya a las de los despidos colectivos), la regulación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), sino que se limitan drásticamente las posibilidades de adaptación por los convenios de empresa de la normativa sectorial y, al mismo tiempo, se complican y se hacen más rígidos los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada. En la redacción propuesta para los artículos 47 y 47 bis del Estatuto (veintisiete páginas para regular esta cuestión!), se concede prioridad a la reducción de jornada sobre la suspensión de los contratos, se intensifica el control administrativo (en los supuestos del artículo 47, aunque no se exige claramente la autorización administrativa, se habla, ambiguamente, de la «resolución de autorización de un expediente», de que la autoridad laboral «autorizará expediente», o de que, —el impacto de las prisas en la redacción, espero—, «se entenderá autorizada la autorización del expediente») y se limitan las facultades empresariales durante la aplicación de las suspensiones de contratos o reducciones de jornada. Por otro lado, en el nuevo mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo (artículo 47 bis), se exige, ya abiertamente, la autorización administrativa y se establece un complejo procedimiento que requiere la «activación» previa por parte del Consejo de Ministros y no menos complejas previsiones de formación y de recolocación de los trabajadores.

En estas condiciones, hablar de la apuesta por la flexibilidad interna no deja de ser abiertamente voluntarista. Y, desde luego, en relación con el otro punto al que nos referíamos, esa regulación de la flexibilidad, si prospera, dista mucho de ser un incentivo para frenar el recurso a la contratación temporal. El Gobierno viene insistiendo en la necesidad de reducir los índices de temporalidad en la contratación laboral, presentándola, además, como una exigencia europea y sustentándola en la comparación con otros países. Esta comparación, sin embargo, no tiene sentido si no se incluye en la ecuación la consideración de los costos, procedimentales y económicos, del despido. Países con una mayor flexibilidad «de salida» tendrán, lógicamente, un menor índice de contratación temporal, por lo que las comparaciones deberían tener en consideración todos los instrumentos de flexibilidad, internos y externos, y no centrarse, exclusivamente, en tasas de contratación temporal. De todas formas, mucho no debe confiar el Gobierno en las virtualidades de la nueva flexibilidad (¿?) para corregir el índice de temporalidad, cuando plantea una regulación enormemente restrictiva de la contratación de duración determinada. Que llega a extremos difícilmente comprensibles, como la erradicación total de las posibilidades de contratación para obra o servicio determinado. Una cosa es que puedan resultar exigibles ajustes en la regulación del contrato de obra o servicio, y otra muy distinta es llegar al extremo de la desaparición de la figura. Confiar en el contrato fijo discontinuo para afrontar las exigencias de temporalidad o las intermitencias de la producción, exigiría una regulación mucho más precisa de esta figura contractual; y remitirse, simplemente,



a las posibilidades de extinción objetiva de los contratos por finalización del ciclo productivo, de la contrata o de la concesión administrativa es, directamente, hacerse trampas en el solitario. Y menos comprensible aún es la pretendida desaparición del contrato fijo de obra de la construcción. Esta es una figura, producto de la negociación colectiva, sobre la base de las posibilidades de adaptación de la normativa legal que a la misma confieren la disposición adicional tercera del ET y la de la Ley de Subcontratación en el sector de la construcción, que ha tenido una vida pacífica, ha contado con la aceptación sindical y ha suscitado poca litigiosidad (como se ha afirmado, «en la construcción, tener un contrato temporal o indefinido marca menos diferencias que en el conjunto de las actividades productivas»; *Informe sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción en España*, de Durán López, Tudela Cambronero y Valdeolivas García, Madrid, 2008). Que fuese conveniente una actualización de la figura, a través del diálogo social, plasmada en el convenio general del sector de la construcción, en la que se recurriese a fórmulas de contratación indefinida (fija discontinua) adaptadas a las especialidades del sector (actualización probablemente necesaria tras la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2021), no justifica esta «irrupción» legislativa, poco debatida y menos madurada. Y que puede contribuir no a solucionar problemas, sino a generarlos.



Los nuevos espacios de la negociación colectiva tras la reforma de la normativa laboral

La reforma laboral recientemente aprobada abre un amplio campo de juego a la negociación colectiva, que podrá concretar y condicionar la aplicación de las nuevas previsiones normativas en materia de contratación temporal y fijos-discontinuos.

La reforma de la normativa laboral llevada a cabo por el Real Decreto-ley 32/2021 («reforma de la normativa laboral» creo que expresa mejor que la pretenciosa referencia a la «reforma laboral» el alcance, limitado, de los cambios introducidos) mantiene, en lo sustancial, el precedente régimen jurídico de la negociación colectiva. Este es, quizás, el ejemplo más demostrativo de lo limitado de la «transformación del mercado de trabajo» que proclama en su título el real decreto-ley. Si hay una institución laboral necesitada de revisión y de actualización normativa es, sin duda, la de la negociación colectiva, que sigue anclada en un modelo corporativo que mortifica la libertad de negociación y la autonomía de los sujetos de las relaciones laborales.

A pesar de lo cual, la reforma de la contratación laboral abre nuevos espacios a la negociación colectiva, que no debería desaprovechar la ocasión de explorarlos y de avanzar en el protagonismo que le debe corresponder en la ordenación de las relaciones laborales. El prurito intervencionista permanece y la tentación ordenancista del legislador se sigue manifestando, fijando regulaciones que carecen de una justificación clara y que invaden el campo de juego que debería reservarse a la negociación colectiva y a la autonomía individual. En ese sentido, surgen una serie de interrogantes: ¿por qué en los contratos temporales de duración inferior a la máxima solo cabe una prórroga?, ¿por qué en los contratos por circunstancias de la producción ocasionales pero previsibles, de hasta noventa días, estos no se pueden utilizar de forma continuada?, ¿por qué el periodo máximo de suspensión de los contratos fijos discontinuos es de tres meses, si bien en este caso en defecto de pacto?, ¿por qué, en los contratos de sustitución, el trabajador sustituido y el sustituto solo pueden coincidir quince días?, ¿por qué se limita la contratación temporal en los procedimientos para cobertura de vacantes a tres meses? Pero, con independencia de ello, se abren nuevos espacios, como decíamos, a la negociación colectiva que, en alguna medida, suponen un consiguiente retroceso del desarrollo reglamentario. Un sistema de relaciones laborales respetuoso de la autonomía, colectiva, sobre todo, pero también individual, y de la libertad contractual, debe confiar el desarrollo de las previsiones legales más a la negociación que a la regulación reglamentaria. En este sentido la nueva normativa representa un avance, tímido, pero avance.



Así, la duración máxima del contrato por circunstancias de la producción derivadas del incremento ocasional e imprevisible o de las oscilaciones de la actividad de la empresa, puede ampliarse de seis meses a doce por convenio sectorial (de cualquier ámbito territorial). Probablemente hubiera debido preverse que también los convenios de empresa, en ausencia de convenio sectorial, pudiesen proceder a dicha ampliación y quizás una interpretación finalista de la norma debería admitir (en caso, insisto, de ausencia de convenio sectorial aplicable a la empresa) esa misma posibilidad para los convenios de empresa. Por otra parte, el periodo máximo de contratación temporal en los procedimientos de cobertura de vacantes puede ser reducido, pero no ampliado, por convenio colectivo (en este caso de cualquier ámbito). Pero lo más importante es, sin duda, que los convenios colectivos (también de cualquier ámbito, y por tanto de empresa) podrán establecer *planes de reducción de la temporalidad*, estableciendo, entre otras cuestiones, criterios de composición de la plantilla, porcentajes máximos de contratación temporal y criterios («objetivos», exige innecesariamente, o desconfiadamente, el legislador) para la conversión de contratos temporales en fijos. Esto puede ser muy importante y puede abrir una vía de reducción de la temporalidad distinta, y potencialmente más efectiva, que la puramente basada en la imposición legal, en el control y en la represión sancionadora. El legislador parece aceptar a regañadientes este nuevo planteamiento, para el que hubiera debido preverse el apoyo público y el carácter alternativo, para reconducir el panorama de contratación laboral en las empresas, respecto de los tradicionales procedimientos de control y sanción. A pesar de lo cual, una política laboral inteligente debería potenciar estos planes de reducción de la temporalidad (pueden ser más importantes los de empresa que los de sector) y apostar por un gobierno compartido de las relaciones laborales, para llevarlas a la consecución de los objetivos pretendidos, más que por la pretensión de cambiar la realidad a golpe de sanción.

Estos nuevos espacios abiertos a la negociación colectiva son más relevantes aún en relación con la contratación fija discontinua. Así, los convenios colectivos sectoriales podrán regular el plazo máximo de inactividad entre contrataciones, que será, en defecto de dicha regulación, de tres meses. Nuevamente, aquí vuelven a excluirse los convenios de empresa (que, curiosamente, sí son admitidos en los supuestos de concreción de la regulación de la contratación fija discontinua llevada a cabo por las empresas de trabajo temporal: disposición final primera, que da nueva redacción al artículo 10.3 de la Ley 14/1994), si bien hay que destacar que la regulación que establezcan los convenios colectivos no está condicionada, en modo alguno, por la previsión supletoria contenida en la ley. Los convenios podrán fijar otro plazo máximo y podrán también prever que no exista limitación temporal para el periodo de inactividad entre contrataciones. Solo en defecto de pacto operará el referido plazo, máximo y no mínimo, de tres meses.

También los convenios sectoriales podrán prever la celebración de los contratos fijos discontinuos a tiempo parcial, norma de difícil interpretación, por cuanto no existe impedimento legal alguno para que los contratos fijos discontinuos se celebren a tiempo parcial. La discontinuidad hace referencia a la duración del contrato y de sus periodos de actividad, la parcialidad, por el contrario, a la duración del tiempo de trabajo, por lo que ninguna incompatibilidad existe entre una y otra figura. Y también los convenios sectoriales podrán establecer una duración



mínima del llamamiento y fijar una «cuantía» por fin de llamamiento. La indemnización (la ley la llama «cuantía», probablemente para eludir la calificación como indemnizatorio del pago) procede solo si se pacta en convenio sectorial (de nuevo la perplejidad: ¿no podría pactarse en convenio de empresa?) y si coincide el fin de la actividad con el del llamamiento, sin que se produzca, sin solución de continuidad, uno nuevo. De todas formas, la indemnización se regulará por lo previsto en el convenio colectivo que la cree, que tendrá un amplio margen de discrecionalidad al respecto. Por ejemplo, siendo, en principio, distinta e independiente de la eventual indemnización por extinción del contrato, el convenio podrá acordar su compensación o absorción por esta, o considerarla «a cuenta» de la misma.

En cuanto al llamamiento, la concreción de sus «criterios objetivos y formales» se confía también a la negociación colectiva, en este caso, a los convenios colectivos, de cualquier ámbito, y en su defecto a los acuerdos de empresa, si bien se imponen determinados deberes de información a las empresas.

Pero lo más importante, sin duda, es la posibilidad de establecer «*bolsas sectoriales de empleo*», que podrán crear los convenios sectoriales y en las que podrán integrarse los trabajadores fijos discontinuos durante los periodos de inactividad («con el objeto de favorecer su contratación y formación continua»). Existe un amplio campo de actuación para la regulación sectorial de estas bolsas de empleo, fijando las obligaciones formativas y su financiación, el régimen de los llamamientos por parte de la misma empresa precedente o de empresas distintas de la de procedencia, las vicisitudes de los contratos de trabajo, etcétera. Lo que no se entiende muy bien es por qué no se abre esta misma posibilidad a los convenios de empresa.

En definitiva, la reforma abre un amplio campo de juego a la negociación colectiva, que podrá concretar y condicionar la aplicación de las nuevas previsiones normativas y que debería ser una vía por potenciar en sucesivas reformas de las normas laborales.



Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos tras la reforma

La reforma del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores mantiene, en lo sustancial, la regulación precedente y, también, la confusión conceptual que la caracteriza (no delimita bien los conceptos de vigencia, prórroga y ultraactividad). El convenio vencido habrá de ser de aplicación (ultraactiva) por exigencia del legislador, pero en ningún caso podrá considerarse jurídicamente vigente, lo que tiene una serie de implicaciones legales muy relevantes.

La reforma del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores (ET) llevada a cabo por el Decreto-Ley 32/2021 (artículo primero, diez) mantiene, en lo sustancial, la regulación precedente y, también, la confusión conceptual que la caracteriza. La redacción de los apartados 1, 2, 3, en sus dos primeros párrafos, y 4 (ahora convertido en 5) es la misma anterior, y en el nuevo apartado 4 se da nueva redacción a los dos últimos párrafos del anterior apartado 3. En él se reordenan los supuestos de mediación y arbitraje ante el bloqueo de la negociación y, sobre todo, se establece la previsión de que «en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la *vigencia* del convenio colectivo». Esta referencia al mantenimiento de la vigencia es equívoca y hay que entenderla en el sentido de que lo que se establece es la ultraactividad indefinida del convenio colectivo, suprimiendo la precedente limitación de su duración a un año. No estamos en presencia de una vigencia indefinida e ilimitada del convenio, sino de una aplicación ultraactiva del mismo, una vez perdida su vigencia, sin límite temporal.

La norma, en efecto, ni antes ni ahora, delimita bien los conceptos de vigencia, prórroga y ultraactividad. La vigencia del convenio, como la de todo contrato, es la pactada expresamente (pudiendo pactarse distintos periodos de vigencia dentro del mismo convenio colectivo: artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores). Finalizada la vigencia sin denuncia, la tácita reconducción (artículo 86.2 del ET) la mantiene durante un año (y opera cada año mientras no exista denuncia). Y si las partes acuerdan la prórroga de la vigencia, esta se mantiene durante el periodo de prórroga, durante el cual el convenio ha de considerarse plenamente en vigor. Pero, denunciado el convenio y finalizada su vigencia inicial o la de cualquiera de sus prórrogas, el convenio deja de estar vigente. No puede existir, como parece sugerir el legislador (artículo 86.3, primer párrafo), una especie de «vigencia después de terminada la vigencia». Las partes pueden, expresa o tácitamente, prorrogar la vigencia del convenio tanto como deseen, pero una vez perdida, tras la denuncia, dicha vigencia, lo único que puede existir, y que es lo que en



una recta interpretación de la norma existe, es la exigencia legal de que se mantenga la aplicación de lo previsto en un contrato (convenio) colectivo que ya no está vigente. La ultraactividad, primero durante un año (que parece considerarse periodo «normal» para la renegociación del convenio: artículos 86.3, segundo párrafo, y 86.4 del ET) y posteriormente (fracasada o bloqueada la negociación) de manera indefinida (artículo 86.4, tercer párrafo), no implica, a pesar de la confusión conceptual y terminológica del legislador, un mantenimiento *ex lege* de la vigencia del convenio, ni durante la misma este puede considerarse vigente. El convenio vencido habrá de ser de aplicación (ultraactiva) por exigencia del legislador, pero en ningún caso podrá considerarse jurídicamente vigente. La ultraactividad no es otra cosa que una imposición legal, excepcional, que, en contra de lo que resultaría de la normativa contractual, exige que se mantenga la aplicación de un contrato (convenio) que ha perdido su vigencia. Y esto no puede, lógicamente, dejar de repercutir en el régimen jurídico al que haya de someterse el convenio durante el periodo de ultraactividad.

La obligación de seguir aplicando el convenio (artículos 86.3, segundo párrafo y 4, tercer párrafo, del ET) no puede, pues, interpretarse, a pesar de la dicción del legislador, en el sentido de que siga vigente. Por eso decaen las «cláusulas de paz» que hubiesen sido pactadas (artículo 86.3, segundo párrafo), porque el convenio ya no está vigente y no puede, por tanto, operar la tacha de ilegalidad de las huelgas convocadas para pretender la modificación de un convenio colectivo durante su vigencia (artículo 11.c del Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo). Y por eso el mandato del artículo 86.4, tercer párrafo, es compatible con el del 84.1, ya que, en caso contrario, la vigencia indefinida del convenio provocaría una «petrificación» de las unidades de negociación y de la estructura de la negociación colectiva, vetando la prohibición de concurrencia cualquier cambio de unidad de negociación.

La ultraactividad, antes limitada a un año, ahora es de duración indefinida (salvo pacto en contrario, que podría ser anterior a la reforma, por cuanto habría que aplicar la misma doctrina judicial que se sentó, en relación con los pactos en contra de la limitación de la ultraactividad, tras la reforma de 2012), pero su naturaleza y su régimen jurídico han de ser los mismos precedentes.

Y, en ese sentido, es muy importante la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia de 5 de octubre de 2021 (sentencia 958/2021, recurso 4815/2018). Aclara el TS que la expresión legal referida a la «vigencia» del convenio colectivo, que ya hemos criticado, hay que entenderla «como la referida a la vigencia inicial prevista o prorrogada expresamente por las partes, pero no al periodo posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET». Se delimitan aquí claramente los conceptos de vigencia, prórroga y ultraactividad, que el TS, para acomodarse a la imprecisión conceptual del legislador, llama «vigencia ultraactiva». Y se aclara que la referencia legal a la vigencia del convenio (en el artículo 86.3 y ahora también 4) hay que entenderla hecha a su periodo de vigencia pactada o prorrogada (expresa o tácitamente), pero no al de ultraactividad o «vigencia ultraactiva».



Por eso, como también aclara el TS, en doctrina que hay que considerar plenamente aplicable tras la reforma normativa, «la prohibición de concurrencia (del artículo 84.1 del ET) finaliza ante la pérdida de vigencia del convenio y a pesar de su mantenimiento en situación de ultraactividad». Los convenios son «normas temporales o de duración determinada», y la ultraactividad «no es confundible con la vigencia». El periodo de vigencia a que se refiere el artículo 84.1 del ET «no puede incluir el posible periodo de ultraactividad del artículo 86.3 ET, pues se trata de dos conceptos diferentes».

Finalizada la vigencia del convenio colectivo, pues, a pesar de su ultraactividad, ya sea limitada (a un año en la normativa precedente, o en los términos en que se pacte, en la normativa actual) o indefinida (conforme a la normativa actual, en defecto de pacto, o si así se había pactado, en la normativa precedente), deviene posible el cambio de unidad de negociación y puede negociarse un convenio de ámbito distinto o puede desplegar plenamente su eficacia el que se hubiese pactado en concurrencia con el decaído y con previsión de entrada en vigor a la finalización de la vigencia de este último. En caso contrario, dice el tribunal, se produciría esa «petrificación» de la estructura de la negociación colectiva (a la que nos hemos referido), que sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas eternamente las unidades correspondientes.

Esta doctrina debería tener otras consecuencias interpretativas. Fundamentalmente, en mi opinión, que no cabrá pretender la inaplicación (el «descuelgue») de un convenio colectivo que haya perdido su vigencia, aunque siga siendo de aplicación ultraactiva, y que sí será posible, por el contrario, pretender la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en un convenio no vigente y de aplicación solamente por su «vigencia ultraactiva».



Contratas y negociación colectiva tras la reforma laboral

Pese a las expectativas creadas, los cambios en materia de subcontratación introducidos por la reciente reforma laboral han sido mínimos. En lo que respecta a los convenios colectivos a aplicar a las contratas, la prioridad aplicativa se debe interpretar en sus justos términos, ya que no existe ni una obligación incondicionada de las empresas contratistas de aplicar el convenio sectorial de su actividad ni una sujeción de los convenios de empresa, en general, a los convenios sectoriales en lo que se refiere a la fijación de las retribuciones.

Una de las cuestiones que más interés ha suscitado en la reciente reforma laboral, aparte de la referente a las modalidades de contratación, ha sido la de la regulación de las contratas y subcontratas y, en particular, la del convenio colectivo de aplicación en ellas. En contra de las expectativas que se habían suscitado, y en contra también de algunas opiniones ya expresadas, los cambios al respecto han sido mínimos. En los apartados 1 a 5, 7 y 8 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en efecto, no hay más cambios que la sustitución del «empresario» por la «empresa» y la conversión de los trabajadores en personas trabajadoras. La novedad es la inclusión del apartado 6, referido a la negociación colectiva. Por tanto, las posibilidades de externalización de actividades productivas, amparadas por la libertad de empresa, siguen siendo las mismas que en la legislación precedente. No existe ninguna limitación al respecto, en contra de lo anunciado en los primeros compases del proceso de reforma.

El apartado 6 nos dice ahora que «el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica», pero ello «salvo que exista otro convenio colectivo sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III».

Una primera conclusión es que el convenio aplicable a las contratas será el correspondiente a la actividad desarrollada en cada contrata, no el correspondiente a la actividad de la empresa principal. El principio de que el convenio sectorial aplicable a la empresa es el que incluya en su ámbito funcional las actividades desarrolladas por ella, se mantiene íntegramente. No se accede a la pretensión que se planteó durante la negociación de la reforma, de que las contratas hayan de aplicar el convenio sectorial de la actividad de la empresa principal, y mucho menos el propio de esta empresa. Y es importante resaltar que la excepción de que, con arreglo al título III, resulte aplicable otro convenio sectorial, no desmiente esa conclusión. No se ve qué otro convenio sectorial, distinto del que corresponda a la actividad desarrollada por la contrata, pueda ser de aplicación con arreglo a título III. Y en ningún caso la excepción se



podría interpretar en el sentido de que un convenio sectorial pueda prever su aplicación a las contratadas que presten servicios a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio, cualquiera que sea su actividad y aunque no esté incluida en dicho ámbito funcional. Este tipo de cláusulas, que se han dado en nuestra negociación colectiva, son, en mi opinión, claramente ilegales: no puede pretenderse que quede obligada por el convenio una empresa no incluida en su ámbito de aplicación. Y la delimitación de este no puede ser arbitraria ni exceder de la representación ostentada por las partes negociadoras. Distinto es que un convenio sectorial contenga la obligación, para las empresas incluidas en su ámbito, de exigir el respeto de determinadas condiciones de trabajo a las empresas con las que contraten o subcontraten. Pero sería una obligación esgrimible frente a aquellas, no frente a estas. La referencia a la excepción, por tanto, solo puede amparar aquellos supuestos en que, por la naturaleza o las características de la empresa contratista, resulte de aplicación un convenio sectorial específico, «transversal» por así decirlo, como puede ser el caso de los centros especiales de empleo o de las empresas de trabajo temporal.

Sin embargo («no obstante»), de contar la empresa con un convenio propio, «se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84». No existe, pues, ninguna alteración de las reglas para la determinación del convenio aplicable contenidas en el título III. No se está diciendo que las empresas contratistas tengan que aplicar el convenio sectorial de su actividad, sino que, de ser aplicable, conforme a las reglas de dicho título III, un convenio sectorial, este será el de la actividad desarrollada por la contratada. Pero si la empresa tiene convenio propio, habrá que estar a las reglas del artículo 84 del ET.

¿Cuáles son esas reglas? Téngase en cuenta, ante todo, que la remisión se hace al artículo 84, no al artículo 84.2. Por tanto, se aplica ante todo la regla del 84.1, que es la norma que establece el principio de la «soberanía» de cada convenio colectivo, sin que exista ningún tipo de jerarquía entre ellos (aparte de las posibilidades de coordinación de ámbitos de negociación en virtud de lo previsto en el artículo 83.2 del ET), dependiendo su ámbito de aplicación de lo que «las partes acuerden» (artículo 83.1 del ET). Este principio lleva a la aplicación, por la doctrina judicial, de la regla del *prior in tempore*, en virtud de la cual puede existir un convenio de empresa de aplicación prioritaria al sectorial en cuyo ámbito esté potencialmente incluida la empresa. En este caso, el convenio de empresa es de íntegra aplicación y no está sujeto, en ningún punto, a las previsiones del convenio sectorial. Siempre que el convenio de empresa goce de esta prioridad aplicativa, por ser anterior en el tiempo (o por haberse producido un cambio de unidad de negociación tras la expiración de la vigencia del convenio sectorial: sentencia del TS, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2021, recurso 4815/2018), no está condicionado, en ningún aspecto, por la regulación del convenio sectorial.

De no existir, y solo de no existir, un convenio de empresa con prioridad aplicativa, nos encontraríamos en el supuesto de hecho del artículo 84.2, que regula, como excepción a la intangibilidad de los convenios durante su vigencia, la posibilidad de que un convenio de empresa concurrente con otro sectorial prevalezca en su regulación sobre este en una serie de materias, de las que ahora se excluye la retributiva. No se altera, pues, en lo sustancial, la regulación



precedente. Únicamente se excluye, por la nueva redacción del 84.2, la posibilidad de que un convenio de empresa concurrente con otro sectorial y negociado durante la vigencia de este, prevalezca sobre él en lo referente a la determinación de la cuantía del salario base y de los complementos salariales.

Esto no ha sido bien entendido en algunos comentarios iniciales de la reforma, que han sostenido que los convenios de empresa quedan, en todo caso, sujetos a las regulaciones retributivas de los sectoriales, y que, en el caso de las contrata, debe ser de aplicación el convenio sectorial de la actividad de la contrata, sin más posibilidades para la empresa que hacer uso de la previsión del artículo 84.2 del ET. Al contrario, la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 42.6 y 84 del ET, nos lleva a las siguientes conclusiones:

- Si una empresa (contratista) tiene convenio colectivo propio con prioridad aplicativa, ese convenio se aplicará en su integridad, sin sujeción, en ningún punto, a la regulación del convenio sectorial potencialmente aplicable a la empresa.
- Si la empresa (contratista) no tiene convenio propio, habrá de aplicar el sectorial en cuyo ámbito de aplicación funcional esté incluida la actividad de la empresa.
- Si la empresa (contratista) está sujeta al convenio sectorial, podrá negociar un convenio propio que, como excepción a la regla del 84.1, podrá afectar al convenio sectorial, prevaleciendo sobre el mismo en la regulación de las cuestiones referidas en el artículo 84.2 (que consagra esa excepción), de las que se excluye, tras la reforma, la fijación del salario base y de los complementos salariales.

La regulación, pues, sigue siendo sustancialmente la misma. No se ha alterado la estructura de la negociación colectiva que consagra el título III del ET, y no existe, por tanto, ni una obligación incondicionada de las empresas contratistas de aplicar el convenio sectorial de su actividad ni una sujeción de los convenios de empresa, en general, a los convenios sectoriales en lo que se refiere a la fijación de las retribuciones.



El registro de jornada, la desconexión digital y el papel regulador de la ley

Varios años después de su entrada en vigor, ni el registro de jornada ni el derecho a la desconexión digital cuentan con un desarrollo legal que permita dar respuesta a la creciente complejidad de las relaciones laborales.

En los últimos años se han introducido en el ordenamiento laboral español diversas previsiones en relación tanto con el registro, y control, de la jornada de trabajo, como con la denominada desconexión digital. La Audiencia Nacional (AN) había sostenido la obligación de registro de la jornada, obligación que fue negada por el Tribunal Supremo (TS), hasta que el legislador, mediante el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, introdujo el apartado 9 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET), exigiendo a las empresas que garantizaran el registro diario de la jornada, incluyendo el horario concreto de su inicio y finalización.

Con posterioridad a esa modificación normativa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ante una cuestión prejudicial planteada por la AN (en una, al menos, curiosa maniobra de rebeldía ante el criterio de nuestro TS), declaró, en sentencia de 14 de mayo de 2019, que los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria, si bien deja a criterio de esos mismos Estados miembros concretar la aplicación del sistema, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada sector de actividad, incluso de cada empresa, como el tamaño. En sintonía con esto último (cuando se produce la modificación normativa ya se conocían las conclusiones del abogado general que precedieron a la sentencia citada), el apartado 7 del artículo 34 del ET prevé que el Gobierno pueda establecer «especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran». Y todo ello «sin perjuicio» de la flexibilidad horaria que consagra, entre otros por motivos de conciliación, el propio artículo 34 del ET.

Ni se han regulado por el Gobierno las peculiaridades que puede tener el registro en determinados supuestos (entre ellos, para determinadas «categorías profesionales»), ni se ha aclarado en qué sentido la obligación de registro no puede perjudicar la flexibilidad horaria. Habría que concretar en qué términos y con qué alcance dicha flexibilidad puede exigir un sistema de registro de jornada diverso del descrito, como regla general, en el artículo 34.9. A falta de eso, el planteamiento del registro de jornada (tanto en la ley española como en la sentencia



del TJUE, que vuelve a recurrir al comodín de la protección de la seguridad y salud laborales para intervenir en cuestiones que deberían ser competencia de los Estados miembros) parece claro y preciso, pero es simplista, y difícilmente conciliable, en su simplicidad, con las actuales características, complejas y diversificadas, del sistema productivo, con los condicionamientos de la organización del trabajo y con la creciente influencia, en ella, de las tecnologías de la información.

Todo ello explica el relativo fracaso de los objetivos de la reforma (el control y disminución de las horas extraordinarias) y las dificultades interpretativas en su aplicación. Así, judicialmente se ha avalado que el registro de jornada obligue a los trabajadores a registrar las ausencias del puesto de trabajo (para que no computen como tiempo de trabajo efectivo: sentencia de la AN, de 10 de noviembre de 2019); que sea precisa la autorización de la empresa para prolongar la jornada (sentencia de la AN citada) o realizar horas extraordinarias (sentencia de la AN, de 31 de marzo de 2021); que sea posible un registro basado en la autodeclaración por parte de los trabajadores (sentencia de la AN, de 2 de diciembre de 2020); y que es válido introducir un «factor corrector» de media hora en jornada continuada o de dos horas en jornada partida en el tiempo computado, para cubrir los periodos de pausa o de falta de trabajo efectivo (sentencia del TS, de 5 de abril de 2022).

También la doctrina judicial ha rechazado que deban considerarse, en todo caso, como horas extraordinarias las acreditadas por registro activado por el propio trabajador, en supuestos de teletrabajo (sentencia del TSJ Galicia, sede de La Coruña, de 8 de marzo de 2022). Sin embargo, se ha considerado no ajustada a derecho la autorización empresarial *a posteriori* de horas adicionales de trabajo declaradas como tales, así como se ha exigido la identificación de los trabajadores en los registros aportados a la representación laboral (sentencia de la AN, de 19 de abril de 2022).

No caben respuestas simplistas a situaciones (cada vez más) complejas. El legislador no debe pretender reglamentar, con criterios además uniformes porque ni siquiera se han desarrollado las peculiaridades que la propia ley contempla, situaciones muy diversificadas y en muchas de las cuales un registro tradicional, de «entrada y salida» (o de comienzo y terminación), no tiene sentido. Y cuando la negociación colectiva ha pretendido regular pormenorizadamente estas cuestiones, ha dado lugar también a normativas complejas, formalizadas y *burocratizadas*. Basta ver el convenio colectivo de banca o el acuerdo de registro de jornada de una entidad bancaria que se recogen en la sentencia de la AN citada, de 19 de abril de 2022.

Este mismo planteamiento, corregido y aumentado, puede hacerse en relación con la «desconexión digital». Si analizamos el artículo 88 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, su proclamación del derecho a la desconexión digital no puede ser más vaga: se afirma tal derecho «a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar». Como una cosa es consagrar un derecho y otra muy distinta regular su ejercicio, el legislador remite las modalidades de este ejercicio primero a la negociación colectiva (o al acuerdo



con los representantes de los trabajadores) (artículo 88.2 LO 3/2018), y después a la decisión del empleador, previa audiencia a los representantes de los trabajadores (artículo 88.3). Salvando esta contradicción, tampoco se avanza más en la concreción. Solo se indica que se potenciará la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y que se preservará, en particular, el derecho a la desconexión «en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas».

Si vamos a la negociación colectiva, es buen ejemplo el Acuerdo de teletrabajo y otras formas de flexibilidad de la empresa Telefónica Servicios Audiovisuales SAU, publicado por Resolución de 22 de abril de 2002 de la DGT en el BOE de 12 de mayo. El punto 2.10, cuarto párrafo, se limita a reproducir la fórmula legal, sin más añadido que la remisión a la normativa interna de la empresa y a los acuerdos que se hayan podido alcanzar. Por su parte, el punto 2.16, apartado 6, vuelve a reproducir la fórmula legal, añadiendo que la proclamación del derecho es «sin perjuicio de las situaciones que con carácter excepcional estén previstas en la normativa aplicable».

Ni de la ley ni del acuerdo pueden deducirse las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión ni los términos en que tal ejercicio ha de producirse. Y ello pone de manifiesto, más claramente aún que con el registro de jornada, los límites de la intervención legislativa (y de la negociación colectiva). Es ilusorio pretender regular detalladamente cuestiones tan complejas y diversificadas. Hemos de ser conscientes de los límites de la ley. Probablemente debería bastar con una proclamación general, como la que se contiene en la LO 3/2018, confiando en el desenvolvimiento de las relaciones laborales y en los contrapesos, individuales y sobre todo colectivos, que operan en ellas. Y actuando dicha proclamación general como criterio interpretativo a la hora de afrontar los conflictos, imposible de prever pormenorizadamente, que puedan plantearse en torno a esta desconexión digital.



La contratación laboral tras la reforma

Plenamente operativa ya la reciente reforma laboral, comienzan a delinearse con bastante claridad sus efectos sobre el empleo y sobre la contratación laboral. Más allá de los objetivos proclamados por el legislador y de las pretensiones de los impulsores del cambio normativo, la evolución del mercado de trabajo nos permite identificar las tendencias que, previsiblemente, van a consolidarse mientras esté vigente el marco regulador introducido por el Real Decreto-ley 32/2021.

Los efectos sobre el empleo, en primer lugar, parece que no han sido significativos. La evolución de los datos de empleo, de contratación y de afiliación a la Seguridad Social ha seguido dependiendo del ciclo económico y de la evolución de la actividad, sin que pueda addivinarse influencia significativa alguna, por ahora, del cambio normativo. No hay que olvidar que nuestra tasa de desempleo se situó, en el mes de julio, según datos de Eurostat, en el 12,6%, casi duplicando la tasa media europea (6,6%). Ello, unido a la desaceleración producida en la afiliación a la Seguridad Social y teniendo en cuenta el cambio estadístico derivado de la sustitución de contratación temporal por contratación fija discontinua, a la que seguidamente me referiré, obliga a ser cautelosos en la valoración de los datos del mercado de trabajo.

Más relevantes, sin embargo, son los cambios que se vienen produciendo en la contratación laboral. Siendo el objetivo declarado de la reforma la reducción de las tasas de temporalidad y la consiguiente sustitución de empleo temporal por empleo fijo, el cambio normativo se centra en reforzar la causalidad de los contratos temporales, en limitar su duración y en reforzar la prohibición de encadenamiento de vinculaciones temporales. Ello lleva a un marco regulador de la contratación temporal bastante más rígido que el de los países de nuestro entorno. La limitación de la duración de los contratos temporales (6 meses, ampliables a 12) es más estricta de la que suele regir en el derecho comparado (12/24), la exigencia de causalidad es más rigurosa (llama la atención la continuada ausencia, en nuestro ordenamiento, del contrato por lanzamiento de nueva actividad, consolidado en otros ordenamientos) y la regulación del encadenamiento de contratos más rígida. Si a ello unimos la inexistencia entre nosotros de una norma que limite la aplicación de la legislación de despido a los supuestos en los que se haya superado una determinada duración de la relación laboral (seis meses en Alemania, dos años en Gran Bretaña), podemos concluir que, como hemos indicado, la rigidez del ordenamiento español en cuanto a las posibilidades de contratación temporal por las empresas es superior, por regla general, a la de los países de nuestro entorno (lo cual, paradójicamente, no es garantía



de existencia de una menor tasa de temporalidad. Al contrario, esta es inferior en países con una mayor permisividad en relación con los contratos temporales).

Las consecuencias de ello, en el ámbito de la contratación laboral, no se han hecho esperar. Por una parte, se ha producido una revitalización del periodo de prueba como instrumento para garantizar la temporalidad de la vinculación laboral durante los primeros meses desde su establecimiento. La posibilidad de pactar un periodo de prueba de seis meses para los técnicos titulados y de dos meses para el resto (tres, en las empresas de menos de 25 trabajadores), ofrece, en efecto, una vinculación temporal inicial de una gran flexibilidad (a pesar de las limitaciones para la extinción contractual en el periodo de prueba que afloran a veces en la doctrina judicial). La extinción del contrato sin causa (si bien, con la exigencia de que no exista una causa torpe) durante el periodo de prueba sigue asegurada y el costo indemnizatorio, a diferencia de lo que sucede en caso de suscripción de un contrato temporal, no existe. Aunque se han alzado ya algunas voces alertando contra esta utilización del periodo de prueba, debemos considerar que esta finalidad de garantizar una vinculación inicial temporal forma parte de su naturaleza. No hay que olvidar que, en Alemania, por ejemplo, la existencia de un periodo de prueba se configura expresamente como una de las causas de contratación temporal.

Por otra parte, y esto es, sin duda, mucho más relevante, se ha empezado a producir una intensa sustitución de contratación temporal por contratación fija discontinua. El contrato de trabajo fijo discontinuo es, en mi opinión, la figura central de la reforma en lo que se refiere a la contratación laboral. Es el elemento de flexibilidad con que cuentan las empresas para ordenar su contratación laboral en un marco de gran rigidez de la regulación del contrato temporal. El contrato fijo discontinuo evita los límites impuestos a la contratación temporal y al encadenamiento de contratos; garantiza la disponibilidad de la mano de obra precisa en los periodos de actividad de la empresa, suprimiendo las cargas laborales en los periodos de inactividad sin necesidad de recurrir a otros mecanismos suspensivos, o extintivos, más costosos en términos procedimentales y económicos; evita la inseguridad jurídica derivada de la necesidad de justificar la concurrencia de una causa de temporalidad; y aleja discrepancias interpretativas y actuaciones sancionadoras que, teniendo en cuenta la consideración de una infracción sancionable por cada trabajador contratado irregularmente de manera temporal, y la cuantía de las sanciones previstas, pueden ser muy graves, llegando incluso a afectar a las propias posibilidades de mantenimiento de la actividad empresarial. Y todo ello sin más coste que el de elevar la indemnización futura, en caso de extinción del contrato, a veinte días en vez de los doce asociados al contrato temporal. Al mismo tiempo, ofrece a los trabajadores una vinculación estable con la empresa y les puede garantizar incluso, si así se pacta, un periodo mínimo de actividad.

Un adecuado desarrollo convencional del contrato fijo discontinuo, adaptándolo a las peculiaridades del sector, o incluso de la empresa, puede, además, reforzar su atractivo para las empresas y aumentar la seguridad de los trabajadores. Las amplias posibilidades de regulación convencional (incluso por acuerdo de empresa) de todo lo relativo al llamamiento para los periodos de actividad, deja en manos de los agentes sociales la concreción del régimen jurídico



de la figura. Y la regulación legal de los contratos fijos discontinuos justificados por contrataciones o concesiones administrativas permite también a la negociación sectorial un amplio margen de actuación. La defectuosa técnica legislativa al respecto (no tiene sentido decir que los convenios podrán fijar una duración máxima de los periodos de inactividad entre contrataciones, y a renglón seguido decir que en defecto de previsión convencional esa duración será de tres meses. Esto último solo tiene sentido si se dijera que los convenios deberán fijar una duración máxima. Si la fijación de la duración máxima es potestativa va contra la lógica establecer una duración máxima en defecto de la previsión convencional), permite que los convenios sectoriales exploren regulaciones más razonables.

En ese sentido, por ejemplo, el Acuerdo de modificación del VI convenio colectivo general del sector de la construcción (publicado por Resolución de 23 de julio de 2022, en el BOE del 5 de agosto) ofrece una pauta de enorme interés: «el plazo máximo de inactividad se corresponderá con el periodo de tiempo en el que no sea precisa la prestación de servicios de la persona trabajadora porque la actividad de la empresa no lo requiera o por no existir necesidad de incrementar la plantilla, en la provincia en la cual aquélla suscribió el contrato de trabajo». Esto, unido al resto de la regulación de la figura contractual en el artículo 25 del convenio, constituye un ejemplo de las posibilidades que la misma ofrece para las empresas y de las mayores garantías de que pueden disfrutar los trabajadores.

Si se avanza por esa línea, y se incentivan otras figuras, como la de las bolsas sectoriales de empleo previstas en la ley, el contrato fijo discontinuo puede consolidarse como una figura contractual central, como dijimos, de nuestro sistema de relaciones laborales. Y la reducción de la temporalidad que su desarrollo conlleva es una reducción real y no, como sin fundamento se denuncia en ocasiones, meramente formal o estadística.



Sanción penal de incumplimientos laborales

La reciente reforma introducida en la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, podría generar inseguridad jurídica e incurrir en defectos técnicos en cuanto a la tipificación de las conductas infractoras.

En el Código Penal, tradicionalmente, se han incluido diversos preceptos para la tipificación de delitos cometidos en el ámbito laboral. Ante determinadas infracciones, particularmente graves, de los derechos laborales, el reproche penal se hacía presente, tratando de garantizar así, mediante la máxima expresión de la fuerza de coerción del Estado, el respeto de aquellos derechos. Lo cual no impide que la sanción penal haya sido, y deba seguir siendo, 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 22 diciembre, a la que me voy a referir en esta tribuna, así lo proclama.

Las normas penales constituyen el último baluarte estatal para defender el orden constitucional y social, y la vigencia de los derechos de los ciudadanos. La *contundencia* de la norma penal es indudable: la sanción penal es mucho más aflictiva que las administrativas y puede llevar a la privación de libertad de los infractores. Por ello, debe reflexionarse muy bien acerca de qué conductas se penan y en qué medida o con qué intensidad. Son varias las normas que, en el Código Penal, como ya hemos indicado, contemplan delitos relacionados con la vulneración de derechos laborales y lo hacen respetando el principio de razón última que debe inspirar la intervención penal. No vamos a referirnos a ellas, que ya están suficientemente asentadas en nuestro ordenamiento. Pero sí a la última reforma, introducida por la Ley 14/2022 citada, cuya aprobación se ha producido sin el necesario proceso de debate y de reflexión. Y que tiene un sesgo preocupante de utilización (en contra del carácter de *última ratio* que invoca su exposición de motivos) instrumental de la sanción penal para afrontar un problema administrativo del que la Administración no sabe cómo salir.

Analizando el nuevo artículo 311.2 del Código Penal, parece como si la Administración laboral, enfrentada a un conflicto de interpretación, o de cumplimiento normativo (no nos vamos a pronunciar al respecto) con unos administrados, hubiera agotado su paciencia y hubiera dicho, figuradamente, «ahora os vais a enterar». Pero ni la Administración puede perder la paciencia ni puede actuar precipitadamente, 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, la irritación que pueda sentir la Administración al no



conseguir el aquietamiento del administrado a sus pretensiones e interpretaciones no puede justificar algo tan trascendente como la tipificación de una nueva conducta delictiva en el Código Penal. Ha faltado el necesario debate y la necesaria calma. El recurso a la modificación del Código Penal no puede ser la espada de Alejandro con la que deshacer de un tajo el nudo gordiano con el que se encuentre la Administración.

Y esto es, probablemente, lo que se ha producido. La modificación de la redacción del artículo 311 del vigente Código Penal, para añadirle un apartado 2, ha dado a la luz una norma que genera una enorme inseguridad jurídica y que incurre en defectos técnicos, en cuanto a la tipificación de las conductas infractoras, muy llamativos. Ante todo, la tipificación de la infracción: se considera que incurren en el delito «los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo». Repárese en el texto: «condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo». Tal como se formula, la contratación mediante o bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo parece que determinaría, de por sí, 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 en el Estatuto de los Trabajadores, 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. La «contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo» puede plantearse y llevarse a cabo en condiciones de estricta legalidad.

Aparte de eso, 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 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. Por otra parte, si las «condiciones ilegales» se imponen por otras vías, ¿no existiría delito? ¿Este tendría que reconducirse al artículo 311.1 del Código Penal, cuya formulación es bien distinta? (exige la concurrencia de engaño o abuso de situación de necesidad, y se refiere a condiciones de trabajo que «perjudiquen, supriman o restrinjan» los derechos reconocidos). ¿Y si se alega 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 jardín interpretativo, generador de inseguridad jurídica.

Pero lo más preocupante de la norma, de todas formas, es la referencia a que esas pretendidas condiciones ilegales se «mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa». Lo del requerimiento no deja de producir perplejidad. Hay que tener en cuenta que la Inspección de Trabajo 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. No tiene cabida 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 plantear con detenimiento su compatibilidad con una represión penal de las conductas persistentes de incumplimiento, cuando el ordenamiento administrativo tiene previsiones específicas para tales situaciones.

La norma, aunque solo fuese por sus defectos técnicos, no podría no ser considerada como inconstitucional y como tal debería ser declarada, para restablecer la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones laborales.



Un nuevo golpe a la seguridad jurídica

La derogación del procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social derivado de procedimientos para la calificación laboral (o no) de determinadas relaciones contractuales, que conllevaba la suspensión de los procedimientos administrativos, supone un duro golpe a la seguridad jurídica.

La Ley 2/2023, de 28 de febrero, de Empleo, suprime, en su disposición final novena, el apartado d) del artículo 148 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), (si bien, conforme a la disposición transitoria quinta, el procedimiento de oficio previsto en dicho apartado seguirá siendo de aplicación respecto de aquellas demandas cuya admisión a trámite se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Empleo, esto es, con anterioridad al 2 de marzo de 2023). Es esta una reforma que ha pasado bastante desapercibida pero que tiene una gran trascendencia.

En primer lugar, se reproducen algunos de los vicios de los que últimamente adolece nuestro procedimiento legislativo: una reforma de gran importancia se incluye, casi «de tapadillo», en una disposición adicional de una ley cuyo objetivo no guarda relación alguna con el contenido ni con la finalidad de la regulación reformada. Se incide así, aunque la Ley de Empleo sea una norma vinculada al ámbito laboral, en el proceso de dispersión de la normativa reguladora de las relaciones de trabajo, que ha conocido muy relevantes modificaciones incluidas en normas cuyo objeto poco o nada tiene que ver con dichas relaciones (son muchas las normas que podrían referirse al respecto. Últimamente, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; 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; y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para las garantías de los derechos de las personas LGTBI. Tendencia que se mantiene en proyectos en tramitación, como el Anteproyecto de Ley de Familias y el Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible). Se genera así una normativa prolija y confusa, fuente de inseguridad jurídica y que hace perder la visión unitaria con la que sería necesario abordar las reformas laborales.

Por otra parte, en segundo lugar, la modificación de la LJS se produce obviando el necesario debate de los agentes sociales y la intervención formal de los órganos consultivos (el preámbulo de la ley hace una genérica referencia a que «se ha informado a las Comunidades Autónomas, a las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas»). Repárese en la expresión



«se ha informado», que pone de manifiesto claramente la ausencia del diálogo social, sustituido al parecer por un trámite de «consulta pública y de audiencia e información pública», para la «participación y audiencia» de los «ciudadanos afectados». Se empobrece de esta forma el trámite legislativo y el proceso de creación normativa.

Pero, en tercer lugar, lo más importante es que la supresión del procedimiento de oficio para la calificación como laboral o no de unas determinadas relaciones contractuales por parte de los órganos jurisdiccionales sociales, cuya resolución resultaba vinculante tanto para la Administración como para los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, refuerza los poderes administrativos y disminuye, muy sensiblemente, las garantías jurídicas de los administrados. La discrepancia acerca del carácter laboral o no de las relaciones controvertidas habrá de plantearse, ya exclusivamente, en vía administrativa y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa con motivo de la impugnación de las actas de liquidación (y de infracción) que hayan sido levantadas. Se excluye el pronunciamiento previo de la jurisdicción social que, por especialización y por agilidad procesal, resulta mucho más conveniente y, por supuesto, mucho más adecuado desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Esto último reviste mayor gravedad si tenemos en cuenta lo previsto en la 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. El nuevo apartado 2 del artículo 311 del Código Penal (CP) introducido por esta ley tipifica penalmente la conducta de quienes «impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo». Con independencia de las críticas que ya formulamos a esta tipificación en nuestra anterior *newsletter*, hay que tener en cuenta que se está utilizando el reproche penal para sancionar la elusión del contrato de trabajo en prestaciones de servicios. Obviamente, puede haber otros títulos jurídicos, aparte del contrato de trabajo, a través de los que contratar una determinada prestación de servicios. La procedencia de utilizar esos títulos jurídicos, amparados por la autonomía de la voluntad y por la libertad contractual, puede ser cuestionada por la Administración, que, si considera que estamos en presencia, en realidad, de relaciones laborales puede levantar las actas de liquidación y de infracción correspondientes. La supresión del previo pronunciamiento acerca del carácter laboral o no de la relación por parte de la jurisdicción social resta seguridad jurídica y abre un peligroso campo de ambigüedad para la acción penal, máxime cuando el artículo 311.2 del CP incluye expresamente el supuesto de que las condiciones ilegales (derivadas de la contratación mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo) se «mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa». La discrepancia sobre la calificación que de la relación contractual haga la Administración, y que sirva de fundamento para sus requerimientos y sanciones, queda ahora confiada, en su resolución, a la jurisdicción contencioso-administrativa, lejana de la especialización social y más proclive, por tanto, presumiblemente, a aceptar las calificaciones administrativas. Las casualidades, en casos como este, no suelen existir y las reformas casi simultáneas del Código Penal y de la Ley de la Jurisdicción Social responden, sin duda, a un objetivo



común, de reforzamiento de los poderes administrativos y de limitación de las garantías jurídicas de los administrados, en este caso de las empresas, que van a tener mucho más complicada la discrepancia con la Administración y que van a correr, en esa discrepancia, con riesgos mucho mayores.



El marco laboral: entre el caos normativo y la demolición del modelo tradicional de relaciones laborales

Solo en el año 2022 y en lo que llevamos de 2023 ha habido, al menos, diez modificaciones normativas importantes de cuestiones laborales en normas no específicamente laborales. Y están en cartera algunos proyectos que no renuncian a establecer normas con incidencia directa en la relación laboral. Todo ello está propiciando un proceso silencioso de demolición del marco tradicional de las relaciones laborales.

Pocas dudas pueden albergarse acerca del caos normativo en que nos movemos en los últimos tiempos. No solo la normativa de la pandemia, difusa, compleja y confusa, en la que llegamos a conocer veinte modificaciones de una norma en un solo año de vigencia, sino la posterior, con continuas variaciones de significativos aspectos de las relaciones laborales, contenidas en la mayor parte de las ocasiones en normativa no específicamente laboral. Todo ello genera un panorama que no es exagerado calificar de caótico.

Estamos ante una normativa laboral desaforada, en muchas ocasiones consecuencia de simples ocurrencias, en la que no existe una visión de conjunto ni un planteamiento a largo plazo. Con el agravante de que muchas de las últimas normas no provienen de iniciativas legislativas surgidas del Ministerio de Trabajo, sino de otros departamentos ministeriales, y que se plantean al hilo de la regulación de otras cuestiones, rompiendo la visión unitaria que debería tener el ordenamiento laboral y que debería inspirar siempre su reforma, y marginando, además, el diálogo social y la intervención de los órganos consultivos pertinentes. Solo en el año 2022, y en lo que llevamos de 2023, han tenido lugar al menos diez modificaciones normativas importantes de cuestiones laborales en normas no específicamente laborales (tanto leyes orgánicas como ordinarias y algún real decreto). Y en cartera están algunos proyectos que, dirigidos también a la regulación de cuestiones extralaborales, no renuncian a establecer normas con incidencia directa en la relación laboral (los proyectos, por ejemplo, de ley de familias y de movilidad sostenible). Y a ello se añaden las reformas llevadas a cabo por normas específicamente laborales (así como en el terreno del empleo y de la seguridad social), que modifican determinados aspectos de las relaciones laborales sin la necesaria visión de conjunto y sin la consideración sistemática del ordenamiento laboral.

Todo ello está propiciando un proceso silencioso de demolición del marco tradicional de las relaciones laborales. Que no dudo que tenga que ser demolido, pero con orden, con sistema y



teniendo claro qué es lo que se quiere construir en su lugar. Habría que ir a un marco laboral enteramente nuevo, no construido a través de retoques o correcciones del precedente. Y esta es una tarea urgente, porque el problema no es que pueda plantearse mantener o destruir el actual marco laboral, con más o menos correcciones o adaptaciones, sino que ese marco se está destruyendo a pasos agigantados, pero sin orden ni concierto. Los cambios económicos, sociales y tecnológicos que estamos viviendo provocan la obsolescencia acelerada de anteriores regulaciones (baste pensar que, en tiempos de redes sociales, de comunicaciones instantáneas por diversos canales, de uso creciente de la inteligencia artificial, el Estatuto de los Trabajadores sigue regulando como canal de comunicación entre representantes laborales y representados, el ¡tablón de anuncios!) y ponen en cuestión algunos de los paradigmas sobre los que se ha construido el ordenamiento laboral. Empeñarse en regulaciones que siguen pensando que el sistema productivo no ha cambiado, como sucede con todo lo relativo al registro horario y al control de jornada; afrontar el trabajo a distancia por medio de una regulación intervencionista, que rezuma desconfianza y que siempre parece basada en la creencia de que cualquier cambio en las circunstancias y en el entorno productivo esconde nuevas posibilidades de abuso empresarial; y seguir considerando que toda prestación de trabajo autónomo esconde, en principio, una situación fraudulenta que solo trata de evitar el vínculo laboral, es moverse con arreglo a esquemas mentales que no soportan el choque con la realidad.

Junto a esos cambios, no bien entendidos ni plasmados en la regulación de las relaciones laborales, el proceso de destrucción se alimenta porque dicha regulación, en los últimos tiempos, se inspira en cuestiones sociales, dignas de atención y de tutela, pero ajenas al núcleo tradicional de las relaciones laborales. Las empresas tienen como misión fundamental la producción de bienes y servicios para el mercado, lo que han de hacer de la manera más eficiente posible, buscando el adecuado equilibrio entre la protección de los derechos laborales, de la situación profesional de los trabajadores, la defensa de la productividad y la garantía de un beneficio económico para el capital invertido. La actual normativa está atribuyendo a las empresas la misión de garantizar la correcta distribución de roles en el seno de las familias, la movilidad sostenible o el libre desarrollo de la orientación sexual de los individuos. Una empresa socialmente responsable debe ser sensible a todas esas cuestiones, pero su regulación no debería atribuirse en exclusiva a las relaciones laborales.

Las empresas están teniendo que asumir, cada vez más, costes de políticas sociales que deberían estar, como tales, socializados. Si observamos los cambios normativos recientes, gran parte de ellos giran en torno a la conciliación de la vida laboral y personal o familiar. Y algunas encuestas indican que la preocupación principal de los trabajadores está pasando a ser la de la conciliación. En el proyecto de ley de familias se pretende establecer, por primera vez, una clara subordinación del trabajo a la vida privada y a la situación familiar de los trabajadores, mediante 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».

Todo esto conlleva un cambio de paradigma importante en las relaciones laborales que requeriría un proceso de maduración y de reflexión más amplio. Asistimos a una eclosión de



derechos que solo tienen una relación indirecta con el trabajo y que plantean conflictos de intereses (y no solo de empresas y trabajadores, sino de estos entre sí), no jurídicos, que deberían, por tanto, someterse a procedimientos de mediación y de solución no judiciales. Y se están trasladando a las empresas costes que no son propios de su proceso productivo, sino que derivan de la atención a intereses generales o valores socialmente compartidos y que deberían, por ello, estar socializados.

Este caos es malo para las empresas y para la economía y lastra la productividad y la posibilidad de desarrollar unas relaciones laborales adaptadas a la hora presente, tuteladoras de los derechos laborales pero atentas también a las necesidades organizativas y productivas de las empresas. La construcción de un nuevo derecho del trabajo y de unas nuevas relaciones laborales debe afrontarse con una drástica reducción de la intervención legislativa y reglamentaria y con la atribución del papel regulador fundamental a la negociación colectiva. Una negociación colectiva mucho más libre (lo que exige importantes cambios en su marco regulador) y menos condicionada por las rigideces legislativas podría dar respuesta adecuada a las exigencias que plantea la regulación del trabajo humano en la sociedad que vivimos y que cambia aceleradamente.



Los nuevos derechos sociales y la imputación de sus costes

Las empresas no tienen una capacidad de absorción ilimitada para la asunción de las nuevas obligaciones laborales. Y es la sociedad la que debería afrontar los costes derivados de regulaciones ajenas al desarrollo de las actividades productivas.

Vivimos, desde hace años, en un proceso acelerado de reconocimiento de nuevos derechos sociales, cada vez más detallados y, si se me permite la expresión, más «sofisticados». Y ello tanto en el terreno legislativo como en el de las políticas públicas. En el primero, las reformas normativas son continuas y todas se mueven en el sentido de ampliar las posibilidades de disfrute de determinados derechos y de proteger a quienes decidan efectivamente utilizarlos. Nada que objetar, salvo que el proceso es, las más de las veces, producto de pujas al alza, por motivos políticos y electorales, cuando no de meras ocurrencias, y en él falta, con mucha frecuencia, una consideración más amplia, atenta a las exigencias organizativas y productivas de las empresas y a los conflictos que se pueden dar entre los propios trabajadores. Se olvida que aquellas no tienen una capacidad de absorción ilimitada y que son, ante todo, organizaciones para la producción, de la manera más eficiente posible, de bienes y servicios, a colocar en el mercado para la satisfacción de las necesidades sociales correspondientes.

Se imponen, así, a las empresas, costes que lastran su eficiencia y empeoran su posición competitiva en los mercados abiertos a la competencia de operadores económicos de otras latitudes. Son muchos los beneficios asociados a cuestiones completamente ajenas al proceso productivo, por lo que, sin negar tales beneficios, sus costes deberían estar socializados. El reciente Real Decreto-ley 5/2023 es una buena prueba de ello (no me voy a detener en el hecho en sí de la aprobación del decreto-ley, que, sin duda, pasará a la historia del Derecho y que pondrá a prueba la ya de por sí amplísima manga ancha del Tribunal Constitucional acerca de la extraordinaria y urgente necesidad que ha de concurrir para la aprobación de decretos leyes, aparte de exigir la valoración de esta novedosa práctica de sortear mediante estas normas de urgencia las consecuencias de la disolución de las Cortes y de la caducidad provocada por ella de los proyectos de ley en trámite). Se amplía la duración de permisos preexistentes, se crean nuevos permisos (el parental de ocho semanas, el de «fuerza mayor» de cuatro días al año) y se refuerza la posición de los trabajadores en los supuestos de solicitud de adaptación o de reducción de la jornada. Y no solo eso, sino que, alejándose de los aspectos jurídicos a los que debería ceñirse la norma, y entrando de lleno en el terreno de los intereses o de las cuestiones sociales, se impone a las empresas un papel de tutela en el ámbito de esas cuestiones sociales que les debería resultar completamente ajeno. Aparte de que no se sabe muy bien



cómo articularlo: «en el ejercicio de este derecho», se repite en la norma, «se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género». ¿De verdad eso es algo que corresponde a las empresas? Y ¿cómo podrían hacerlo sin inmiscuirse en la esfera privada e íntima de los trabajadores? Leyendo algunas normas me viene a la cabeza la expresión de Astérix: estos romanos se han vuelto locos. Y los romanos no somos solo los españoles, también los europeos. Un botón de muestra: la reciente Directiva europea de 10 de mayo de 2023 (2023/970) sobre igualdad retributiva afirma que, a la hora de establecer sus estructuras retributivas, las empresas «en particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes» (artículo 4.4). Tengo pesadillas desde que leí la norma, imaginando que algún cliente me envíe su estructura retributiva y me pregunte si ha subestimado las aptitudes interpersonales pertinentes o qué tiene que hacer para no subestimarlas.

En el segundo terreno al que me refería, el de las decisiones políticas, la situación es aún más alarmante. Hubo un tiempo, en España, en que, mal que bien, las promesas populistas se frenaban para no dar pie a una carrera demagógica que pudiese poner en peligro los equilibrios básicos del sistema. El Pacto de Toledo, por ejemplo, permitió excluir determinadas cuestiones del debate político, ya que una carrera de promesas o de concesiones hubiera podido socavar las bases del sistema de Seguridad Social. Ese pacto, en gran parte, ha saltado por los aires y los consensos sociales necesarios para garantizar el mantenimiento, y la sostenibilidad, del sistema de protección social se han evaporado, y no va a ser fácil su recuperación. La componente fundamental de dicho sistema, la Seguridad Social, es hoy más frágil y dista mucho de tener un horizonte de sostenibilidad asegurado.

Pero más allá del terreno de la Seguridad Social, parece que se ha abierto la veda. De los cheques bebé de hace años (el chiste popular decía que era el primer dinero que algunos habían ganado con su propio esfuerzo) hemos pasado a ayudas de todo tipo: abonos gratuitos de transporte, interrail para jóvenes de hasta treinta años (jóvenes de ¡treinta años!, viajando gratis gracias a los impuestos de todos: la infantilización de la sociedad), ayudas de diverso tipo, y el último hallazgo/propuesta: abono de una paga de 20.000 euros a todos los jóvenes que cumplan dieciocho años (se supone que sin límite de renta, por lo tanto también a quienes pertenezcan a las familias más pudientes), para que puedan estudiar o emanciparse. Parece que algunos políticos tuvieron en mente una sociedad como la de aquellos Estados que nadan en petróleo, en la que las labores necesarias se confían a inmigrantes y los nacionales gozan de una renta vitalicia que les exime de trabajar. El problema es que nosotros no tenemos petróleo y hemos de preguntarnos, entonces, quién paga las gracias y quién financia el *dolce far niente*. Una sociedad sería debería descalificar todo tipo de propuestas como estas, en las que no se especifique, con claridad, cómo se van a pagar y quién va a correr con los costes correspondientes, esto es, qué esfuerzos va a tener que hacer la sociedad para financiarlas. No existe el dinero público. El dinero lo genera la sociedad, a través de las actividades creadoras de riqueza, y el Estado detrae parte de la generada para atender a las necesidades colectivas, lo que convierte en público su uso no su origen. Entre esas necesidades no están este tipo de derramas gratuitas. Claro que puede ser que haya políticos, y eso debería saberlo también la sociedad, que



consideren que el dinero nunca es un problema porque el dinero lo fabrica una máquina y todo consiste en fabricar más.

Un último apunte: la obsesión por el lenguaje «sin sesgo de género» lleva a convertir, en el decreto-ley, al abogado en «persona profesional de la abogacía» y al procurador en «persona profesional de la procura», aunque luego se hable de «el recurrente» o «el fiscal».



El canal de denuncias interno y su incidencia en las relaciones laborales (I)

En esta primera entrega sobre la recién estrenada Ley de protección al informante, se plantean algunos interrogantes respecto a los requisitos que debe cumplir el canal de denuncias o la posibilidad de compartir con otras empresas el sistema y los recursos destinados a su gestión.

La transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, llevada a cabo por 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, tendrá un impacto muy relevante para las empresas y para las relaciones laborales. Además del papel institucional asignado a la Autoridad Independiente de Protección del Informante y de la regulación de los canales externos, incluidos los autonómicos, que adensan la tela de araña burocrática que aprisiona a la sociedad civil, la obligación de las empresas de establecer un «sistema interno de información», esto es, un canal interno de denuncias, impondrá nuevas, y significativas, cargas empresariales y generará nuevos conflictos, alimentados por una regulación compleja, poco precisa y redundante en algunos aspectos.

Lo primero que llama la atención es la ampliación, por parte de la ley española, del ámbito de aplicación material de la directiva. Si esta contempla (artículo 2) las infracciones del derecho de la Unión Europea, en determinados ámbitos enumerados en su anexo, las que afecten a sus intereses financieros y las relativas al mercado interior, la ley española (artículo 2) añade las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave (incluidas, en todo caso, las que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social). Lo que la norma europea limita al derecho y a los intereses de la Unión, el legislador español lo amplía a todas las infracciones penales o administrativas graves o muy graves. Es cierto que la ampliación está amparada por la propia directiva, que permite (artículo 2.2) que los Estados miembros amplíen la protección a otros ámbitos o actos no previstos en ella. Pero estamos ante una manifestación más de la inveterada costumbre del legislador español de no limitarse a transponer el derecho comunitario sino añadir nuevas exigencias o nuevos contenidos. Esto merecería una reflexión: parece que la normativa europea (cada vez más prolija e intervencionista) siempre fuera insuficiente para nosotros y tendríamos que ir más allá, sin reparar en la afectación a la competitividad de



nuestras empresas ni en el peso creciente de las cargas regulatorias que soportan. Sería interesante analizar qué oscuros complejos colectivos fomentan esa tendencia.

Pero lo importante es que la ampliación del ámbito puede suponer una colisión con procedimientos laborales ya existentes, internos a las empresas o no (los procedimientos inspectores, sancionadores y de liquidación de las obligaciones de Seguridad Social). Se habla de infracciones administrativas y penales sin más, y solo se salva, con una fórmula imprecisa (artículo 2.3), el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, sujeto (¿en qué sentido?, ¿con qué alcance?) a su normativa específica. Faltan matices y concreciones y ello es fuente de inseguridad jurídica. La reiterada apelación del Preámbulo de la ley a que esté en juego el interés general (que se dañe, afecte o menoscabe) no encuentra reflejo en el texto de sus preceptos. No es claro, pues, si puede exigirse que la infracción denunciada afecte al interés general, si bien lo que sí excluye la ley son las «informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación» (artículo 35.2.b). Ello parece dejar fuera las denuncias por actuaciones que afecten al informante (los distintos tipos de acoso o discriminación) y que se imputen a una persona concreta, o a un conjunto de personas concretas, pero tampoco en este punto podemos tener plena certeza acerca de cómo se producirá la interpretación y aplicación de la ley.

En relación con ello, surge también la duda de si el canal interno de denuncias puede convivir con otros que ya puedan estar establecidos en la empresa (previstos en planes de igualdad o protocolos de acoso, por ejemplo) o debe/puede integrarlos o absorberlos. En pro de esta integración opera el mandato del artículo 5.2.d) de la ley, conforme al cual el sistema interno de gestión deberá «integrar los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro de la entidad». Igualmente, el artículo 7.1 dispone que todo canal interno de información estará integrado en el sistema interno regulado en la ley. Pero ¿integración significa unificación? ¿Pueden mantenerse distintos canales, aunque integrados en el sistema interno? Esto, en todo caso, hay que ponerlo en conexión con la previsión de la disposición transitoria primera respecto a la posibilidad de que los sistemas y canales existentes en las empresas puedan servir para dar cumplimiento a las previsiones de la ley, siempre y cuando «se ajusten a los requisitos» en ella establecidos. Se habla, en la norma, de «sistemas internos de comunicación y sus correspondientes canales», pero no se exige su integración ni la configuración de un canal único, lo que hace surgir la duda de si, a pesar de lo que disponen los artículos 5 y 7 citados, puede darse cumplimiento a las previsiones de la ley a través de diversos sistemas y canales ya establecidos. En todo caso, las empresas que adapten canales preexistentes habrán de cuidar que quede claro su ajuste a los requisitos de la ley, como exige la disposición transitoria primera.

Están obligadas a disponer de un sistema interno de información, en los términos de la ley, las empresas de cincuenta o más trabajadores (artículo 10). Ello está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8.3 de la directiva, pero no cabe duda de que la carga económica y burocrática para empresas de reducidas dimensiones puede ser excesiva. Por ello, tanto el legislador europeo (artículo 8.6 de la Directiva) como el español (artículo 12 de la ley) prevén una



especie de sistema interno compartido, mancomunado pudiéramos decir, por el que las empresas de entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores podrán compartir el sistema y los recursos destinados a su gestión, pudiendo corresponder ésta a cualquiera de las empresas mancomunadas o bien optar por su externalización (opción que está abierta a todas las empresas: artículo 6 de la ley). En todo caso, cada empresa está obligada a mantener la confidencialidad de las denuncias, a dar respuesta al denunciante y a tratar la infracción denunciada (artículo 8.6 de la directiva). Esta gestión mancomunada, respecto de la que la ley no contiene mayores especificaciones (como la exigencia de algún criterio para justificarla, como la proximidad geográfica, la pertenencia a un mismo sector de producción o la integración en un clúster) puede ser, bien diseñada, una vía muy interesante de cumplimiento de las obligaciones legales por parte de las empresas de mediana dimensión.

Por último, hay que reseñar la existencia de previsiones específicas para los grupos de empresas (artículo 11 de la ley), en los que la sociedad dominante ha de aprobar una política general relativa al sistema interno de información y asegurar la aplicación de sus principios en todas las sociedades que lo integran, sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada una de ellas. El sistema interno de información podrá ser uno para todo el grupo y su responsable también podrá ser único, aunque deben considerarse aplicables, también en el caso del grupo, las exigencias del artículo 8.6 de la directiva, en el sentido de que cada empresa ha de garantizar la confidencialidad, la respuesta al denunciante y el tratamiento de la infracción denunciada.

En una próxima tribuna abordaremos lo relativo al responsable del canal, a las denuncias anónimas y a las sanciones.



El canal de denuncias interno y su incidencia en las relaciones laborales (II)

En esta segunda entrega sobre la recién estrenada Ley de protección al informante, se analizan los requisitos que la nueva regulación española y la directiva europea establecen respecto a la implantación del canal de denuncias y se ahonda en el modo en que debe ser gestionado por las empresas.

El canal interno de denuncias en las empresas se configura, en principio, como preferente frente a los canales externos y a la revelación pública, lo que determina que el interés, desde el punto de vista de las relaciones laborales, deba centrarse fundamentalmente en él. Bien es verdad que ese carácter preferente no deja de ser relativo y, en la práctica, quedará a la discrecionalidad del denunciante. La directiva europea que lo regula impone a los Estados promover «la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa» (artículo 7.2), pero ello siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva (y ¿quién decide si se puede tratar internamente la infracción (sería mejor decir la denuncia) de manera efectiva?, ¿ha de hacer el denunciante alguna averiguación al respecto?, ¿puede considerar sin más que no existen las condiciones para ello?) y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias. Esta previsión se reproduce en el artículo 4.1 de nuestra ley, por lo que la preferencia del canal interno, no existiendo ningún control de la apreciación que pueda hacer el denunciante del riesgo de represalias, es más teórica que real. En ello incide el artículo 28 de la ley que exige, para recurrir a la revelación pública, que se haya hecho la comunicación primero «por canales internos y externos, o directamente por canales externos». La redacción no es ciertamente afortunada y el uso de la conjunción copulativa «y» no parece adecuado. Pero lo relevante es que se admite el recurso directo a canales externos, sin indicación de preferencia alguna para los internos. Además, se puede recurrir directamente a la revelación pública si el denunciante tiene «motivos razonables para pensar» que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, o bien si existe una situación de emergencia, riesgo de daños irreversibles, de represalias o peligro de ocultación o destrucción de pruebas.

He hablado de canal interno, aunque la rúbrica del título II de la ley es «sistema interno de información», si bien el artículo 7 habla de «canal interno». Con una regulación ciertamente confusa, no se sabe muy bien si lo que se regula es un sistema dentro del cual pueden convivir diversos canales de información. El artículo 7.1 dice que todo canal interno estará integrado



en el sistema interno de información, y el artículo 5.2 b dispone que el sistema interno deberá integrar los distintos canales internos de información. ¿Puede haber distintos canales para el cumplimiento de la ley o se trata de canales previstos para otras denuncias? Por otra parte, el artículo 7.2 habla del canal interno, en singular, y lo regula como si fuese el cauce previsto para las informaciones o denuncias, por lo que no se ve diferencia entre sistema y canal interno.

La cuestión se complica más porque la gestión del sistema interno puede externalizarse (artículos 6 y 12 de la ley). Ahora bien, se aclara que, «a estos efectos» (de encomienda de la gestión a un tercero externo), «se considera gestión del sistema la recepción de informaciones» (artículo 6.1). Parece, pues, limitarse la gestión externa a la recepción de informaciones, aunque el artículo 12 habla de la «gestión y tramitación de las comunicaciones». En todo caso, parece que es responsabilidad de las empresas, aunque la gestión esté externalizada y alcance también a la tramitación de las denuncias (como se afirma expresamente en la directiva europea para los supuestos de gestión «mancomunada»), mantener la confidencialidad, dar respuesta al denunciante y tratar la infracción denunciada (artículo 8.6 de la directiva).

La ley impone la existencia, incluso en los supuestos de externalización (artículo 6.3), de un «responsable del sistema interno de información», que ha de ser en principio persona física (artículo 8.1), aunque puede optarse por un órgano colegiado, en cuyo caso deberá delegar en uno de sus miembros las facultades de gestión del sistema y de tramitación de expedientes de información (artículo 8.2). Como se ve, el rigor jurídico brilla por su ausencia: el artículo 8.2 contempla la posibilidad de que se opte por un órgano colegiado de gestión, cuando la opción no se contempla en absoluto en el artículo 8.1, que solo habla de la designación de la persona física responsable de la gestión. Falta de rigor que se mantiene en la regulación de la figura del responsable del sistema: el artículo 8.5 habla del «Responsable del Sistema persona física o la entidad en quien el órgano colegiado haya delegado sus funciones», cuando la delegación tiene que ser en un miembro del órgano colegiado (persona física, por tanto), no en una «entidad». En todo caso, el responsable o delegado ha de ser un «directivo de la entidad», que ejercerá su cargo con independencia del órgano de administración o de gobierno de la empresa. No se exige que tenga dedicación exclusiva, pero la segunda parte del mismo apartado 5 del artículo 8 parece sugerir lo contrario, ya que «cuando la naturaleza o la dimensión de las actividades de la entidad no justifiquen o permitan la existencia de un directivo Responsable del Sistema, será posible el desempeño ordinario de las funciones del puesto o cargo con las de Responsable del Sistema, tratando en todo caso de evitar posibles situaciones de conflicto de interés». Alambicada y rebuscada manera de decir, al parecer, que el responsable ha de ser un directivo con dedicación exclusiva y, cuando ello no sea posible, podrá ser un trabajador no necesariamente directivo, que podrá compatibilizar la responsabilidad del sistema con el desempeño de su trabajo. Con la duda añadida de cuándo será posible recurrir a esta segunda solución, y quién, y con qué criterios, podrá apreciar la imposibilidad de que sea un directivo (o la justificación de que no sea un directivo).

La ley permite la presentación y posterior tramitación de comunicaciones anónimas a través de los canales internos (artículo 7.3), aunque ello no sea exigido por la directiva, que reconoce



la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades de los sectores privado o público, y a las autoridades competentes, aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones (artículo 6.2). Esta admisión de las denuncias anónimas puede ser muy problemática dada la ampliación, por la ley española, del ámbito de aplicación material de la directiva. La admisión, en el canal de denuncias, de las de infracciones penales y, sobre todo, administrativas graves y muy graves, puede dar lugar a situaciones en las que el anonimato del denunciante vaya en contra de los derechos de defensa de posibles terceros afectados por la denuncia, que pueden existir, si bien siempre que no se trate de conflictos interpersonales o que afecten, exclusivamente, a denunciante y denunciado o denunciados, que están excluidos de la protección de la ley (artículo 35.2,b). La garantía de anonimato, por otra parte, se compadece poco con el consistente sistema protector del denunciante previsto en la ley.

En cuanto al régimen de infracciones y sanciones, hay que tener en cuenta que lo que se tipifican son infracciones de la ley de protección al informante y para ellas están previstas las sanciones. Estas no son aplicables a las eventuales infracciones administrativas o penales denunciadas, que tendrán su propio régimen jurídico. Aun así, hay supuestos problemáticos, como el del artículo 63.1 b de la ley en relación con las represalias derivadas de la denuncia. En el ámbito laboral existe ya la garantía de indemnidad y la prohibición de represalias, y, en mi opinión, el ordenamiento sancionador laboral, más específico, debe prevalecer en todos aquellos supuestos en los que no esté en juego solo el cumplimiento (o incumplimiento) de las previsiones de la ley. Este es otro inconveniente de la ampliación del ámbito de aplicación material de la directiva que lleva a cabo el legislador español.



Las medidas laborales de la Ley 4/2023 y su exigibilidad

Existe una enorme incertidumbre sobre la obligación de contar con protocolos al amparo de la Ley 4/2023. La norma no permite concluir si tal obligación será efectiva a partir del 2 de marzo de 2024 o se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero (BOE de 1 de marzo), tiene como propósito, según sus palabras, garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI en distintos ámbitos sociales, entre ellos el laboral. En relación con este último, su artículo 15, sobre igualdad y no discriminación LGTBI en las empresas, creó una nueva obligación, para las de más de cincuenta trabajadores, en virtud de la cual deben contar con un «conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI».

Del tenor literal de este apartado 1 del artículo 15 se desprende, en primer lugar, que las empresas de más de cincuenta trabajadores deberán contar con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, y ello, se añade, en el plazo máximo de doce meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de la ley (al día siguiente de su publicación en el BOE: disposición final vigésima). Por tanto, a partir del 2 de marzo de 2024, a todas aquellas empresas cuya plantilla exceda del umbral numérico fijado por la Ley 4/2023 les sería, en principio, exigible esta obligación y deberían disponer de esa planificación de medidas y recursos. Diversas voces se han elevado ya, en el debate jurídico, recordando la fecha y la obligación. Y, sin embargo, ni el mandato legal está claro, ni está claro que sea exigible desde la fecha indicada.

Y no está claro porque una primera duda interpretativa surge por la referencia final del propio apartado 1 del artículo 15 a que «el contenido y el alcance de esas medidas se desarrollarán reglamentariamente». Podría defenderse que la norma no condiciona el mandato claro y preciso del primer párrafo del apartado 1 del artículo 15 al desarrollo reglamentario previsto, por lo que la exigibilidad de la obligación de contar con un conjunto planificado de medidas y recursos se condicionaría solamente al transcurso del plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley, y no a que exista el citado desarrollo reglamentario. Ese desarrollo reglamentario concretaría, simplemente, el mandato legislativo y precisaría los términos de su cumplimiento, por lo que, en puridad, no sería preciso para la aplicación del mandato legal. No hay que descartar que esta sea la interpretación que, al menos en un primer momento, sostenga la Administración, y en particular la Inspección de Trabajo, a la hora de controlar el cumplimiento de la ley.



Sin embargo, también puede defenderse que solo con el desarrollo reglamentario el mandato legal resultaría exigible. Repárese en que dicho desarrollo se prevé para fijar el «contenido y alcance» de las medidas. Difícilmente se pueden negociar y establecer medidas cuyo contenido y alcance (que corresponde fijar al poder reglamentario) se desconocen. El desarrollo reglamentario, expresamente reclamado por la ley, parece en este caso necesario para contar con un mínimo de seguridad jurídica. Y estando ese desarrollo reglamentario en manos del Gobierno (que habría tenido ya un año para ello), difícilmente se podría hacer recaer sobre las empresas las consecuencias del incumplimiento del mandato legal que lo exige. Téngase en cuenta que en la ley se dice que el contenido y alcance de las medidas «se desarrollarán», no que puedan desarrollarse.

Y otro argumento importante, en esta línea, es que la diferencia, a este respecto, con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es significativa. En esta ley se regula el concepto y contenido de los planes de igualdad (artículo 46) y no se confía al desarrollo reglamentario la concreción de tales concepto y contenido. Es más, ese desarrollo reglamentario ni siquiera se prevé expresamente, por cuanto no se hace ninguna referencia al mismo en la disposición final tercera de la ley («Habilitaciones reglamentarias»), que concreta los desarrollos reglamentarios requeridos de ella. El cumplimiento de los mandatos legales resultaba, pues, exigible antes de la promulgación del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, que reguló los planes de igualdad y su registro.

Por último, no hay que olvidar que la propia ambigüedad de la norma dificulta, a falta de desarrollo reglamentario, su cumplimiento. No se exige que las empresas dispongan de un plan de igualdad en relación con esas personas, y el único contenido definido y exigible del conjunto planificado de medidas y recursos es que incluyan un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

Por tanto, aunque no debe olvidarse que en la interpretación de la ley por los órganos administrativos y judiciales cabe que se sostenga que el cumplimiento de sus mandatos no pende del desarrollo reglamentario requerido, puede defenderse que, hasta que se produzca dicho desarrollo reglamentario y se concrete el contenido y alcance de las medidas a implantar, las empresas cumplen con las obligaciones directamente derivadas de la ley si disponen de un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

Una última duda. ¿Las medidas de igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas pueden (o deben) ser incluidas en los planes de igualdad que en ellas se adopten, o deben en todo caso ser objeto de una formalización separada? Aunque nada se prevea expresamente al respecto, en la Ley 4/2023 (cuya sistemática es ciertamente mejorable) se indica (artículo 55.3) que «en la elaboración de los planes de igualdad y no discriminación se incluirá expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans». Este mandato, a pesar de la defectuosa sistemática de la ley, parece claro que no está restringido al empleo público ni al ámbito administrativo. La aplicación al empleo público de las previsiones de la ley se recoge en su artículo 11. El conjunto de sus previsiones laborales se aplica al empleo



privado y, en los términos del artículo 11, al público. El artículo 55 se incluye en el título II, referido a las medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans y, dentro de él, en el capítulo II sobre políticas públicas para promover esa igualdad. Se trata de políticas públicas para promover la igualdad en general, no reducidas al sector público. La sección segunda del capítulo, que incluye el artículo 55, se refiere también, en general, a las medidas en el ámbito laboral. Las políticas públicas no están referidas al empleo público exclusivamente sino al ámbito laboral en general, como pone de manifiesto claramente el apartado 2 del artículo 55, referido, sin lugar a duda, al empleo privado. En ese contexto, los dos primeros números del artículo 55 contemplan actuaciones de los poderes públicos (pero referidas al sector privado), y el número 3 se refiere a los planes de igualdad, y no puede interpretarse que sean los planes de igualdad en el sector público, porque las restantes medidas están referidas al sector privado. Eso implicaría que las empresas, en los planes de igualdad, han de incluir expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans. Y si se incluye también a las personas LGTBI, ¿bastaría eso para dar cumplimiento al mandato del artículo 15?

Todo esto recuerda a lo de «la parte contratante de la primera parte», genial hallazgo de Marx (Groucho), al que nuestro legislador le tendría que pagar derechos de autor.



Las indemnizaciones por despido en el contexto europeo

Pese a rumores infundados, el Consejo de Europa aún no ha resuelto la reclamación presentada por UGT contra el sistema de indemnizaciones en España. Estos rumores están creando una enorme confusión y están basados en argumentos muy cuestionables.

Vienen proliferando, últimamente, declaraciones de diverso tipo en torno a la decisión que podría haber adoptado el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa acerca de la reclamación presentada en su día por UGT contra el sistema de indemnizaciones por despido establecido en el ordenamiento español. Filtraciones interesadas, difusión de noticias imprecisas, rumores e invenciones de diverso tipo confluyen en la creación de un estado de opinión que trata de asentar la idea de la inevitabilidad de una modificación normativa de la regulación del despido en España, por cuanto habría sido considerada no ajustada a las exigencias europeas. Esta idea alienta los proyectos gubernamentales (y sindicales) de reforma del régimen jurídico del despido, al margen del diálogo social y con un enésimo desprecio a lo acordado en el mismo (en la última reforma laboral, tan alabada por ser fruto del consenso, tan importante fue lo que se acordó modificar, como lo que se acordó no modificar y, en ese sentido, el endurecimiento de la contratación temporal iba unido al mantenimiento de la normativa de despido).

Se trata de una ceremonia de la confusión en toda regla, lo que aconseja proceder a, al menos, algunas aclaraciones.

En primer lugar, no hay ninguna decisión pública del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Al parecer, el Comité ha elevado su decisión preliminar al Comité de Ministros (del Consejo de Europa, no de la Unión Europea), que deberá proceder a un primer examen no antes de mayo de este año. Fruto de ese examen, el Comité de Ministros podrá formular una recomendación no antes de julio de 2024. Tras dicha recomendación se hará pública la decisión del CEDS, que también podrá publicarse transcurridos cuatro meses desde su elevación al Comité de Ministros (lo que nos llevaría al 29 de julio de 2024).

En segundo lugar, la Carta Social Europea es un Tratado Internacional que establece compromisos para los Estados signatarios de formulación preferentemente genérica, que constituyen criterios que deben orientar su política legislativa y que no tratan de consagrar derechos subjetivos que puedan invocarse individualmente. Vayamos al tema que nos ocupa: el artículo 24 de la Carta indica que se debe garantizar el derecho de los trabajadores a no ser despedidos



sin que existan razones válidas para ello, relacionadas con sus aptitudes o su conducta, «o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa». Y el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una «indemnización adecuada o a otra reparación apropiada». Los tratados internacionales consagran estándares mínimos que deben inspirar las legislaciones y las políticas nacionales, no pretenden fundar una regulación uniforme para los distintos Estados ni prefigurar un régimen jurídico detallado o minucioso que deba imponerse a ellos.

Un mínimo de sensatez exigiría rechazar una reclamación como la planteada contra la normativa española. Pero la sensatez no está de moda, ciertamente. Y el CEDS ha desarrollado una labor «interpretativa» que ha ampliado, sin mandato ni facultades para ello, las exigencias del artículo 24 de la Carta. Así, se ha afirmado que las normativas nacionales, para cumplir con el precepto, deben prever que el juez tenga facultad para exigir la readmisión del trabajador despedido sin causa (sin «razón válida»). Nada dice de ello la Carta Social y ninguno de sus preceptos funda la pretendida exigencia de que se contemple normativamente dicha readmisión e, incluso, que se le otorgue preferencia sobre otros remedios frente a los despidos sin causa. Y nada se dice de la indemnización por despido injustificado, solo que deba ser «adecuada». Y, no se olvide, la reparación se exige en los supuestos de despido sin una razón válida, considerándose razón válida la basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. En puridad, pues, la Carta ni siquiera exige que se indemnicen los despidos objetivos o colectivos.

El CEDS ha sentado el criterio de que la indemnización ha de ser disuasoria y de que debe permitir el íntegro resarcimiento del perjuicio sufrido por el trabajador despedido. Ni una cosa ni otra derivan de la interpretación gramatical del precepto, y la interpretación ampliatoria ni goza de cobertura normativa ni es admisible cuando se trata de estándares de protección contenidos en tratados internacionales. La apreciación de la adecuación de la indemnización debe quedar, en principio, residenciada en los ordenamientos nacionales, que solo en casos extremos podrían ser «censurados», desde este punto de vista, en el marco de la interpretación de la Carta. Aparte de que no debe olvidarse que el CEDS no es un órgano jurisdiccional (hasta 1998 se denominaba «Comité de Expertos Independientes»), ni está integrado por jueces sino por expertos designados por la Asamblea Parlamentaria a propuesta de los Estados signatarios de la Carta. Estos expertos emiten opiniones y el Comité de Ministros, en su caso, formula recomendaciones, en ningún caso decisiones vinculantes (por cierto, el realismo mágico de nuestro país provee de anécdotas curiosas: la experta del CEDS propuesta por el Gobierno español ha sido recusada en relación con este caso por el propio Gobierno español).

Por tanto, que no nos vendan la burra de la necesaria modificación del ordenamiento español para adaptarlo a las «exigencias europeas» o de la Carta Social. Esa modificación debe abordarse internamente, a través del diálogo social y de los procedimientos de creación normativa pertinentes. En los que habrán de afrontarse una serie de cuestiones que distan mucho de tener una respuesta simple. ¿Se quiere cambiar el sistema de compensación del despido injustificado para pasar de una indemnización tasada, como la actual, a una indemnización de los perjuicios efectivamente sufridos? ¿O se quiere simplemente volver al baremo indemnizatorio de 45 días/42 mensualidades? Si se restablece este baremo ¿desaparecerían las exigencias de



reparación del perjuicio sufrido? En un sistema de reparación del perjuicio ¿cabría estimar judicialmente la inexistencia de perjuicio, por ejemplo, en casos de inmediata contratación del trabajador en las mismas o mejores condiciones, o de despidos de trabajadores con el derecho a pensión ya madurado? ¿Lo que se pretende es un mínimo indemnizatorio en todo caso que podría complementarse con la reparación del daño sufrido?

Todas estas cuestiones requieren respuestas meditadas y debatidas en el seno del diálogo social y de los procedimientos de producción normativa. Sin olvidar que todo lo relativo al despido está íntimamente relacionado con la contratación y con la creación de empleo, y que España es de los pocos países en los que la normativa de despido se aplica sin exigir un umbral de trabajadores para excluir a las pequeñas empresas (como sucede en Alemania, donde en las empresas de menos de diez trabajadores rige el Código Civil, que solo exige un preaviso, de duración creciente, para la extinción del contrato, o en Italia, donde el umbral se sitúa en quince trabajadores y, con la previsión de una normativa específica, en otros países como Francia, Portugal o Gran Bretaña), y que, por regla general, nuestras indemnizaciones son sensiblemente superiores a las del resto de los países².



² La sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala Cuarta, de 16 de julio de 2025 (sentencia número 736/2025, recurso número 3993/2024) zanja el debate doctrinal y judicial al respecto, sosteniendo que tanto el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT como el 24 de la Carta Social Europea son normas programáticas, no directamente ejecutables por los tribunales nacionales; que las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales no son vinculantes (y las recomendaciones del Comité de ministros del Consejo de Europa genéricas); y que el ordenamiento interno español (artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores) es plenamente respetuoso de la normativa constitucional e internacional.

Unidad de mercado y negociación colectiva

La última reforma en materia de negociación colectiva pretende dotar de mayor protagonismo a los convenios autonómicos e incluso provinciales. No obstante, no afecta a la prioridad aplicativa de los convenios anteriores en el tiempo ni a las reglas relativas a los convenios de empresa.

Uno de los cometidos de la negociación colectiva sectorial es el de garantizar condiciones de competencia empresarial que eviten la búsqueda de posiciones de ventaja competitiva basadas en los costes laborales. La negociación colectiva sectorial, por ello, debe ir referida al mercado en el que se desarrollan las actividades económicas y complementada por la negociación de empresa; la estructura de la negociación colectiva debería pivotar sobre los convenios sectoriales nacionales y los de empresa. El protagonismo de los convenios provinciales es una herencia del pasado y carece, en la mayor parte de los casos, de lógica económica. La reforma introducida por el Real Decreto-ley (RDL) 2/2024 se mueve, sin embargo, en sentido contrario: atenta contra la unidad de mercado, revaloriza los convenios provinciales y pone en cuestión el papel ordenador de los convenios sectoriales nacionales. De todas formas, las leyes contienen mandatos objetivos, ajenos a la intención de sus promotores, y en atención a ellos deben ser interpretadas. La falta de diálogo social, la ausencia de intervención de los órganos consultivos o la supresión (por la vía, claramente abusiva en este caso, del uso del decreto ley) de la discusión parlamentaria, hacen que la factura técnica de la norma sea muy deficiente y permiten hacer una interpretación correctora no ya de su letra sino de su intención (política).

Lo primero que hay que tener en cuenta es que la modificación introducida *no afecta, para nada, al mandato del artículo 84.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET)*, que consagra la prioridad aplicativa de los convenios anteriores en el tiempo (la regla del *prior in tempore*), y la imposibilidad de su afectación por otros posteriores, que sigue plenamente vigente. Con los matices que puedan derivar de los eventuales acuerdos sobre estructura de la negociación colectiva (artículo 83.2 del ET, al que se refiere el 84.1; no así del 83.3) sigue sin existir en nuestro ordenamiento, tras la reforma del RDL 2/2024, jerarquía entre convenios. El convenio aplicable es el anterior en el tiempo, sea de empresa o sectorial con uno u otro alcance territorial, y sobre él no pueden incidir, durante su vigencia, otros convenios.

La única excepción a la regla del artículo 84.1 es la de su apartado 2 («salvo lo previsto en el apartado siguiente»), que exceptúa la aplicación de la regla general permitiendo que, durante su vigencia, un convenio sectorial pueda ser afectado por un convenio de empresa en las



materias que el propio precepto indica. Por tanto, *los convenios sectoriales que, al amparo de la nueva normativa de los apartados 3 y 4 del artículo 84 puedan celebrarse no quedan excluidos de la aplicación de lo previsto en el artículo 84.2*, pudiendo ser afectados, durante su vigencia, por los convenios de empresa en relación con las materias indicadas.

Los apartados 3 y 4 del artículo 84 no constituyen excepción a lo regulado en el apartado 1 del mismo precepto, ni excluyen la aplicación de lo previsto en su apartado 2.

La regulación de los apartados 3 y 4 del artículo 84 está relacionada con lo previsto en el artículo 83: «no obstante lo establecido en el artículo anterior». Se afirma como pósito de la nueva regulación, *que se añade a la del artículo 83, pero sin modificarla ni alterarla*. El artículo 83 no impide la nueva regulación que se introduce, pero esta ni lo altera ni lo deroga. La formulación es completamente distinta en el apartado 2 del artículo 84 y en el nuevo apartado 3, por lo que no son normas que contengan una regulación equivalente. El 84.2 es excepción al 84.1 y el 84.3 es algo que se añade a lo previsto en el artículo 83, en cuyo marco debe ser interpretado.

Los convenios de empresa no están afectados por la nueva regulación, se siguen rigiendo por las reglas contenidas en el 84.1 y respecto de ellos ha de seguir vigente la doctrina sobre sucesión de convenios y cambios de las unidades de negociación. El propio artículo 84.3 habla de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales de comunidad autónoma sobre los convenios sectoriales o acuerdos de ámbito estatal. Un convenio de empresa vigente y con prioridad aplicativa no podrá ser afectado por convenios ni acuerdos interprofesionales o sectoriales autonómicos concluidos en virtud de lo previsto en el artículo 84.3 en relación con el 83.2 del ET, ni tampoco por convenios provinciales con la prioridad aplicativa del apartado 4 del artículo 84.

El artículo 84.3 permite que se negocien convenios colectivos y acuerdos interprofesionales de comunidad autónoma, que tendrán prioridad aplicativa sobre los convenios sectoriales o acuerdos de ámbito estatal. Son dos figuras distintas, convenios sectoriales y acuerdos interprofesionales, que están contempladas en dos apartados distintos del artículo 83.2 del ET, por lo que deben ser consideradas separadamente.

En primer lugar, pueden negociarse *convenios colectivos (sectoriales) de comunidad autónoma*, que tendrán prioridad aplicativa sobre los de ámbito estatal, siempre que su regulación resulte más favorable para los trabajadores (apreciada en su conjunto, sin la técnica del «espejeo»). Por tanto, se trata de convenios de mejora de los estatales que:

- Han de ser de ámbito de comunidad autónoma (de una sola comunidad autónoma).
- Ha de tratarse de convenios reguladores de condiciones de trabajo y no de la estructura de la negociación colectiva, en relación con la cual no cabe apreciar el carácter más favorable de una u otra regulación.
- En ningún caso pueden resultar afectados los convenios de empresa que gocen de prioridad aplicativa.



- En ningún caso cabe negociar, ni para mejorar, sobre las condiciones expresamente excluidas por el apartado 5 del artículo 84.

Pueden negociarse también *acuerdos interprofesionales* (artículo 84.3 en relación con el 83.2 segundo párrafo) autonómicos, que, si son de estructura de la negociación colectiva, pueden ser de aplicación, como ya lo eran antes, en el ámbito de la correspondiente comunidad autónoma. Pero si existe un acuerdo interprofesional estatal sobre la estructura de la negociación colectiva, no está clara la prioridad aplicativa del acuerdo autonómico. El artículo 84.3 no la establece explícitamente y la regla de que el acuerdo autonómico haya de resultar más favorable para los trabajadores pone de manifiesto que se está pensando en acuerdos reguladores de condiciones de trabajo, no de estructura de la negociación colectiva. Por tanto, *puede defenderse que los acuerdos interprofesionales estatales sobre estructura de la negociación colectiva no resultan afectados y los acuerdos interprofesionales autonómicos no gozan de prioridad aplicativa frente a ellos.*

¿Qué sentido tendría, entonces, la mención a los acuerdos interprofesionales del nuevo apartado 3 del artículo 84? Probablemente el único sentido viene dado por su conexión con el apartado 4: los acuerdos interprofesionales autonómicos, de estructura de la negociación colectiva podrán establecer la prioridad aplicativa de los convenios provinciales (de la correspondiente comunidad autónoma) sobre los convenios sectoriales estatales (o supraprovinciales), siempre que su regulación resulte más favorable para los trabajadores. Y ello, aunque nada prevea al respecto el acuerdo interprofesional estatal que pudiera existir. *La estructura de la negociación colectiva fijada por un acuerdo interprofesional estatal no puede, por tanto, ser alterada por un acuerdo interprofesional autonómico, con la salvedad de que este pueda consagrar la prioridad aplicativa de los convenios provinciales, en los términos del apartado 4 del artículo 84.*

En principio, los acuerdos sobre materias concretas (artículo 83.3) podrían considerarse excluidos de las nuevas reglas de prioridad aplicativa del artículo 84.3. Este se refiere expresamente a los «acuerdos interprofesionales de comunidad autónoma», que son los contemplados en el artículo 83.2 ET. Los acuerdos sobre materias concretas del 83.3 son distinguidos por el legislador de los acuerdos interprofesionales: «Estos acuerdos, (sobre materias concretas), así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 (...)». Así pues, estamos en presencia de dos figuras distintas: acuerdos interprofesionales (artículo 83.2) y acuerdos sobre materias concretas (artículo 83.3). El nuevo artículo 84.3 hace referencia a los acuerdos interprofesionales y no a los acuerdos sobre materias concretas. Y en el apartado 4 se hace referencia a los acuerdos interprofesionales suscritos «de acuerdo con el artículo 83.2». Por tanto, *el artículo 83.3 no ha resultado afectado por la nueva regulación, y respecto de los acuerdos sobre materias concretas, que pueden ser estatales o autonómicos, no juega la regla de la prioridad aplicativa de los acuerdos autonómicos.*

Por último, los *convenios provinciales «con cobertura autonómica»*, cuando así lo prevean acuerdos interprofesionales de la correspondiente comunidad autónoma, tendrán prioridad aplicativa sobre los convenios sectoriales estatales, siempre que resulten más favorables para



los trabajadores. La referencia a los «acuerdos estatales» es incorrecta y probablemente sobra, pero, en todo caso, ha de venir referida a acuerdos estatales de fijación de condiciones de trabajo que no sean los acuerdos sobre materias concretas del artículo 83.3 del ET, por las razones que ya hemos indicado.

Esta prioridad aplicativa de los convenios provinciales no alcanza a los convenios de empresa, por las razones ya expuestas, y por la propia restricción de la formulación general del artículo 84.3 a los convenios sectoriales, a cuya luz hay que interpretar las posteriores referencias a los convenios. Además, la referencia expresa del apartado 4 del artículo 84 al artículo 83.2 del ET, nos sitúa en el ámbito de esta norma y deja al margen los acuerdos sobre materias concretas del artículo 83.3 que, como ya hemos indicado, no están afectados por la prioridad aplicativa de los convenios y acuerdos autonómicos que introduce la nueva regulación de los apartados 3 y 4 del artículo 84.



La aplicación en las empresas de la Ley de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres

Esta norma tiene un alcance más amplio que la directiva europea, ampliando una vez más sus mandatos, y su regulación genera múltiples dudas interpretativas también en el ámbito laboral.

La aplicación en las empresas de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 2/2024 de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres suscita no pocas reflexiones e interrogantes. La labor del intérprete será nuevamente requerida, con un grado de intensidad superior al deseable, para precisar el sentido y el alcance de los mandatos legislativos. La ley modifica la normativa electoral y la aplicable a órganos constitucionales y de relevancia constitucional (entre los que no se incluye, sorpresivamente, el Consejo Económico y Social), amén de al Gobierno y al sector público en general, y afecta a otras instituciones (colegios profesionales, radio televisión pública, sindicatos y asociaciones empresariales, consejos de estudiantes universitarios, fundaciones, organizaciones del tercer sector y de la economía social), pero, sin duda, va a tener particular incidencia en las empresas, y en relación con las normas de aplicación a ellas se suscitan algunas de las dudas interpretativas más relevantes.

El capítulo V de la ley procede, al respecto, a la transposición de la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas. Lo primero que llama la atención es que, una vez más, el legislador español no se limita a transponer los mandatos de la directiva, sino que los amplía considerablemente. Parece que la normativa europea nunca fue bastante y que las empresas españolas deban soportar un plus de exigencias sociales en relación con sus competidoras europeas. No se sabe qué oscuros complejos llevan sistemáticamente a nuestro legislador a aumentar, para nuestras empresas, las ya de por sí considerables exigencias de la normativa comunitaria. Así, destaca, ante todo, el ámbito de aplicación distinto que tienen ley y directiva: esta se aplica exclusivamente a las sociedades cotizadas (como reconoce, expresamente, el preámbulo de la ley), con exclusión expresa de las microempresas y pymes (aunque sean cotizadas, hay que entender). La ley española se aplica no solo a las empresas cotizadas sino también a las llamadas entidades de interés público que no sean microempresas ni pymes (en los términos de la directiva comunitaria: o sea, que empleen a más de 250 trabajadores y que tengan un volumen de negocios superior a 50 millones de euros o un balance anual total superior a 43 millones).



Por otro lado, la directiva, para asegurar el «equilibrio de género en los consejos de administración», ofrece una alternativa: que los miembros del sexo menos representado ocupen, como mínimo, el 40% de los puestos de administrador no ejecutivo; o bien que los miembros del sexo menos representado ocupen, como mínimo, el 33% del total de puestos de administrador, incluidos los de administrador tanto ejecutivo como no ejecutivo. El legislador español prescinde de esta alternativa y de la distinción entre administradores ejecutivos y no ejecutivos, y exige directamente la presencia, como mínimo, en el consejo de administración, de un 40% de personas del sexo menos representado.

Junto a ello, la ley impone a las sociedades cotizadas (y a las entidades de interés público referidas) el deber de «velar» para que la «alta dirección tenga una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un cuarenta por ciento de personas del sexo menos representado» (si bien, en este caso, se recurre al principio de «cumpla o explique», y si no se alcanza el porcentaje las empresas deberán proporcionar una explicación de los motivos de ello y de las medidas adoptadas para alcanzar el porcentaje «en el ejercicio económico inmediatamente posterior y sucesivos»). La referencia a la «alta dirección» no figura tampoco en la directiva, y suscita relevantes dudas interpretativas. Puede pensarse que dicha referencia se hace a los contratos de alta dirección, por lo que sería el personal con tal tipo de contrato el que se vería afectado por la regla de paridad. A ello parece conducir la expresión del preámbulo de la ley: «no se debe olvidar el papel central que pueden jugar los puestos de alta dirección que no tienen el carácter de miembros del consejo de administración»; «por ello, se establece también un principio de presencia equilibrada en dichos puestos de alta dirección». Ciertamente, el legislador podría haber hecho referencia a los contratos de alta dirección, para evitar dudas interpretativas, pero en todo caso parece claro que se está refiriendo a altos directivos (personal de alta dirección) que no formen parte del consejo de administración (el preámbulo hace referencia, incorrectamente, a los «puestos» que no tienen el carácter de miembros del consejo, pero miembros del consejo son los directivos, no los puestos). Esto es, si los altos directivos son consejeros, están afectados por la regla de paridad en la composición del consejo. Y esta regla de paridad rige también (con la modalidad de cumplir o explicar) para el conjunto de la alta dirección sin presencia en el consejo.

Ahora bien, el texto de la disposición transitoria primera, apartado 5, segundo párrafo, de la ley, viene a complicar algo las cosas y a agudizar las dudas interpretativas. Dispone la norma que las modificaciones previstas en la nueva disposición adicional decimosexta de la Ley de Sociedades de Capital (que es la que impone la aplicación de la representación equilibrada a las entidades de interés público) «se aplicarán gradualmente respecto de los Consejos de Administración y alta dirección». Repárese en que no se dice, como en el apartado 8 del nuevo artículo 529 bis de la Ley de Sociedades de Capital, «la alta dirección». Si aquí se dijera «los Consejos de Administración y la alta dirección», no surgirían dudas interpretativas. Pero al suprimir la partícula «la», gramaticalmente puede entenderse que se está hablando de los consejos de administración y de los *consejos* de alta dirección. A lo que contribuye el resto del precepto, cuando se refiere a los porcentajes «en dichos órganos». Obviamente, un órgano es un consejo de dirección, pero la alta dirección, o los altos directivos, no constituyen de por sí órgano



de ningún tipo. Todo esto da pie para sostener que la regla de paridad se aplica en los consejos de administración y en otros consejos u órganos de dirección (un comité de dirección, por ejemplo, cuyos miembros, además, no tienen por qué ser personal de alta dirección), pero no afectaría al personal de alta dirección que no forme parte del consejo de administración ni de otros órganos de dirección. Aunque esta disposición transitoria está exclusivamente referida a las entidades de interés público, hace surgir la duda interpretativa, fomentada, además, por el hecho de que el legislador no haya hecho referencia explícita a los contratos de alta dirección (aunque en el preámbulo sí la haga a los «puestos» de alta dirección). Y reforzada por el hecho también de que la directiva no contiene referencia alguna al personal de alta dirección.



Sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores, a propósito de la reciente sentencia del TJUE

La justicia europea declara aplicable la Directiva sobre empresas de trabajo temporal (ETT) cuando exista cesión ilegal de mano de obra incluso si la empresa cedente no está constituida como ETT.

La reciente sentencia de la Sala Séptima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), del pasado 24 de octubre (Asunto C-441/23), sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores, ha provocado algunas interpretaciones precipitadas y alarmistas. Algunos han creído ver en ella un cuestionamiento de los contratos de prestación de servicios entre empresas, que quedarían equiparados a los supuestos de cesión de mano de obra a través de empresas de trabajo temporal, con la consiguiente aplicación de las exigencias de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, y de la normativa nacional (Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal), y en particular del principio de igualdad en cuanto a las condiciones esenciales de trabajo (no solo retributivas).

Nada más lejos de la realidad. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid era probablemente innecesaria y estuvo incorrectamente planteada. Prueba de ello es que dos de las cuestiones elevadas al TJUE, y que eran fundamentales para la resolución del litigio planteado, ni siquiera superaron el test de pertinencia (a pesar de la presunción de pertinencia de que, como recuerda el apartado 74 de la sentencia, gozan los planteamientos de cuestiones prejudiciales), por lo que no fueron consideradas ni respondidas por el tribunal. En el litigio planteado ante los tribunales españoles, la cuestión fundamental era la de decidir si se daban los supuestos de hecho de una lícita prestación de servicios entre empresas o los de una cesión ilegal de trabajadores, con las consecuencias correspondientes en uno y otro caso. Es una pura cuestión de hecho, como resalta el TJUE, que es competencia de los tribunales nacionales y que encuentra las respuestas normativas adecuadas en el ordenamiento español, sin necesidad de plantear interpretación alguna de las normas europeas aplicables. Como afirma el TJUE (apartado 50 de la sentencia), «incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si un trabajador ejerce sus funciones bajo la dirección y el control de una empresa usuaria o del empleador que lo contrató y que celebró un contrato de prestación de servicios con esta última». Esto es, como indicábamos, si estamos ante un contrato de prestación de servicios entre empresas o ante una cesión de trabajadores (que, al no ser realizada



por una ETT, deviene en cesión ilegal, con aplicación en este caso de las previsiones al respecto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores -ET-). En el fondo, lo que plantea el TSJ de Madrid es si, comprobada la cesión de trabajadores, la normativa de empresas de trabajo temporal debe aplicarse, aunque la empresa cedente no sea una ETT, por no estar constituida como tal o por no gozar de la preceptiva autorización administrativa. Sin reparar en que, en este caso, el artículo 43 del ET da suficiente respuesta a la duda interpretativa planteada.

En efecto, lo fundamental de la sentencia es que considera que la normativa (europea y nacional) relativa a la actividad de las empresas de trabajo temporal (ETT), debe ser de aplicación siempre que se dé el supuesto de hecho que caracteriza la figura y la actividad de las ETT. Y ello, con independencia de que la empresa que cede al trabajador a otra esté formalmente constituida como ETT o que disponga, en su caso, de la autorización administrativa que el derecho nacional exija para actuar como tal. Como indica el fallo, la Directiva «se aplica a toda persona física o jurídica que celebre un contrato de empleo o que establezca una relación de empleo con un trabajador, con vistas a destinarlo a una empresa usuaria para que trabaje en ella temporalmente bajo la dirección y el control de esta, y que ponga a ese trabajador a disposición de dicha empresa, aun cuando esa persona no esté reconocida por la legislación interna como empresa de trabajo temporal por no disponer de una autorización administrativa como tal».

Siempre que estemos ante una empresa que contrate trabajadores para cederlos temporalmente a otra, bajo el control y dirección de esta última, estaremos ante una empresa de trabajo temporal y será de aplicación la normativa correspondiente. Lo fundamental es comprobar que la relación de empleo de los trabajadores con la empresa cedente no sea «sustancialmente diferente de la que los vincularía a una empresa que hubiera obtenido la autorización administrativa previa exigida en virtud del Derecho nacional» (apartado 42 de la sentencia). Es decir, comprobar si existe una cesión ilegal de trabajadores.

Por tanto, lo que viene a decir el TJUE es que estamos ante una cuestión de hecho: deben distinguirse las prestaciones de servicios entre empresas, plenamente legítimas, de las cesiones de trabajadores a otras empresas, para la prestación de su actividad bajo la dirección y control de estas (apartados 52 y 53).

La cuestión, pues, estará en delimitar si estamos ante una prestación de servicios entre empresas o ante una cesión de trabajadores. Y ello es competencia de los tribunales nacionales. El TJUE lo que aclara es que, si se llega a la conclusión de que existe cesión de trabajadores, la normativa sobre ETT es aplicable, aunque la empresa cedente no esté formalmente constituida como ETT o no disponga de la autorización administrativa que los ordenamientos nacionales pueden exigir.

Lo que hay que decidir, pues, es si estamos en presencia de una cesión de mano de obra o de una prestación de servicios entre empresas. Y el elemento fáctico fundamental para ello es determinar dónde reside la dirección y control de la actividad laboral. En el caso de cesión de trabajadores, la dirección y control de su actividad laboral corresponde a la empresa usuaria o



cesionaria. En el caso de prestación de servicios entre empresas, se mantiene en la empresa prestadora del servicio. Los supuestos de prestación de servicios entre empresas siguen siendo plenamente lícitos y no pueden equipararse a la cesión de trabajadores. Como recuerda el TJUE, «no basta con que una empresa ponga a alguno de sus trabajadores, o puntualmente a una parte de sus trabajadores, a disposición de otra empresa. En efecto, tales situaciones equivalen a prestaciones de servicios de una empresa a otra y no a prestaciones de trabajo realizadas por trabajadores cedidos» (apartado 52).

Es, insistimos, una cuestión de hecho que debe apreciarse en cada caso concreto «en función del conjunto de elementos y circunstancias que caracterizan a las relaciones existentes entre las partes», y debe apreciarse por los órganos jurisdiccionales nacionales. El TJUE recuerda que, en el caso de cesión, los trabajadores se encuentran «bajo la dirección y control» de la empresa usuaria, que les impone las prestaciones que deben realizar, la manera de llevarlas a cabo y la observancia de sus instrucciones y normas internas, y ejerce vigilancia y control sobre el modo en que los trabajadores desempeñan sus funciones (apartado 62).

Y, si lo que existe es cesión de mano de obra, esta solo será legal, en nuestro ordenamiento, a través de una ETT, en las condiciones y con las consecuencias reguladas para ello. Si se realiza a través de una empresa cedente de mano de obra (aunque pretendidamente prestadora de servicios a otras empresas), no constituida como ETT, se tratará de una cesión ilegal, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 43 ET. La novedad, relativa (porque ello ya podría sostenerse con una interpretación razonable del artículo 43 del ET) de la sentencia del TJUE es que declara que, en este último caso, la normativa referida a las ETT y a su actividad es también aplicable, debiendo garantizarse la igualdad de las condiciones esenciales de trabajo aplicables a los trabajadores cedidos en relación con las vigentes en la empresa usuaria.



Reducción de jornada y negociación colectiva

Las previsiones sobre la duración máxima de la jornada podrían ser contrarias al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva del artículo 37 de la Constitución española, al regularse más que la duración máxima la duración efectiva de la jornada.

El Anteproyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión, recientemente presentado y sometido a consulta, modifica, por el apartado 3 de su artículo primero, el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores, que pasaría a decir lo siguiente en su segundo párrafo: «La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual».

Esta regulación, aunque se refiere expresamente a la *duración máxima*, en realidad está tratando de incidir sobre la *duración efectiva* de la jornada de trabajo. Esta distinción es importante, y se refleja tácitamente en el propio artículo 34.1 del ET, cuyo primer párrafo se refiere, sin nombrarla así, a la duración efectiva de trabajo, mientras que el segundo hace referencia a su duración máxima. En un sistema de libertad de negociación colectiva (máxime si el derecho a la negociación viene consagrado constitucionalmente), cualquier intento de regulación legal de la duración efectiva de la jornada de trabajo invade el ámbito propio, protegido, del derecho a la negociación colectiva y debe considerarse lesivo del mismo y, en su caso, inconstitucional.

En efecto, el artículo 37 de nuestro texto constitucional reconoce el derecho a la negociación colectiva, ordenando al legislador garantizarla y asegurar la fuerza vinculante de los convenios. Solo por ley puede regularse este derecho y la ley habrá de respetar su *contenido esencial* (artículo 53.1 de la Constitución española).

Cualquier regulación normativa que afecte al derecho a la negociación colectiva habrá de respetar, pues, su contenido esencial. Lo cual implica que, en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en los que se consagra el derecho a la negociación colectiva en el texto constitucional, el legislador ha de limitar sus intervenciones de tal forma que no afecten al contenido esencial del derecho. La intervención legislativa queda así limitada y siempre debe quedar salvaguardado el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

¿Cuál es ese contenido esencial? Históricamente, la negociación colectiva surge como un sistema de fijación colectiva de las condiciones de trabajo, para evitar el desequilibrio de fuerzas



entre los contratantes si dicha fijación se realiza mediante negociaciones individuales. Y en la determinación de las condiciones de trabajo existe un contenido esencial: la fijación del precio del trabajo, estableciendo los elementos clave del intercambio contractual, que no son otros que la retribución y el tiempo de trabajo. Así, con independencia de la progresiva ampliación de las materias negociadas, que se han ido introduciendo cada vez más en el ámbito de las relaciones de trabajo (la organización del trabajo), lo esencial de la negociación colectiva, lo que marca el contenido esencial del derecho a la misma, es la determinación del intercambio contractual entre trabajo (tiempo de trabajo) y salario. La intervención legislativa en estas materias está, pues, severamente limitada, y no puede afectar al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva ni vaciar dicho contenido.

Eso significa que el legislador puede, legítimamente, fijar un salario mínimo, pero no puede pretender una fijación de salarios efectivos en sectores o empresas. Si en la determinación de salarios el legislador sustituye de alguna manera a los titulares del derecho a la negociación colectiva, estaría lesionando este derecho y vulnerando su protección o garantía constitucional. Y, en lo que ahora nos interesa, el legislador puede limitar la duración del tiempo de trabajo, estableciendo una jornada máxima que limite la libertad colectiva, e individual, de fijación de la duración efectiva del trabajo pactado («comprado», pudiéramos decir, por la empresa, a cambio de la correspondiente retribución), pero no puede incidir en esa fijación convencional de la jornada efectiva tratando de imponerle un determinado resultado.

Por tanto, la jornada máxima legal tiene que ser, para que sea aceptable constitucionalmente, verdaderamente máxima, de tal forma que cuanto más se acerque a la jornada efectiva de trabajo, a la jornada efectivamente pactada, más discutible será su encaje constitucional. Basta un análisis estadístico de las jornadas pactadas en la negociación colectiva, para comprender que, con este anteproyecto, el legislador no está tratando de fijar un máximo que actúe como límite infranqueable para la autonomía colectiva e individual, sino tratando, en realidad, de fijar la jornada efectiva de trabajo (compatible con su ulterior reducción por los negociadores).

Este intento de incidir en la jornada de trabajo efectivamente desarrollada, y no tanto en su duración máxima en sentido estricto, se confirma por la propia letra del anteproyecto. Basta leer su disposición adicional segunda para comprender lo que estamos argumentando: se dispone en ella que el Gobierno procederá a crear una mesa de diálogo social con los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas para, aparte de evaluar los resultados de esta reforma, *seguir avanzando en la reducción de la duración máxima de la jornada legal ordinaria de trabajo, teniendo en cuenta las características de los distintos sectores de actividad, la evolución de la productividad y las circunstancias económicas*. Resulta evidente que se está confundiendo jornada máxima con jornada efectiva de trabajo y que, con independencia de la intromisión del Gobierno en un proceso de diálogo social que debería ser exclusivamente bipartito, se está pretendiendo «dirigir» el proceso de negociación colectiva e imponer el sentido de su desarrollo a los titulares del derecho a la misma, constitucionalmente consagrado. Con independencia de las ambigüedades de la norma («seguir avanzando»; ¿hasta dónde?), parece claro que lo que se pretende es el acomodo progresivo de la duración efectiva del



tiempo de trabajo a los designios legislativos o gubernamentales, prescindiendo del protagonismo que debe corresponder en esta materia a la negociación colectiva, «invadiendo» su ámbito específico y lesionando la garantía de su contenido esencial. Y todo ello lo confirma la lectura de la disposición transitoria primera del anteproyecto, que pone claramente de manifiesto que nos movemos en el terreno de la jornada efectiva de trabajo y no de la jornada máxima. Se está pretendiendo, con la cobertura formal de la fijación de una jornada máxima, imponer a los negociadores la duración de la jornada efectiva de trabajo que, sin más que el establecimiento de unos máximos razonables, deberían ellos poder fijar libremente. ¿Qué queda del derecho a la negociación colectiva si la intervención legislativa lleva la duración de la jornada máxima de trabajo a las lindes de la jornada efectivamente pactada?

Por tanto, la regulación del artículo Primero Tres del anteproyecto, así como la de su disposición adicional segunda y de la transitoria primera, debe considerarse inconstitucional por cuanto no respeta el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y vulnera, por ello, el mandato del artículo 37 de la Constitución española.



Formalidades del despido y audiencia previa

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha generado un panorama de elevada inseguridad jurídica en relación con el trámite de audiencia previa en los despidos disciplinarios que aparece rodeado de numerosos interrogantes jurídicos.

Aborda el Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 18 de noviembre de 2024 (1250/2024), para unificación de doctrina, la cuestión de si, por aplicación del artículo 7 del Convenio n.º 158 de la OIT, ratificado por España, el despido disciplinario del trabajador exige, como requisito formal, que se le dé audiencia previa a la adopción por la empresa de la decisión de despedir.

En realidad, se plantean dos cuestiones distintas. La primera, relativa a si el ordenamiento español da cumplimiento, o no, a la exigencia contenida en el artículo 7 del Convenio n.º 158 de la OIT. La segunda, referente a la posibilidad de aplicación directa, por los tribunales españoles, de la citada exigencia, si se considera que la respuesta a la anterior cuestión debe ser negativa. La doctrina unificada del Tribunal Supremo cambia, radicalmente, la previamente mantenida. Esta era clara: la norma del artículo 7 «debe ser entendida en razón a la finalidad que persigue, consistente en garantizar la posibilidad real de defensa del trabajador despedido» y «dicha garantía queda cubierta con el sistema formal que establece el artículo 55 número 1 del Estatuto de los Trabajadores». Por ello, consideraba que la inexistencia del trámite de audiencia previa no constituía infracción alguna de las exigencias formales del despido ni de las garantías que persiguen, «por darse cumplimiento a dichas garantías a través del sistema que dispone el artículo 55.1 ET».

El TS venía también sosteniendo que el citado artículo 7 «no es de aplicación directa», al exigir el desarrollo legislativo. Ese artículo debe relacionarse con el 1 del propio convenio, que reconoce «con carácter general la naturaleza no ejecutiva de sus normas, las cuales solo por vía de excepción y de acuerdo con la práctica nacional, podrán ser aplicadas sin esa mediación normativa del derecho interno». Para el TS, el artículo 7 no podía entenderse comprendido dentro de esa excepción, no estando autorizada una acción judicial de desarrollo normativo de una disposición internacional, ignorando las diversas posibilidades para ese desarrollo y el amplio sistema de excepciones, no solo subjetivas, sino, sobre todo, objetivas, que pueden concurrir en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia.

A pesar de esta clara doctrina, el TS pasa a considerar que la audiencia previa del trabajador despedido es algo que se añade a sus posibilidades de recurrir el despido, sin que pueda considerarse «absorbido» por estas. El artículo 7 del Convenio n.º 158 de la OIT «impone un derecho



de audiencia del trabajador previa a la extinción por despido disciplinario que pueda adoptar el empleador y ello es exigible y debe ser cumplido». Y la audiencia previa no puede entenderse garantizada, ni puede confundirse, con la posibilidad de recurso. «Son momentos diferentes los de audiencia del trabajador previa a serle notificado el despido disciplinario y las acciones que, con posterioridad, se deban desarrollar en impugnación de la medida extintiva adoptada por el empresario». La existencia de posibilidades de recurso contra el despido no elimina la exigencia de audiencia previa a su adopción. Y un «criterio de equidad», por último, exige también esa audiencia previa.

Sentado todo ello, es preciso dar respuesta al otro interrogante: si el ordenamiento español no garantiza el cumplimiento del requisito formal de audiencia previa del trabajador en los supuestos de despido disciplinario, ¿pueden los tribunales dar aplicación directa al mandato del artículo 7 del Convenio n.º 158 de la OIT? El TS afirma que «procede su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable de forma automática, sin precisar de normas de ejecución que deban dictarse por España, ya que están suficiente y debidamente acotados sus términos».

Estando en presencia de un cambio radical de criterio, resulta obligada su justificación, a la que procede la sentencia, si bien con argumentos ciertamente poco consistentes.

En primer lugar, se hace referencia a la aprobación, tras las sentencias que contenían la doctrina precedente, de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre), que proclama, en su artículo 23.3, que los tratados internacionales válidamente celebrados pasan a formar parte del ordenamiento jurídico español tras su publicación oficial. Pero no se ve qué innova al respecto esta ley teniendo en cuenta que ya el artículo 96.1 de la Constitución proclama que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». La apelación a la Ley 25/2014 no es suficiente para fundamentar un cambio de criterio.

En segundo lugar, se alude al control de convencionalidad, que ha adquirido «carta de naturaleza» en la última «media docena de años». Pero si al amparo de ese control de convencionalidad podrán realizarse operaciones (discutibles) de desplazamiento del derecho interno por su pretendido contraste con normas internacionales o europeas, en ningún caso parece que, de por sí, pueda convertirse en la razón o fundamento de un cambio drástico de criterio interpretativo.

En tercer lugar, se hace referencia a la supresión de los salarios de tramitación, que «ha privado de virtualidad a las teorías sobre terminación del contrato solo cuando se dictaba el auto poniendo fin a la relación laboral». Sin embargo, la eficacia extintiva del acto de despido había sido ya sostenida en la doctrina científica y judicial antes de la supresión de los salarios de tramitación, por lo que no parece que esta supresión sea, tampoco, motivo suficiente para un cambio de doctrina.

En cuarto lugar, se hace referencia a la eliminación del despido nulo por deficiencias formales, que no se ve realmente qué relación guarda con el tema.



Y, por último, se afirma que «la ausencia de una cláusula de mayor favorabilidad global de la regulación interna respecto de las garantías luce ahora con mayor relevancia». Tampoco se acierta a comprender por qué pueda ser este un argumento para el cambio de doctrina.

Esta debilidad de las razones que pueden fundamentar un cambio de criterio hubiera aconsejado una decisión judicial más matizada que compeliere al legislador a una modificación normativa que asegurase el respeto de la nueva interpretación de las exigencias del artículo 7. El pasar, directamente, a exigir que en los despidos disciplinarios exista un trámite de audiencia previa, incurriendo probablemente en un exceso del control de convencionalidad (el tribunal se cura en salud, afirmando que no estamos ante una derogación de la norma interna, sino ante su mera inaplicación al caso concreto, lo que evidentemente no es cierto porque se sostiene la necesidad del nuevo trámite para todo despido disciplinario), genera una situación de incertidumbre jurídica que debería ser afrontada por una intervención legislativa que revise nuestro régimen jurídico del despido disciplinario.

Mientras tanto, algunas certezas y muchas incertidumbres:

- La audiencia previa se exige en los despidos disciplinarios, no en los supuestos de despidos objetivos ni colectivos.
- La exigencia no va más allá de que se dé «la oportunidad al trabajador de ser oído, lo que no requiere de mayor precisión».
- La audiencia será sobre los «hechos» imputados por el empresario, por lo que no ha de extenderse a la calificación jurídica de tales hechos ni a su encaje en las previsiones legales o convencionales relativas a las causas de despido.
- A pesar de la afirmación del tribunal de que la exigencia de audiencia previa no requiere de mayor precisión, surgen numerosos interrogantes: ¿la aceptación por el trabajador de los hechos imputados debería impedir su posterior negación de esos mismos hechos en caso de recurso judicial contra el despido?, ¿la no refutación de los hechos imputados equivaldría a su aceptación?, ¿puede alegar el trabajador, ante los tribunales, circunstancias distintas de las tenidas en cuenta en el trámite de audiencia?, ¿podrían tener valor ante los tribunales los hechos reconocidos por el trabajador, aunque hubiesen sido obtenidos de manera ilegal?, ¿qué valor han de tener para los tribunales las argumentaciones jurídicas que se hayan sostenido en el trámite de audiencia?
- Y ¿puede el empresario imponer al trabajador una suspensión cautelar de empleo y sueldo en la pendencia del trámite?

Como se ve, se ha generado un panorama de elevada inseguridad jurídica, en el que habrá de respetarse, en los despidos disciplinarios, un trámite de audiencia previa del trabajador despedido, que exige solamente que sea oído (salvo circunstancias excepcionales) pero que aparece rodeado de numerosos interrogantes jurídicos.



La declaración de incapacidad permanente y su incidencia en el contrato de trabajo

La Ley 2/2025 trata de acomodar la normativa española a los planteamientos internacionales y europeos de protección de las situaciones de discapacidad en el ámbito laboral, si bien el resultado da lugar a múltiples dudas interpretativas.

La aprobación de la Ley 2/2025, de 29 de abril, que modifica el Estatuto de los Trabajadores (ET) y la Ley General de Seguridad Social, supone un loable intento de acomodación de la normativa española a los planteamientos internacionales y europeos de protección de las situaciones de discapacidad en el ámbito laboral. En particular, el legislador español atiende a lo señalado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 18 de enero de 2024 (asunto C- 631/22), en cuanto a la incidencia que la declaración de incapacidad permanente pueda tener sobre el contrato de trabajo y sobre su posible extinción.

Ese loable intento, sin embargo, se ve enturbiado por una regulación ante la que la claridad normativa y la certidumbre de las situaciones jurídicas derivadas de la aplicación de la norma parecen objetivos inalcanzables. Nuevamente, la exégesis de la ley nos conduce a un cúmulo de problemas interpretativos que nos hacen añorar un control más riguroso de la calidad de la producción legislativa. Veamos.

El nuevo artículo 48.2 del ET, ante todo, regula dos supuestos distintos. El primero, el de la declaración de incapacidad permanente del trabajador con previsión de revisión por mejoría «que permita su reincorporación al puesto de trabajo». En este caso, subsiste la suspensión precedente de la relación laboral durante un periodo de dos años (desde la fecha de la resolución que declare la incapacidad permanente). El segundo, aunque el legislador no se expresa con la necesaria claridad, el de la declaración de incapacidad sin perspectiva de mejoría. En este caso, también (y la expresión es indicativa de que estamos ante supuestos distintos) se mantiene la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto, en el caso de que el trabajador, en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución, manifieste su voluntad de mantener la relación laboral y ello haga que haya que proceder a los trámites previstos en el nuevo apartado n) del artículo 49.1 del ET.

Y aquí comienzan ya los problemas interpretativos: ¿puede el trabajador que haya recibido la declaración de incapacidad permanente con perspectiva de mejora proceder en los mismos



términos previstos para cuando no se manifiesta dicha perspectiva de mejora, manifestando en el plazo de diez días su voluntad de mantener la relación laboral? ¿Han de ponerse en marcha, en dicho supuesto, las previsiones del apartado 1.n) del artículo 49? O, por el contrario, no indicando nada el legislador ¿la suspensión de dos años sería obligada y solo a su terminación entrarían en juego las citadas previsiones? No parece lógico que, en caso de incapacidad permanente sin perspectiva de mejora, el trabajador pueda instar la adaptación del puesto de trabajo o el cambio a otro, y deba aquietarse durante dos años a la suspensión del contrato de trabajo cuando hay perspectiva de mejora. En todo caso, si se insta por el trabajador la adaptación o cambio de puesto de trabajo, lo que no parece es que la imposibilidad del cambio o el coste excesivo de la adaptación permitan la extinción de la relación laboral, en los términos del artículo 49.1.n), quinto párrafo del ET, antes del transcurso del periodo de dos años fijado para la posibilidad de mejora.

Por otra parte, tampoco aclara la ley qué sucede si transcurre el periodo de dos años y la perspectiva de mejora no se confirma. ¿Cabe la extinción de la relación laboral, fundamentada en que la redacción del artículo 49.1.n) salva la regulación del 48.2 («sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2»), o ello nos llevaría necesariamente al supuesto del artículo 49.1.n), abriéndose el plazo de diez días para expresar la voluntad de mantener la relación laboral desde la notificación de la resolución que descarte la mejoría y confirme el carácter definitivo de la incapacidad? Esta última parece la solución más razonable, pero, desde luego, no está expresamente contemplada en la ley.

En cuanto a los trámites del artículo 49.1.n) del ET, lo primero que surge es la duda de si el legislador ha establecido una secuencia determinada, que habría que respetar, o si la opción por una u otra de las posibilidades contempladas está abierta. En el primer caso, habría que proceder a los ajustes razonables del puesto de trabajo para que pueda seguir siendo desempeñado por el trabajador. Solo cuando esos ajustes no resulten posibles o constituyan una carga excesiva, podría considerarse la existencia de un puesto vacante y disponible, acorde con el perfil profesional del trabajador y compatible con su nueva situación. En el segundo, la empresa podría optar directamente por el ofrecimiento de ese nuevo puesto de trabajo, descartando, por el motivo que sea, el ajuste del anterior. ¿Podría el trabajador rechazar el puesto de trabajo y pretender que se proceda al ajuste razonable del anterior? ¿El rechazo al puesto de trabajo a que se refiere el primer párrafo del artículo 49.1.n) estaría, en ese caso, justificado y no podría fundarse en él la decisión extintiva del empresario? (Téngase en cuenta que se habla del ajuste del puesto de trabajo o del cambio y en ningún caso se hace referencia, por ejemplo, al ajuste o, en su defecto, al cambio de puesto).

Cuando el trabajador no manifieste, en el plazo de diez días, su voluntad de mantener la relación laboral, la empresa puede proceder a su extinción, con efectos, hay que presumir, desde la notificación de la resolución de declaración de la incapacidad. No se indica plazo para ello: ¿es aplicable el plazo de tres meses desde dicha notificación que se contempla en el quinto párrafo del precepto? En este caso, el plazo parece claramente excesivo, por lo que la extinción



debería ser inmediata o interpretarse que es automática, por la simple declaración de la situación de gran incapacidad o incapacidad permanente absoluta o total.

Téngase en cuenta que, en los casos de imposibilidad de ajuste o de inexistencia de puesto de trabajo compatible, la extinción no es automática, sino que ha de ser motivada y comunicarse por escrito al trabajador. También esta extinción plantea problemas interpretativos: la ley dice que la empresa dispone de tres meses para comprobar la posibilidad del ajuste o del cambio, y «del mismo plazo» para la extinción cuando dicha posibilidad no exista. ¿El mismo plazo significa que se abre un nuevo plazo de tres meses para la extinción y, en ese caso, desde cuándo?, ¿desde que se deja constancia expresa de la imposibilidad del ajuste, o de su coste excesivo, y del cambio? O ¿habría que interpretar que el mismo plazo significa «dentro del mismo plazo»? Esto implicaría que existiría un solo plazo de tres meses, a contar desde la notificación de la resolución que califique la incapacidad, en el que habría que cumplir todos los trámites relativos al ajuste o cambio de puesto de trabajo y proceder, en su caso, a la extinción del contrato.

Por último, aunque surgirán, sin duda, otros problemas interpretativos, todas las cuestiones relativas a la extinción del contrato en los supuestos de incapacidad permanente, incluidas las que cuestionen la inviabilidad de los ajustes o del cambio de puesto, se tramitarán por el procedimiento de despido y tendrán carácter urgente y tramitación preferente (nuevo artículo 120.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). En todo caso, la nueva normativa no transforma la extinción por incapacidad permanente en un nuevo supuesto de despido objetivo, por lo que la extinción, o la declaración judicial de ser ajustada a derecho (por acreditarse la inviabilidad del ajuste o del cambio), no dará derecho a indemnización alguna.



Reglamento europeo de inteligencia artificial y relaciones laborales

El Reglamento UE 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo regula suficientemente las implicaciones del uso de la inteligencia artificial también en el marco de las relaciones laborales, tanto a nivel individual como colectivo.

Aunque en una aproximación superficial pueda parecer que el Reglamento UE 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024 (que entró en vigor el 2 de agosto de ese año, siendo aplicable, como regla general, y salvo algunas materias que ya lo son, a partir del 2 de agosto de 2026), apenas presta atención al uso de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito de las relaciones laborales, dedicándoles una atención marginal, en absoluto es así.

Ante todo, hay que tener en cuenta que la práctica totalidad de los sistemas de IA que puedan ser utilizados en el ámbito laboral vienen calificados como sistemas de IA de alto riesgo. El anexo III punto 4 del reglamento incluye, entre los sistemas de IA de alto riesgo, a los que se refiere el artículo 6, apartado 2, los relacionados con los aspectos centrales de las relaciones laborales: los sistemas de IA utilizados para la selección y contratación de personas, incluyendo la evaluación de los candidatos, y los utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de trabajo, al establecimiento o extinción de relaciones contractuales, a la asignación de tareas, a la evaluación y supervisión del rendimiento y al comportamiento de los trabajadores. Ello supone que para prácticamente todos los aspectos de las relaciones laborales (selección y contratación, condiciones de trabajo, asignación de tareas, supervisión y control de la actividad laboral, promoción de los trabajadores y despido) el uso de sistemas de IA implica su calificación como de alto riesgo y, por tanto, la aplicación de la detallada y exigente normativa prevista para ellos: en la gobernanza de datos hay que atender a los posibles sesgos que puedan afectar a la salud y seguridad de las personas y a sus derechos fundamentales, o que puedan dar lugar a algún tipo de discriminación (artículo 10.2.f), lo cual es especialmente significativo en el ámbito laboral. Además, los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de forma tal que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas (artículo 14.1). Y esta supervisión humana tendrá como objetivo prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales, lo cual, nuevamente, es particularmente relevante en el ámbito laboral.



Junto a todo lo anterior, hay que tener en cuenta la prohibición expresa de prácticas de IA que podrían tener particular incidencia en el ámbito de las relaciones laborales. Así, se prohíben las prácticas dirigidas a inferir las emociones de una persona física (¿tienen emociones las personas jurídicas o las máquinas?) en los lugares de trabajo, salvo que el uso del sistema de IA esté motivado por razones médicas o de seguridad (artículo 5.1.f). Asimismo, está prohibido el uso de sistemas de caracterización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de datos biométricos para deducir, entre otras cuestiones, su afiliación sindical (artículo 5.1.g). Esta protección del dato de la afiliación sindical (situado junto a la raza, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la vida y la orientación sexual) es, sin duda, importante por la relevancia que se le concede, aunque realmente no acierto a comprender cómo de los datos biométricos pueda deducirse (salvo exageraciones lombrosianas) la afiliación sindical de una persona. En todo caso, estas normas ponen de manifiesto la preocupación por el uso de sistemas de IA en el ámbito laboral y la intención de proteger determinados aspectos de la esfera privada de los trabajadores.

El reglamento se ocupa también de regular los derechos de información de los trabajadores, y de sus representantes, en caso de utilización de sistemas de IA en el ámbito laboral. Así, el artículo 26.7 dispone que antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo. En caso de ausencia de representación, la información debe facilitarse, en todo caso, a los trabajadores afectados. Por otra parte, la información alcanza solo al hecho de que estarán expuestos a un sistema de IA, no debiendo extenderse a sus características o pormenores. Ello permite, por una parte, salvaguardar el secreto empresarial y, por otra, advertir a los representantes de los trabajadores, y a estos individualmente, de la utilización del sistema de IA al objeto de que puedan ejercer sus labores de vigilancia y control, cuidando del respeto de los derechos fundamentales y reaccionando frente a sesgos discriminatorios. Hay que tener en cuenta la obligación de los responsables del despliegue de sistemas de IA de alto riesgo de aportar «un resumen de las conclusiones de la evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales» (Anexo VIII, Sección C, punto 4). Y también, y esto es muy importante, que el artículo 86.1 del reglamento consagra el derecho de toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el Anexo III y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, seguridad o derechos fundamentales, a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada.

Por otra parte, el apartado 11 del mismo artículo 26 del reglamento, prevé que los responsables del despliegue de sistemas de alto riesgo que tomen decisiones, o ayuden a tomar decisiones relacionadas con personas físicas, informarán a estas de que están expuestas a la utilización de sistemas de IA de alto riesgo. Esto, en lo que se refiere a las cuestiones laborales, implica un



deber de información, en el sentido indicado, a los candidatos en un proceso de selección de personal en el que vaya a utilizarse un sistema de IA.

Estamos, pues, en presencia de una normativa completa y directamente aplicable, que no precisa de ningún desarrollo por el ordenamiento interno. Es cierto que el artículo 2.11 del reglamento proclama que su regulación «no impedirá que la Unión o los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores ni que fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores».

Así se establece en lo «que atañe a la protección de sus derechos (de los trabajadores) respecto al uso de los sistemas de IA por parte de los empleadores», lo que deja fuera cuestiones relativas a los propios sistemas de IA, así como a los aspectos procedimentales de su aplicación (derechos de información del artículo 26.7) y a eventuales derechos colectivos o sindicales.

La ampliación o mejora de los derechos de los trabajadores que permite el reglamento debe centrarse, pues, en las posibilidades de control y reacción frente a las consecuencias de la aplicación de sistemas de IA. Su implantación queda en el ámbito de las facultades empresariales, quedando, además, tales sistemas protegidos por el secreto empresarial, por lo que el refuerzo de los derechos laborales debe venir por las posibilidades de reacción frente a eventuales usos irregulares o resultados discriminatorios de su aplicación. Y ello es más apropiado para la negociación colectiva que para la intervención legal. Son los convenios colectivos los que, frente a dichas situaciones, deben establecer las medidas correctoras que resulten precisas, sin que parezcan adecuados los controles preventivos que la norma legal podría intentar introducir. Este es un desafío al que, sin duda, debería ya comenzar a enfrentarse nuestra negociación colectiva.



Nuevos embates contra la subcontratación (y esta vez vienen de Europa)

El Parlamento Europeo ha instado a la Comisión para que se plantee el establecimiento de una directiva marco para abordar los retos y complejidades asociados a las obligaciones de los empleadores en las cadenas de subcontratación y a los intermediarios del mercado laboral en Europa.

La importancia de la contratación y subcontratación de actividades empresariales en una economía dinámica y competitiva no necesitaría ser subrayada. Pero tampoco puede darse por vencida la persistente ofensiva que, desde distintos sectores sindicales y doctrinales, se dirige contra la fragmentación de las actividades productivas. Frente a una realidad empresarial cada vez más compleja, en la que participan numerosas empresas en un mismo proceso productivo, contratándose y subcontratándose fases del mismo por motivos de especialización y también de eficiencia organizativa (sin olvidar el abaratamiento de los costes de producción), en el imaginario de algunos sigue viva una organización de las actividades productivas en la que todas las fases del proceso de producción habrían de ser asumidas por la misma empresa, y todos los participantes en ellas deberían ser sus empleados. Cada empresa debería asumir la totalidad de su proceso productivo, sin recurrir a la colaboración, para algunas de sus fases, de otras empresas y sin establecer, por tanto, estructuras complejas que contemplen la convivencia, para un mismo proceso de producción, de distintas empresas y de distintas plantillas laborales.

No parece que esta pretensión, tan alejada de la actual realidad empresarial y tan incompatible con la libertad de empresa y con la economía de mercado, pueda ser más que un faro lejano que oriente las estrategias sindicales, y las propuestas legislativas acordes con ellas, hacia una progresiva restricción de las posibilidades de subcontratación. Ello se vio con claridad en los debates previos a la reforma laboral de 2021, en los que la reforma de la subcontratación se centró, finalmente, en la discusión acerca del convenio colectivo que debería ser de aplicación a las empresas subcontratistas. Reforma que, por lo demás, se saldó con una regulación razonable y respetuosa de los principios rectores de nuestra negociación colectiva.

El debate, sin embargo, dista mucho de estar finalizado. Si, por una parte, se afirma que 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 (como se afirma en el estudio sobre *Las necesidades organizativas y productivas de las empresas y las respuestas del ordenamiento jurídico*, que dirigí por encargo de CEOE, y se publicó en 2025 por el IEE, p. 83), por otra los intentos de imponer una regulación cada vez más restrictiva en este terreno no cesan.

La alarma para la flexibilidad empresarial esta vez viene de Europa. La resolución del Parlamento europeo de 13 de marzo de 2025, sobre «Aspectos sociales y de empleo de los procesos de reestructuración: necesidad de proteger los puestos de trabajo y los derechos de los trabajadores» aborda, también, el tema de la subcontratación, instando a la Comisión (en su apartado 18) para que «en estrecha colaboración con los interlocutores sociales, se plantee el establecimiento de una directiva marco para abordar los retos y complejidades asociados a las obligaciones de los empleadores en las cadenas de subcontratación y a los intermediarios del mercado laboral en Europa». Una directiva marco que siguiera esas orientaciones sería, sin embargo, muy contraproducente, como se pone de manifiesto con el análisis de las principales propuestas de la resolución. Veamos estas propuestas y su crítica.

«Estableciendo una directiva marco para abordar las obligaciones empresariales en la cadena de subcontratación». No es necesaria una normativa europea para ello. Ya está regulado (o debe estar regulado) en los ordenamientos nacionales. Una regulación adicional europea es innecesaria, no podría tener en cuenta las particularidades de los sistemas productivos nacionales y sería, con toda probabilidad, lesiva de la libertad de empresa y de la economía de mercado. El exceso de regulación lleva siempre aparejadas consecuencias negativas desde el punto de vista de la libertad de empresa y de la competitividad empresarial.

«Medidas que regulen el papel de los intermediarios en el mercado laboral distintos de las empresas de trabajo temporal». Mucho menos necesaria es la regulación de la actividad de los intermediarios del mercado laboral en Europa distintos de las empresas de trabajo temporal. Esta puede ser una vía para considerar a las empresas contratistas y subcontratistas intermediadoras en el mercado laboral, con una visión distorsionada y muy reductiva de su actividad. La libertad de empresa comprende la libertad de organización de las actividades productivas y, en la economía actual, por diversos motivos (entre ellos, de especialización), el recurso a la contratación y subcontratación es regla general que, por lo general, valga la redundancia, incide positivamente en la productividad y en la competitividad de las empresas y de la economía europea. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo demás, ya ha aclarado que cuando se dan las condiciones de suministro de mano de obra característica de la actividad de las empresas de trabajo temporal (ETT), la normativa relativa a estas debe aplicarse, aunque quien suministre la mano de obra no esté formalmente constituido como empresa de trabajo temporal (sentencia de 24 de octubre de 2024, asunto C-441/23). El suministro de mano de obra a través de instrumentos distintos de las ETT integra supuestos de cesión ilegal de mano de obra, que deben estar previstos y regulados en los ordenamientos nacionales. Pero



en ese debate no debe incluirse, bajo ningún concepto, a los fenómenos de contratación y subcontratación, que son opciones lícitas de organización de las actividades productivas amparadas por la libertad de empresa. Si se trata de una falsa contrata o subcontrata, para encubrir una mera cesión de mano de obra, estaríamos ante un fenómeno fraudulento que las autoridades nacionales deben perseguir y sancionar, pero que no reclama una regulación adicional y menos mezclada con la del régimen jurídico de las lícitas actividades de subcontratación.

«Marco jurídico que limite la subcontratación». La limitación de la subcontratación que se pretende con la resolución debe ser rechazada. El intervencionismo en esta materia sería contrario a la libertad de empresa. Además, sería arbitrario pretender fijar un límite a la cadena de subcontratación sin tener en cuenta las características de los sectores productivos y de las economías nacionales. Los casos de fragmentación excesiva de la organización de las actividades productivas, carentes de racionalidad técnica, deben ser vigilados por las representaciones laborales y por las autoridades nacionales, y no abordados por el arbitrio de fijar, de manera general y no matizada, un límite a la subcontratación.

«Y que garantice la responsabilidad solidaria a lo largo de toda la cadena de subcontratación». La garantía de responsabilidad solidaria a lo largo de toda la cadena de subcontratación debe ser rechazada. Son los ordenamientos nacionales los que deben establecer las garantías necesarias y, entre ellas, las comunicaciones de responsabilidad, bien subsidiaria bien solidaria. Pero la consagración de una regla de solidaridad para todos los casos y para toda la cadena es claramente excesiva y lesiva. Cada empresa que opera en el mercado ha de asumir sus propias responsabilidades y solamente en supuestos concretos y debidamente justificados, puede preverse una comunicación de responsabilidad, que, en principio, debe ser subsidiaria y solo excepcionalmente solidaria³.



³ A la espera de su aprobación por el Pleno del Parlamento, la Comisión de Empleo ha introducido, en el borrador de informe de iniciativa propia (aprobado el 3 de diciembre de 2025) algunas matizaciones referidas, sobre todo, a que las limitaciones propuestas deben centrarse en sectores de alto riesgo, que menciona expresamente (construcción, agricultura, hostelería, trabajo doméstico, transporte y logística, industria cárnica y alimentaria).

Jubilación obligatoria e igualdad

La tensión entre la libertad de trabajo, y el derecho a trabajar, y la extinción forzosa del contrato de trabajo por cumplimiento de una determinada edad, ha estado presente desde hace tiempo en nuestro ordenamiento laboral, en el que se han sucedido reformas y cambios normativos de inspiración diversa. La normativa actual, en la que se contemplan posibilidades extintivas de contratos de trabajo para favorecer la igualdad, ha aumentado los problemas interpretativos al respecto.

Tras los sucesivos vaivenes normativos que ha conocido, desde la inicial aprobación del Estatuto de los Trabajadores, la posibilidad de establecer, legal o convencionalmente, edades de jubilación forzosa (en realidad, de extinción del contrato de trabajo por edad, ya que la jubilación efectiva queda, en todo caso, a la decisión del trabajador), y entre pulsiones contradictorias (la prolongación de la vida activa, la libertad de trabajo, el relevo generacional, el reparto del trabajo), la disposición final 1.1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, dio nueva redacción a la disposición adicional décima del Estatuto, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Severamente limitada la posibilidad de establecer legalmente una edad máxima de permanencia en el trabajo y de fijar, en consonancia con ello, la «incapacitación para trabajar y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral» a esa edad, ya desde la temprana sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, la cuestión se ha centrado en las posibilidades de establecer, en la negociación colectiva, edades que permitan la extinción del contrato de trabajo por motivos de política de empleo (de «reparto del trabajo»), a los que alude también la doctrina constitucional y judicial. Y en esta perspectiva se sitúa la nueva redacción de la disposición adicional décima del ET. En ella se contemplan dos posibilidades para la negociación colectiva: una primera, la de establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo a partir del cumplimiento por el trabajador de 68 años, para facilitar el relevo generacional mediante la contratación indefinida y a tiempo completo de un nuevo trabajador. Y una segunda, que permite, excepcionalmente, la extinción del contrato de trabajo a la edad ordinaria de jubilación cuando ello se produzca para favorecer el empleo femenino, mediante la contratación indefinida y a tiempo completo de una mujer.



Si la primera posibilidad viene siendo ya aplicada, con aval de la doctrina judicial, la segunda plantea numerosos problemas interpretativos que requerirán la pertinente aclaración judicial. A esos problemas interpretativos voy a dedicar esta Tribuna.

Ante todo, lo que regula la DA 10ª en su segundo apartado es una opción abierta a la negociación colectiva con carácter excepcional. «Excepcionalmente» dice la norma, con las consecuencias interpretativas que ello ha de tener, se podrá extinguir el contrato de trabajo a la edad ordinaria de jubilación ordinaria, en caso de infrarrepresentación del trabajo femenino en la actividad o actividades económicas (definidas por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, CNAE) incluidas en el ámbito funcional del convenio (tasa de ocupación femenina inferior al 20%). En segundo lugar, existe cierta confusión con la CNAE a tener en cuenta para decidir si se da la infrarrepresentación femenina que abre la vía de esta posibilidad excepcional. Si primero se habla de la tasa de ocupación «en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio», luego se habla de «cada una de las CNAE correspondientes» (incluidas en el ámbito del convenio aplicable), y por último se refiere la norma al CNAE «al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula».

Parece que la tasa de ocupación femenina de cada una de las actividades incluidas en el ámbito funcional del convenio activa, en un primer momento, si es inferior al 20%, la posibilidad de que el convenio regule esta modalidad excepcional de extinción contractual. Y, producida esa regulación, a la hora de aplicarla habrá que tener en cuenta, exclusivamente, el CNAE al que esté adscrito el trabajador cuyo contrato se pretenda extinguir.

Por otra parte, la tasa de ocupación no se mide en la empresa sino en la actividad económica que desarrolle. Puede, así, darse la paradoja de que una empresa con una elevada tasa de ocupación femenina pueda recurrir a esta posibilidad excepcional si en el ámbito de su actividad económica dicha tasa es inferior al 20%.

La Seguridad Social es la que ha de facilitar la tasa de ocupación a estos efectos y ha de hacerlo refiriéndola a la fecha de constitución de la comisión negociadora. Por tanto, parece que el convenio solo puede regular la posibilidad extintiva excepcional de la DA 10ª, apartado 2, del ET, si a la fecha de constitución de su comisión negociadora la tasa de ocupación femenina del CNAE correspondiente es inferior al 20%.

Ahora bien, eso parece referirse a la regulación de la posibilidad de que se imponga la extinción del contrato por el convenio colectivo, no a su aplicación, por cuanto la DA exige que se mida nuevamente la tasa de ocupación femenina del CNAE al que esté adscrito el trabajador cuyo contrato va a extinguirse, «a la fecha de efectos de la decisión extintiva».

Existe, pues, una doble exigencia:

- Que la tasa de ocupación femenina en la actividad, o actividades, incluidas en el ámbito funcional del convenio (definidas por el CNAE) sea inferior al 20% en el momento de constitución de su comisión negociadora.



- Que la tasa de ocupación femenina en el CNAE al que esté adscrito el trabajador cuyo contrato va a extinguirse, sea igualmente inferior al 20% en la fecha de efectos de la decisión extintiva.

La regulación es ciertamente confusa. La tasa de ocupación femenina inferior al 20%, que debe existir en el momento de constitución de la comisión negociadora del convenio, permite que este desarrolle la previsión de la DA 10ª.2 del ET, pero no cubre las extinciones que, en aplicación de ese desarrollo, puedan posteriormente producirse. Para estas extinciones es necesario acreditar que, en el momento de cada extinción, el porcentaje de ocupación femenina en el CNAE al que esté adscrito el trabajador afectado sea también inferior al 20%.

Esto exige que la Seguridad Social facilite la tasa de ocupación femenina en un doble momento. Y en empresas de plantilla numerosa, en las que pueden producirse numerosas extinciones contractuales al amparo de esta normativa, pueden generarse dificultades de gestión, debiendo solicitar continuamente información de la tasa de ocupación femenina.

Por último, la exigencia de simultaneidad en la contratación de la mujer (apartado c) de la DA 10ª.2) también suscita problemas interpretativos. ¿Extinción y contratación han de producirse en unidad de acto? No parece que eso tenga mucho sentido, teniendo en cuenta que los procedimientos de selección pueden estar, sobre todo en empresas grandes, altamente formalizados. Parece que esta es una exigencia que debería interpretarse flexiblemente, pudiendo procederse a un proceso de selección y contratación antes de la extinción contractual y con vistas a la misma; o abrirse dicho proceso inmediatamente después de la extinción, para cubrir, a la mayor brevedad, la plaza correspondiente. Aunque no cabe olvidar que la excepcionalidad predicada legalmente puede llevar a los órganos jurisdiccionales a una interpretación restrictiva de esta vía de extinción contractual.

Es, pues, altamente aconsejable que la negociación colectiva aborde esta cuestión de la simultaneidad y establezca pautas razonables al respecto, que, en todo caso, habrán de ser validadas por los tribunales. Lo que sí debe quedar claro es qué contratación se produce por cada extinción. Y una última observación: esta regulación debería justificar la convocatoria de plazas reservadas a mujeres cuando tales plazas estén previstas para «sustituir» a los trabajadores cuyo contrato vaya a extinguirse por la cláusula convencional que lo permita en los términos del apartado 2 de la DA 10ª del ET.



Absentismo, políticas retributivas y discriminación por enfermedad

Las políticas para reducir el absentismo vienen tropezando con obstáculos de diverso tipo. Entre ellos, destaca la interpretación judicial que viene sentándose en relación con la protección de las situaciones de enfermedad que puedan provocar las ausencias del trabajo. Cuando esa interpretación se lleva al extremo se impiden, en la práctica, políticas empresariales plenamente justificadas para incentivar la prestación efectiva de trabajo.

La creciente preocupación por los niveles de absentismo, sobre todo los derivados de situaciones de incapacidad temporal (IT), ha inspirado políticas retributivas que, bajo diversas fórmulas, han tratado de incentivar la prestación efectiva de trabajo. Ello se ha hecho, sobre todo, por la vía de condicionar el reconocimiento de prestaciones complementarias, a cargo de la empresa, de las de IT de la Seguridad Social (estableciendo, por ejemplo, una protección diferenciada según la duración de la situación de incapacidad o la reiteración de las bajas), o bien por la vía de condicionar la percepción de determinadas partidas de retribución variable a la prestación efectiva de trabajo. En uno y otro caso surge el mismo interrogante: ¿hasta qué punto son compatibles políticas retributivas que tengan en consideración la prestación efectiva de trabajo con la tutela de las situaciones de enfermedad y en particular con la prohibición de discriminación por enfermedad? No estamos en presencia de la problemática asociada a la discapacidad, cuya protección ha dado lugar, como es sabido, a adaptaciones de nuestro ordenamiento jurídico propiciadas por la doctrina sentada al respecto por el TJUE, sino simplemente ante bajas por enfermedad que determinan la ausencia del trabajo por incapacidad temporal.

La norma fundamental al respecto es la contenida en el artículo 2.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que dispone: «La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública». También el artículo 9.1 de la misma ley prohíbe, con una redacción confusa, que tenga impacto en la retribución, en la jornada y en las condiciones de trabajo, la situación de enfermedad. Lógicamente, estos mandatos, sobre todo el último, han de interpretarse razonablemente, por cuanto en las situaciones de baja por enfermedad no existe retribución sino prestación de la Seguridad Social complementada, en su caso, por parte de la empresa.



A la vista de estas normas, ¿es compatible con la protección de la enfermedad establecer una regulación de la protección complementaria a cargo de la empresa que diferencie situaciones en función de la duración de las bajas o de su reiteración? ¿Y es compatible con ella una política retributiva que condicione determinadas percepciones a la prestación efectiva de trabajo?

Para responder a estos interrogantes hemos de partir de que, como sostiene el TJUE (sentencia de 18 de enero de 2018, C-270/2016), la lucha contra el absentismo constituye una finalidad legítima de las políticas de empleo y, por tanto, también, hemos de sostener, de las políticas empresariales. ¿Hasta dónde pueden llegar estas a la hora de desincentivar económicamente la permanencia en situación de IT o la reiteración de bajas por enfermedad?

No existe todavía una línea jurisprudencial clara al respecto, pero dos importantes sentencias recientes de la Audiencia Nacional abordan estas cuestiones sentando una importante doctrina.

La primera es la sentencia de 25 de junio de 2025 (número 95/2025, procedimiento 12/2025). En ella se analiza un sistema de retribución variable que considera trabajados los periodos de IT de hasta treinta días, cuando el devengo del incentivo es trimestral, y de hasta 120 días cuando dicho devengo es anual. Los promotores del conflicto consideraban que el sistema era discriminatorio por razón de enfermedad al penalizar las bajas de duración superior a treinta o ciento veinte días, según la periodicidad del devengo del incentivo. La sentencia de la AN, con apoyo en la doctrina anterior de la propia sala, no aprecia la existencia de discriminación: «Ninguna discriminación sufre el trabajador, al amparo de la Ley 15/2022 desde el momento en que, ante una situación suspensiva, únicamente no computa como periodo trabajado aquél en que el proceso de IT por enfermedad común exceda de treinta días, estableciendo en favor del trabajador una cuantificación amplia, incluyendo en el cómputo de tiempo trabajado ausencias menores, y excluyendo únicamente aquellas que, por su elevada duración, inciden de forma evidente en el desempeño, vinculado de forma expresa a la prestación de servicios en un periodo temporal específico».

Por tanto, si las ausencias menores se incluyen en el tiempo de trabajo a efectos del cálculo del incentivo, y solo se excluyen, y no se consideran por tanto trabajados, los periodos de mayor duración, no puede apreciarse, con arreglo a esta doctrina, discriminación por enfermedad.

Distinto es el planteamiento de la segunda sentencia, también de la AN, de 1 de julio de 2025 (número 97/2025, procedimiento 113/2025). En ella se declara la nulidad de una regulación convencional del complemento de IT que consideraba el nivel de absentismo de cada centro de trabajo y los procesos de IT iniciados por cada trabajador. Sostiene la Sala que las ausencias que pueden computarse a estos efectos (de lucha contra el absentismo mediante las prestaciones complementarias con cargo a la empresa en situaciones de IT), «no pueden estar causadas ni por enfermedad, ni por las citadas medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, ni tampoco deben causar discriminación por asociación. Sí que podrán computarse las ausencias injustificadas, así como las ausencias debidas a permisos que no constituyan una discriminación prohibida. Por ejemplo, sí que sería dable computar a estos efectos las ausencias por



cambio de domicilio habitual o para concurrir a exámenes, en la medida en que no causen discriminación».

La regulación acordada en la empresa, referenciando los complementos de las prestaciones por IT al nivel de absentismo del centro de trabajo y a los procesos de baja de cada trabajador, «introduce un trato desfavorable ante las situaciones de IT en un doble componente o grado: en primer lugar, al remunerar el complemento de IT, caso de concurrir una única baja en el año natural, tomando en consideración el 100% del salario de grupo, que no el 100% del salario como ocurría en el pacto anterior; y al penalizar la IT de carácter recurrente, complementando exclusivamente el primer proceso de IT en el año natural como en el caso de que se haya causado una baja en el año fiscal anterior, produciéndose en este caso una discriminación ya no por razón de IT sino por condición de salud».

A pesar de lo confuso de este último párrafo, que en su primera parte expone una disminución del módulo de cálculo del complemento de IT respecto de la que no se acierta a comprender cuál es el reproche (por una parte, el convenio deroga íntegramente el contenido del anterior, pudiendo fijar tratamientos menos favorables en determinadas materias, y por otra no existe ningún elemento comparativo que permita apreciar un trato desigual de alcance discriminatorio), y en la segunda parece considerar discriminatorio el diferente trato de la primera y de las sucesivas bajas (lo que conecta, según la propia sentencia, con la condición de salud más que con la enfermedad), la sentencia, en su fallo, anula la regulación del convenio colectivo, dejando imprejuzgada la cuestión de cuál es la regulación que ha de sustituirla. Es un planteamiento en todo caso más restrictivo que el de la anterior sentencia de la propia sala. Lo más preocupante es que parece deducirse de la sentencia que, en ningún caso, las bajas por enfermedad puedan excluirse de la asimilación a tiempo efectivo de trabajo. En mi opinión, eso no tiene ningún sentido. Se ignora que en las situaciones de baja por IT no existe retribución del trabajo, porque no hay prestación de trabajo. La retribución se sustituye por una prestación pública, que puede venir complementada por la empresa. Este complemento está mejorando la protección del sistema público de Seguridad Social, no está retribuyendo el trabajo. Por tanto, el margen de actuación o de discrecionalidad puede ser superior, pudiendo la decisión empresarial, y con más razón, el pacto colectivo, diferenciar las situaciones protegidas por la mejora introducida. Estamos ante una mejora del régimen legal. ¿No es posible estructurar esa mejora de manera diferenciada según las circunstancias, individuales o colectivas, relacionadas con el absentismo? En mi opinión, eso debería ser posible máxime siendo la reducción del absentismo, como dice el propio TJUE, un objetivo lícito a perseguir. Llevada a sus últimas consecuencias, la doctrina de la sentencia conduciría al absurdo de que las bajas por incapacidad deberían retribuirse como si se tratase de trabajo efectivo, para no discriminar (no hacer de peor condición) la situación de enfermedad.

Durante la incapacidad, insisto, no existe retribución del trabajo, y la falta de retribución se compensa con una prestación pública, que puede ser mejorada por la empresa. Nada debería impedir diferenciar esa mejora en función de las circunstancias (en la perspectiva de lucha contra el absentismo) ni distinguir claramente las situaciones de prestación efectiva del trabajo



de aquellas en las que, legítimamente, tal prestación no se produce. En estas, deben operar los mecanismos de protección social (mejorados, en su caso), pero considerarlas, pura y simplemente, equivalentes al trabajo efectivo constituye un claro exceso protector que lleva la tutela antidiscriminatoria por enfermedad más allá de lo razonable.



Prioridad temporal y jerarquía entre convenios

La reforma laboral de 2021 mantuvo la precedente regulación, basada en la prohibición de concurrencia de convenios colectivos y en la prioridad aplicativa del anterior en el tiempo, sin establecimiento de ninguna jerarquía entre ellos. La supresión, sin embargo, de la posibilidad excepcional de que los convenios de empresa posteriores a un convenio sectorial prevalezcan en materia retributiva sobre estos ha pretendido utilizarse para sostener que se ha producido un cambio en el planteamiento tradicional, de tal forma que en materia retributiva serían, en todo caso, prevalentes los convenios sectoriales sobre los de empresa.

La Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 18 de diciembre de 2025, número 1281/2025 (casación 158/2024), parece (digo parece por lo complejo de la redacción y por el juego de las fechas y de las situaciones de ultraactividad manejadas) sostener un cambio de doctrina muy importante en relación con la interpretación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, en sus apartados 1 y 2. Cambio de la doctrina tradicional y de la propia interpretación sustentada por el Pleno de la Sala en su sentencia de 29 de enero de 2025 (número 59/2025, casación 202/2024). Esta, en su importante fundamento de derecho sexto, dejó sentada la interpretación correcta, recordando que la doctrina jurisprudencial sostiene que el artículo 84.1 ET establece, como regla general, la prohibición de concurrencia de convenios colectivos. Por ello, aplicando la regla del *prior in tempore*, el convenio de empresa goza de prioridad aplicativa cuando sea anterior al convenio sectorial, ya que durante su vigencia no puede ser «afectado» por ningún otro. El artículo 84.2 es solo una excepción a la regla de la prioridad en el tiempo, por lo que un convenio de empresa anterior a otro sectorial es plenamente aplicable en virtud de la prioridad temporal. Y lo que permite el artículo 84.2, como excepción a la regla general del 84.1, es que un convenio de empresa posterior al sectorial prevalezca sobre este en las materias indicadas en el propio precepto.

Esta interpretación presupone que todos los convenios colectivos tienen el mismo valor, sea cual sea su ámbito, por lo que la regla para determinar, en caso de existencia de dos o más convenios potencialmente aplicables a la misma unidad de negociación, cuál debe considerarse de aplicación, es que prevalece el anterior en el tiempo. Y por eso la prohibición de concurrencia, que no consiste más que en la imposibilidad de que un convenio pueda ser afectado por otro durante su vigencia, esto es, que su ámbito pueda ser «invadido» por otro convenio. El legislador, sin embargo, introdujo una excepción en este principio, permitiendo, en el artículo 84.2, que un convenio de empresa concurrente con otro sectorial, por ser posterior en el tiempo, «invada» su ámbito y prevalezca sobre su regulación en determinadas materias. La reforma



de 2021 mantiene esta regulación y suprime, simplemente, una de esas materias (la retributiva), sin cambiar en absoluto el esquema regulador de la relación entre convenios. Tras la reforma sigue plenamente vigente la regla de la prioridad temporal y sigue la excepción a la misma que consagra el apartado 2 del artículo 84, permitiendo que un convenio de empresa concorra con otro sectorial (le «afecte» durante su vigencia), prevaleciendo su regulación concurrente en una serie de materias (entre las que ya no está la retributiva). Y la disposición transitoria sexta del DL 32/2021 ha de interpretarse en este contexto: no puede tener otro juego, como tal norma transitoria, que el de permitir la aplicación secuencial de la nueva normativa; no pretende, ni puede pretender, una regulación sustancial distinta o que vaya más allá de la contenida en la norma sustantiva modificada y cuya aplicación transitoria se regula. Hay que tener presente que las normas transitorias están íntimamente relacionadas con el principio de irretroactividad de las leyes y que no pretenden otra cosa que conservar, en lo posible, el anterior *statu quo*, concediendo un plazo para su adaptación (Federico de Castro, «Derecho Civil de España», tomo I, segunda edición, 1949, páginas 655 y siguientes). El corolario, y da un cierto pudor tener que recordarlo, es que las normas transitorias han de interpretarse a la luz de las sustantivas cuya aplicación transitoria regulan, no al revés. Una disposición transitoria no puede servir para pretender imponer una determinada interpretación de la regulación sustantiva.

La confirmación de ese planteamiento viene del propio texto de la DT sexta, que comienza salvando lo dispuesto en el artículo 84.1 y, por tanto, la preferencia aplicativa derivada de la regla de prioridad temporal («sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1») y que se refiere, exclusivamente, a la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto. La interpretación que resulta de todo ello parece incuestionable: sigue vigente el principio de prioridad temporal del 84.1, por lo que, como afirma la Sentencia del Pleno citada, un convenio de empresa anterior a otro sectorial no puede ser afectado por este. La modificación introducida por la reforma consiste en que, en los supuestos de convenio de empresa posterior al sectorial y concurrente con él, la prioridad aplicativa del primero, consagrada como excepción en el artículo 84.2, no puede extenderse ya a las cuestiones retributivas. Y la DT sexta simplemente aclara el alcance de la irretroactividad de la aplicación de la nueva norma respecto de los convenios de empresa vigentes, que quedarán sujetos a la nueva regulación a partir de su pérdida de vigencia y, en todo caso, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esa nueva regulación. Lógicamente, se trata de los convenios a los que se refiere el precepto, que son solo los concurrentes con uno sectorial (que goce de prioridad aplicativa temporal) al amparo de la excepción del artículo 84.2. En ningún caso cabe interpretar que la DT sexta, en un salto lógico incomprensible, pase de referirse a los convenios de empresa concurrentes con el sectorial contemplados en el apartado 2 del artículo 84 a hacerlo a todos los convenios de empresa. Parafraseando al Código Civil (artículo 1283), no pueden entenderse comprendidas en el precepto «cosas distintas y casos diferentes» a los que se refiere la regulación: la excepción del artículo 84.2, que permite que un convenio de empresa ignore la prioridad temporal del sectorial y prevalezca sobre él en la regulación de determinadas materias. Manteniéndose la regulación sustantiva del artículo 84 en sus apartados 1 y 2, sin más cambios que la supresión de la materia retributiva en el apartado 2, no tiene sentido pretender que por la vía de la regulación de la aplicación transitoria de la nueva normativa, se regule, en términos no ya distintos



sino contrarios a los del propio artículo 84, las relaciones jerárquicas entre convenios sectoriales y de empresa, y la prevalencia de los convenios sectoriales sobre todos los convenios de empresa, anteriores o posteriores a ellos.

Esta larga introducción permite afirmar, respetuosamente, el carácter gravemente erróneo de la sentencia de 18 de diciembre comentada. La sentencia considera que los apartados 1 y 2 del artículo 84 regulan cuestiones distintas: la prohibición de concurrencia entre convenios el primero y la jerarquía entre convenios (la prioridad aplicativa) el segundo. Ello no es así y contradice, abiertamente, no solo la doctrina jurisprudencial a la que se refiere la sentencia del Pleno de 29 de enero de 2025 sino también las más elementales reglas de la hermenéutica e incluso de la lógica. Prioridad temporal y jerarquía entre convenios son principios contradictorios; solo puede regir uno de ellos, aunque se puedan contemplar excepciones. O el convenio aplicable es el que goza de prioridad temporal o lo es el que resulte de la ordenación jerárquica entre convenios que el legislador establezca. El ordenamiento español se basa en el principio de prioridad temporal (artículo 84.1), porque todos los convenios tienen el mismo valor, la misma fuerza normativa y la misma eficacia general. Cada convenio es «soberano» dentro de su ámbito de aplicación, por lo que ningún otro convenio puede «afectarle» durante su vigencia. Eso, y no otra cosa, significa la prohibición de concurrencia, sobre la que se construyó una sólida doctrina jurisprudencial acerca de la sucesión de convenios colectivos y del cambio de unidad de negociación.

El apartado 2 del artículo 84 ET vino, no a sentar un principio distinto (el de la jerarquía de convenios) al del apartado 1, sino a establecer una excepción, como indica expresamente dicho apartado 1 («salvo lo previsto en el apartado siguiente») y como aclara la sentencia del Pleno del TS citada. La excepción es que se permite alterar la prioridad temporal y, por tanto, admitir la afectación de un convenio vigente por otro posterior, exceptuando la prohibición de concurrencia que resulta del principio general recogido en el apartado 1. Este es uno de los fallos argumentales más llamativos de la sentencia de 18 de diciembre: el artículo 84.2 no se está refiriendo a las relaciones, en general, entre convenios de empresa y sectoriales ni está estableciendo una jerarquía entre ellos que otorgaría prevalencia a los segundos sobre los primeros (lo que resultaría contradictorio e incompatible con el principio de *prior in tempore*, que supone el mismo valor de todos los convenios), sino que contempla una excepción específica a la regla general, permitiendo que los convenios de empresa puedan concurrir con los sectoriales de aplicación temporal preferente, imponiendo frente a ellos la regulación propia de determinadas materias. La sentencia de 18 de diciembre ignora que el 84.2 no se refiere a los convenios de empresa *tout court* sino solo a los que concurren con uno sectorial anterior en el tiempo. Y no cabe que, apelando incorrectamente como indicamos, a la DT sexta, se considere que, implícitamente, ha cambiado el sentido y el alcance normativo del artículo 84.2 (afectando igualmente, porque cambiaría sustancialmente también su alcance y sentido, al artículo 84.1).

La supresión de una de las materias en las que los convenios de empresa concurrentes con el sectorial pueden prevalecer sobre este, a pesar de su prioridad temporal, no cambia en absoluto el marco regulador que resulta del artículo 84 y que ha validado reiterada jurisprudencia.



El principio fundamental sigue siendo el de la preferencia temporal, esto es, la regla del *prior in tempore* cuya aplicación, teniendo todos los convenios el mismo valor y no existiendo jerarquía o prioridad, por su ámbito, de unos sobre otros, determina que el convenio anterior en el tiempo, en cada unidad de negociación, sea el aplicable, no pudiendo ningún otro convenio posterior de distinto ámbito «afectarle» o entrar en concurrencia con él. Este principio sigue conociendo una excepción, en virtud de la cual un convenio de empresa sí puede afectar, en una serie de materias, a un convenio sectorial con el que concurra, por ser este anterior en el tiempo.

Por consiguiente, como explica pedagógicamente el Pleno del Tribunal en su sentencia de 29 de enero, si el convenio de empresa es anterior en el tiempo al sectorial rige el principio de *prior in tempore*, por lo que es aplicable en su integridad, sin quedar sometido, en ningún aspecto, a la regulación que contenga el convenio sectorial posterior. Y si el convenio de empresa es posterior al sectorial, puede, excepcionando la prioridad aplicativa temporal de este, afectar a su regulación, si bien solo en una serie de materias relacionadas por el legislador, de las que ahora se excluye la retributiva. Nada ha cambiado al respecto tras la reforma de 2021 y mucho menos por su disposición transitoria sexta. El error interpretativo del Alto Tribunal se comprende claramente si tenemos en cuenta que su argumentación lleva, prescindiendo de la letra de la ley y alterando gravemente su mandato, a que el apartado 2 del artículo 84 contenga dos excepciones en vez de una: permitiría no solo que el convenio de empresa posterior concurra con el sectorial afectando a su regulación, sino que el convenio sectorial posterior al de empresa, ignorando su preferencia aplicativa, entre a concurrir con él y le imponga, en materia retributiva al menos, sus regulaciones. Ni ello está contemplado en la ley ni existe pirueta interpretativa alguna que permita llegar a esa conclusión. Simplemente la interpretación de la sentencia de diciembre es claramente *contra legem*. Y de la DT sexta en ningún caso puede extraerse la conclusión de que, por esa vía de la regulación de la transitoriedad en la aplicación de los cambios introducidos en la regulación sustantiva, se ha cambiado, tácita o implícitamente, el marco regulador de la relación entre convenios colectivos consagrado por el legislador y avalado por la jurisprudencia.

Dicho todo lo cual, el debate acerca del valor atribuido a cada convenio colectivo y del posible establecimiento de una jerarquía entre ellos es, probablemente, conveniente en las reformas normativas que habría que abordar. Y cabe defender, no solo con argumentos jurídicos sino también sociales o de relaciones laborales, tanto la doctrina tradicional de igual valor de los convenios colectivos, que lleva a la prohibición de concurrencia y a la aplicación del principio de preferencia temporal, como la doctrina de la jerarquía entre convenios (con el debate adicional de la prevalencia de los convenios sectoriales sobre los de empresa o, por el contrario, la preferente aplicación de los convenios más específicos, por tanto los de empresa sobre los sectoriales; amén de la cuestión de la jerarquía entre los convenios sectoriales de distinto ámbito). Ese debe ser un debate abierto, en el que el diálogo social ha de desempeñar un papel protagonista. Lo que no me parece adecuado, y no creo que sea conveniente para ninguno de los protagonistas de las relaciones laborales, es que por vía interpretativa se fuerce, en realidad, un cambio normativo contrario a los mandatos legales.



Epílogo. La salida del laberinto

Las reflexiones anteriores, como el subtítulo del libro indica, no pretenden otra cosa que servir de orientación para enfrentarse al auténtico laberinto que la normativa laboral ha creado en los últimos años. Una normativa que, cuando no ha estado apoyada en el diálogo social, y más, como ha sido frecuente, cuando ha utilizado atajos para eludir la labor de los órganos consultivos e incluso el propio debate parlamentario, ha creado complejos problemas interpretativos y ha afectado negativamente al conocimiento y aplicación de las normas jurídicas, perjudicando la claridad y la certeza del derecho. Pero no basta, no debe bastar, orientarse en el laberinto para sobrevivir. Tenemos que procurar salir del laberinto, matando al minotauro hiperregulador o, al menos, evitando que nos mate. Y para ello es preciso desbrozar la mala hierba legislativa, recuperar, a través del diálogo social, el gobierno conjunto de la ordenación de las relaciones laborales y erradicar el uso político o partidista de las iniciativas reguladoras provenientes de los poderes públicos. Parafraseando a Georges Clemenceau, a quien se atribuye la afirmación de que la guerra es demasiado importante para dejársela a los militares, podríamos decir que la política laboral es demasiado importante para dejársela a los políticos.

Las *conclusiones* que pueden extraerse de los artículos incluidos en este volumen vienen determinadas por esta reflexión.

1. Lo prioritario, teniendo en cuenta lo que hemos expuesto, es el *repliegue normativo*. Es necesario reducir y simplificar la normativa laboral. Y es necesario recuperar el protagonismo del diálogo social y de la negociación colectiva. Menos normas, más simples y mejor redactadas y más espacio para el gobierno conjunto de las relaciones laborales.
2. Junto a ello, *más atención*, a la hora de ampliar y reforzar derechos laborales, *a las necesidades organizativas y productivas de las empresas y a las exigencias del sistema productivo*. La productividad del trabajo y la competitividad de las empresas y del sistema económico en su conjunto son necesarias para asentar el Estado del bienestar y asegurar un sólido sistema de derechos y garantías laborales.
3. Con esas finalidades, un *diálogo social basado en la lealtad institucional y en la buena fe*, que deje espacio al debate científico y social y reconozca y valore la labor de los órganos consultivos, es la apuesta más firme por la sostenibilidad del sistema de relaciones laborales y por el respeto de los equilibrios en los que debe fundamentarse. La búsqueda de atajos, al albur de pretendidos mandatos internacionales, o la explotación de posiciones de ventaja derivadas de la cercanía, por afinidades ideológicas, con los titulares coyunturales de los poderes públicos, hacen un flaco favor, a medio y largo plazo, al diálogo social y a la participación de



todos los interesados en el gobierno de las relaciones laborales. Toda la batalla desarrollada en torno al tema de las indemnizaciones por despido injustificado me parece un ejemplo de lo que no se debe hacer. Ese es un tema para abordar en el seno del diálogo social, buscando soluciones de consenso aceptables tanto para las empresas como para los trabajadores y llegando a puntos de equilibrio que resulten asumibles por todos, sin renunciar a las propias competencias y responsabilidades para buscar refugio en opiniones de órganos carentes de carácter jurisdiccional y de fuerza vinculante de sus decisiones. No busquemos fuera fórmulas mágicas para resolver problemas que debemos afrontar y solucionar nosotros.

4. *Y el repliegue normativo hay que exigirlo en España y promoverlo en Europa.* Los excesos normativos europeos son ya, en muchas ocasiones, alarmantes. Cuando se ha dicho que Estados Unidos crea o inventa, que China copia y que Europa regula se está poniendo, más allá de algunas imprecisiones (sobre todo que China ya no solo copia), el dedo en la llaga. Europa carece de un jugador significativo en el ámbito de la inteligencia artificial y de sus desarrollos, pero tiene el acervo legislativo y burocrático (europeo y nacional) más voluminoso al respecto. El choque con la realidad está ya provocando un cierto repliegue, incluso de la Comisión Europea, por ejemplo, en materia de inteligencia artificial (aplazamiento de la aplicación de la normativa relativa a los sistemas de IA de alto riesgo) o de exigencia de transparencia y sostenibilidad a las empresas a lo largo de toda la cadena de suministro y subcontratación, que si no llega a ser una rectificación de los excesos normativos sí que plantea una flexibilización de su aplicación.
5. *Es la hora de la negociación y del diálogo,* no de imposiciones normativas, dictadas, muchas veces, por mero cálculo político de quien las promueve y que pueden propiciar una carrera demagógica que puede tener consecuencias muy perjudiciales. Baste un ejemplo: tras la reciente ampliación del permiso por fallecimiento de familiares a diez días, ¿qué impide que otro político que quiera dejar sentada su impronta social no considere en el futuro que deben ser no diez sino quince, o treinta días, los reconocidos? Y ¿hasta cuándo podremos estar sin afrontar, en relación con esta y con otras cuestiones, el debate de a quién corresponde pagarlas? ¿Son las empresas las que deben asumir los costes crecientes de una política de reconocimiento de derechos individuales merecedores de tutela, sin duda, pero ajenos en principio al vínculo laboral? La protección de intereses particulares, en cuanto ciudadanos no en cuanto trabajadores, o de intereses sociales, como los relacionados con la movilidad sostenible, ¿no debería comportar que los costes correspondientes fuesen socializados?
6. Por último, *la ordenación normativa de nuestras relaciones laborales, todavía muy tributaria del pasado, debe, sin duda, ser objeto de una profunda revisión* y hemos de ir a una regulación adaptada a los significativos cambios sociales, económicos y productivos de los últimos años. Regulación en la que el papel protagonista lo tiene que asumir la negociación colectiva, cuya relevancia constitucional es ignorada por algunos planteamientos reguladores recientes (por ejemplo, en lo referente a la reducción de la jornada de trabajo que, como se explica en el apartado correspondiente de este libro, se mueve en el ámbito de la fijación de la jornada efectiva de trabajo, no de la jornada máxima, lo que priva a la negociación colectiva del espacio que tiene constitucionalmente reservado). Recuperar la «valoración de puestos de trabajo» o el concepto de categoría profesional, seguir en el empeño



de una laboralización a ultranza ignorando la nueva realidad del trabajo autónomo, o empeñarse en esquemas del pasado en cuanto a la jornada de trabajo y a su control (el registro de jornada que se pretende es un ejemplo clamoroso de desajuste de la norma con la realidad social a regular), son manifestaciones de un intervencionismo desfasado, sumamente perjudicial para las relaciones laborales.

En definitiva, solo un sistema laboral más libre y autónomo sería capaz de dar respuesta a los desafíos actuales y de garantizar una avanzada normativa de garantías laborales compatible con la necesaria eficiencia empresarial, sin la que tales garantías, a la larga, no podrían subsistir.



Publicaciones del Instituto de Estudios Económicos

2026

PUNTO DE VISTA. Abril. El hilo de Ariadna. Orientarse en el laberinto normativo laboral.

OPINIÓN DEL IEE. Marzo. La necesidad de aumentar las inversiones en mantenimiento de infraestructuras en España.

REVISTA DEL IEE. Febrero. N.º 2/2026. Los servicios de interés general. La necesidad de compensar las obligaciones de servicio público.

REVISTA DEL IEE. Enero. N.º 1/2026. La industria de seguridad y defensa en España ante los desafíos geopolíticos y económicos actuales.

2025

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 83. Crecimiento extensivo y dualidad macroeconómica en España: desequilibrios y baja productividad.

PUNTO DE VISTA. Noviembre. Caracterización de las mipymes en América Latina y el Caribe.

COLECCIÓN INFORMES. Noviembre. El turismo de eventos en la Comunidad de Madrid: una aproximación a su impacto económico.

OPINIÓN DEL IEE. Octubre. La incidencia en la economía española de las subidas arancelarias. Índice de Barreras Comerciales 2025.

COLECCIÓN INFORMES. Septiembre. La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2025.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 82. Un crecimiento económico condicionado por un contexto institucional adverso.

COLECCIÓN INFORMES. Julio. Competitividad fiscal empresarial 2025. El nuevo indicador de la contribución fiscal empresarial total.

COLECCIÓN INFORMES. Junio. La confianza empresarial y la inversión extranjera en España. Índice Kearney de Confianza para la Inversión Extranjera Directa 2025.

REVISTA DEL IEE. Junio. N.ºs 1 y 2/2025. El problema de la litigiosidad tributaria en España. Propuestas de solución y mejora desde la perspectiva de las empresas.

OPINIÓN DEL IEE. Mayo. La prórroga para 2025 de los Presupuestos Generales del Estado.

OPINIÓN DEL IEE. Mayo. La competitividad fiscal en el Principado de Asturias. Una propuesta de mejora.

OPINIÓN DEL IEE. Mayo. La fiscalidad de la vivienda en España. Una propuesta de mejora.

COLECCIÓN INFORMES. Marzo. El problema de la ocupación ilegal en España. Índice Internacional de Derechos de Propiedad (IIDP) 2024.

COLECCIÓN INFORMES. Enero. La inclusión financiera en las áreas rurales de España ante el reto demográfico.

EDICIONES ESPECIALES. Enero. Las necesidades organizativas y productivas de las empresas y las respuestas del ordenamiento jurídico. Reflexión de futuro y propuesta de líneas de cambio.

2024

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 81. Los riesgos geopolíticos como nuevo elemento de incertidumbre.

COLECCIÓN INFORMES. Noviembre. Competitividad fiscal 2024. Un diagnóstico necesario de la tributación en España.

OPINIÓN DEL IEE. Octubre. Regulación y competencia en el transporte público de viajeros por carretera: reflexiones y análisis para un modelo sostenible.

OPINIÓN DEL IEE. Octubre. La competitividad fiscal en Cantabria. Una propuesta de mejora.

OPINIÓN DEL IEE. Septiembre. Los tipos reducidos en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Un ejemplo de su aplicación en los productos de tecnología sanitaria.

REVISTA DEL IEE. Septiembre. N.º 2/2024. Los riesgos de una inadecuada regulación de las acciones colectivas para la protección de los consumidores. Análisis del Proyecto de Ley de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828.

COLECCIÓN INFORMES. Julio. La productividad como el gran reto pendiente de la economía española.

COYUNTURA ECONÓMICA. Junio. N.º 80. La competitividad como oportunidad para la mejora de nuestro bienestar.

COLECCIÓN INFORMES. Mayo. La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2024.

OPINIÓN DEL IEE. Mayo. La prórroga para 2024 de los Presupuestos Generales del Estado.

COLECCIÓN INFORMES. Abril. Competitividad fiscal 2023. El endurecimiento de la fiscalidad empresarial en España ralentiza el crecimiento económico.

REVISTA DEL IEE. Febrero. N.º 1/2024. La colaboración público-privada y el reto de la vivienda. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2023.

2023

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 79. Hay que crear un clima favorable a la empresa y a la inversión para garantizar el progreso de la economía española.

REVISTA DEL IEE. Noviembre. N.º 3/2023. La colaboración público-privada y su contribución a la eficiencia del gasto público en la provisión de servicios públicos.

REVISTA DEL IEE. Octubre. N.º 2/2023. La inversión en infraestructuras. El modelo concesional como palanca del crecimiento económico y social.

OPINION OF THE IEE. July. Good regulatory practices. A proposal for the Spanish electricity sector.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 78. La incertidumbre política aumenta el riesgo de desaceleración de la economía española.

COLECCIÓN INFORMES. Julio. La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2023.

OPINIÓN DEL IEE. Junio. Buenas prácticas regulatorias. Una propuesta para el sector eléctrico español.

OPINIÓN DEL IEE. Mayo. La subida de las cotizaciones sociales. Análisis y consecuencias en la economía española.

OPINIÓN DEL IEE. Abril. La competitividad fiscal de las entidades locales y de las comunidades autónomas. Factor determinante para su desempeño económico.

PUNTO DE VISTA. Marzo. Compromiso empresarial con la inversión: el rol de la empresa en la situación iberoamericana actual.

REVISTA DEL IEE. Enero. N.º 1/2023. El Impuesto sobre las Grandes Fortunas. Un análisis académico y doctrinal de su inconstitucionalidad.

COLECCIÓN INFORMES. Enero. La mejora de la calidad institucional del comercio en España: cuantificación de su impacto económico y social.

COLECCIÓN INFORMES. Enero. Competitividad fiscal 2022. España sigue perdiendo competitividad en el ámbito fiscal.



2022

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 77. La ralentización, principal riesgo de 2023.

REVISTA DEL IEE. Noviembre. N.º 4/2022. La unidad de mercado como reto pendiente para la libertad de empresa. Índice de Libertad Económica 2022.

OPINIÓN DEL IEE. Octubre. Los Presupuestos Generales del Estado para 2023.

OPINIÓN DEL IEE. Octubre. Por una mejora de los incentivos fiscales a los planes de pensiones. Análisis comparado de la tributación actual del segundo y tercer pilar en Europa.

PUNTO DE VISTA. Octubre. Consolidar la recuperación. Aprovechar las oportunidades del crecimiento verde en América Latina.

COLECCIÓN INFORMES. Septiembre. Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución y al Derecho Comunitario del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 76. La inflación y la incertidumbre frenan la recuperación de las empresas.

REVISTA DEL IEE. Julio. N.º 3/2022. La necesidad de garantizar la propiedad privada en España como condición para la mejora del mercado del alquiler. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2021.

REVISTA DEL IEE. Junio. N.º 2/2022. El impacto económico del sector de datos en España. Una propuesta de cuantificación.

INFORME IEE-CEIM. Abril. El crecimiento empresarial en la Comunidad de Madrid como factor de competitividad regional.

REVISTA DEL IEE. Marzo. N.º 1/2022. Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España.

EDICIONES ESPECIALES. Febrero. Libro Blanco para la reforma fiscal en España. Una reflexión de 60 expertos para el diseño de un sistema fiscal competitivo y eficiente.

2021

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 75. Una coyuntura condicionada transitoriamente por la inflación.

COLECCIÓN INFORMES. Diciembre. Competitividad fiscal 2021. La competitividad fiscal como referencia obligada para la próxima reforma tributaria.

INFORME IEE-CEIM. Noviembre. El tamaño y el crecimiento empresarial en la Comunidad de Madrid como factor de competitividad regional.

OPINIÓN DEL IEE. Noviembre. Los Presupuestos Generales del Estado para 2022.

COLECCIÓN ESTUDIOS. Octubre. El Programa de Pago a Proveedores como instrumento de inyección de liquidez a la empresa.

COLECCIÓN INFORMES. Septiembre. Empresa, igualdad de oportunidades y progreso social. Indicador IEE de Igualdad de Oportunidades.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 74. La recuperación de la economía española necesita de un clima empresarial favorable.

PUNTO DE VISTA. Junio. La situación actual y perspectivas de las inversiones energéticas y el sector eléctrico en América Latina.

REVISTA DEL IEE. Mayo. N.º 2/2021. La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2021.

INFORME DE OPINIÓN. Abril. La competitividad fiscal de las comunidades autónomas. Condición necesaria para el desarrollo económico.

COLECCIÓN INFORMES. Marzo. La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda. Índice de Derecho de Propiedad 2020.

PUNTO DE VISTA. Enero. La situación actual de la economía en América Latina. Su incidencia sobre las empresas españolas.

REVISTA DEL IEE. Enero. N.º 1/2021. Adaptabilidad y flexibilidad para la recuperación económica.

2020

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 73. Más allá de los fondos europeos: la economía española necesita el impulso de las reformas estructurales.

INFORME IEE-FIAB. Diciembre. Impacto de la crisis del COVID-19 en la industria de alimentación y bebidas española.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Los Presupuestos Generales del Estado para 2021.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Una propuesta de mejora para los incentivos fiscales a la I+D+i.

INFORME IEE-CEIM. Noviembre. La tributación del ahorro y su incidencia en la reactivación económica desde la perspectiva de la competitividad regional.

COLECCIÓN INFORMES. Octubre. Competitividad fiscal 2020. ¿Por qué no se pueden subir más los impuestos en España?

INFORME IEE-ASCOM. Octubre. Estudio sobre la función de Compliance en las empresas españolas.

INFORME DE OPINIÓN. Agosto. El marco fiscal de los planes de pensiones. La necesidad de fomentar el ahorro para la jubilación.

COLECCIÓN INFORMES. Julio. Libertad económica y libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica España 2020.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 72. Crisis de la COVID-19 en la economía española: la recuperación no es posible sin confianza empresarial.

INFORME DE OPINIÓN. Junio. Impacto económico de las medidas adoptadas en el contexto de la presente crisis. Los casos de la financiación privada avalada y los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo.

INFORME DE OPINIÓN. Febrero. Eficiencia del gasto público. Medición y propuestas de mejora.

PUNTO DE VISTA. Enero. El Capitalismo. Cambio, evolución y progreso.

2019

COLECCIÓN INFORMES. Diciembre. La deuda pública en España. Implicaciones sobre la política económica.

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 71. Una política económica ortodoxa para revertir la desaceleración y reducir la incertidumbre.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Las buenas prácticas regulatorias.

COLECCIÓN INFORMES. Noviembre. La propiedad privada en España. Índice de Derecho de Propiedad 2019.

COLECCIÓN INFORMES. Octubre. Índice de Competitividad Fiscal 2019.

COYUNTURA ECONÓMICA. Junio. N.º 70. A mayor inestabilidad política, más incertidumbre económica.

INFORME DE OPINIÓN. Febrero. Los Presupuestos Generales del Estado para el 2019.





Este libro analiza, al hilo de las novedades normativas o jurisprudenciales, las grandes cuestiones de nuestras relaciones laborales. La reforma de 2021, fruto del diálogo social, buscó el equilibrio entre la protección de los derechos laborales, progresivamente ampliados y reforzados, y las necesidades organizativas y productivas de las empresas, condición inexcusable para la defensa del empleo y la mejora de la productividad. La normativa posterior, sin embargo, no siempre ha respetado el diálogo social ni ha sido leal con los postulados que en él se asumieron. Y la actuación administrativa tampoco ha sido siempre coherente con el espíritu e incluso con la letra de la reforma. La doctrina judicial, por otra parte, si en la mayoría de sus pronunciamientos ha sido fiel a lo pactado por los agentes sociales y llevado a la letra de la ley, también ha dado ejemplos de desorientación.

La proliferación de normas, eludiendo, muchas veces, el diálogo social y el consejo de los órganos consultivos, ha provocado un verdadero laberinto normativo, en el que no faltan contradicciones, deficiencias técnicas e improvisaciones. Orientarse en ese laberinto no es fácil para las empresas, ni en el terreno de la contratación laboral ni en el del despido. Y tampoco es fácil afrontar las nuevas obligaciones que se van imponiendo a las empresas, en ocasiones desligadas del mundo productivo.

Las reflexiones contenidas en este libro pretenden ofrecer una guía que ayude a orientarse en el laberinto y a facilitar la salida del mismo, reclamando el sentido común como orientador de la labor interpretativa, el respeto al principio de libertad de empresa, y confiando en la negociación colectiva y en el diálogo social.



INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

Tel.: 917 820 580

iee@ieemadrid.com

www.ieemadrid.es